

## **AVTALELOVEN § 36**

Kandidatnummer: 605

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 16126 ord

## Innholdsfortegnelse

<u>1 INNLEDNING</u> .....	3
<b>1.1 Framstillingen videre</b> .....	<b>4</b>
<u>2 RETTSKILDEBILDET</u> .....	<u>5</u>
<b>2.1 Lovteksten</b> .....	<b>5</b>
<b>2.2 Forarbeider</b> .....	<b>5</b>
2.2.1 Norske forarbeider .....	5
2.2.2 Forarbeider i fra andre nordiske land .....	5
<b>2.3 Rettspraksis</b> .....	<b>6</b>
<b>2.4 Litteratur</b> .....	<b>6</b>
<b>2.5 Avveiningsnormen i avtaleloven § 36</b> .....	<b>7</b>
<u>3 BAKGRUNNEN FOR AVTALELOVEN § 36</u> .....	<u>7</u>
<u>4 FORDELER OG ULEMPER VED Å LEMPE AVTALER</u> .....	<u>9</u>
<b>4.1 Utgangspunkt: Avtaler skal holdes</b> .....	<b>9</b>
<b>4.2 Avtalesensur for å beskytte avtalepartene</b> .....	<b>10</b>
<b>4.3 Avtalesensur for å hindre samfunnskadelig virkninger</b> .....	<b>12</b>
4.3.1 Avtalelemping reduserer tilliten til avtaler .....	13
<u>5 FORHOLDET MELLOM AVTALELOVEN § 36 OG ANDRE UGYLDIGHETSREGLER</u> .....	<u>14</u>
<u>6 VIRKEOMRÅDET TIL AVTALELOVEN § 36</u> .....	<u>15</u>
<b>6.1 Avtaler</b> .....	<b>15</b>
<b>6.2 Ensidig bindende disposisjoner</b> .....	<b>16</b>
<b>6.3 «Handelsbruk» og «annen kontraktrettslig sedvane»</b> .....	<b>17</b>
<b>6.4 Formueretten</b> .....	<b>18</b>
<b>6.5 Analogislutninger utenfor formuerettens område</b> .....	<b>19</b>
<b>6.6 Tilbakevirkning</b> .....	<b>20</b>
<b>6.7 Rammes avtaler som virker urimelige overfor tredjemann av avtaleloven § 36?</b> .....	<b>21</b>
<u>7 URIMELIGHETSSTANDARDEN</u> .....	<u>22</u>
<b>7.1 Hvilke momenter inngår i urimelighetsvurderingen?</b> .....	<b>22</b>

<b>7.2 Er urimelighetsbegrepet i avtaleloven § 36 vidt eller snevert .....</b>	<b>23</b>
<b>7.3 Hvilke målestokker har man for urimelighetsvurderingen? .....</b>	<b>24</b>
7.3.1 Deklaratorisk rett .....	24
7.3.2 Avtalepraksis.....	26
7.3.3 Markedspris .....	28
7.3.4 Rimelighetsbetraktninger .....	29
7.3.5 Svartelisten til Rådsdirektiv 93/13/EØF.....	30
<b>7.4 Tidspunktet for urimelighetsbedømmelsen .....</b>	<b>31</b>
<b>7.5 Avtaleloven § 36 annet ledd .....</b>	<b>32</b>
7.5.1 «Avtalens innhold» .....	32
7.5.2 «Partenes stilling» .....	36
7.5.3 «Forholdene ved avtalens inngåelse» .....	38
7.5.4 «Senere inntrådte forhold» .....	39
7.5.5 «Omstendighetene for øvrig» .....	41
<b><u>8 ER URIMELIGHETSSTANDARDEN FORSKJELLIG I FORSKJELLIGE AVTALETYPER? .....</u></b>	<b><u>42</u></b>
<b>8.1 Spekulasjon og typisk risiko.....</b>	<b>44</b>
<b>8.2 Ensidig bindende disposisjoner.....</b>	<b>45</b>
8.2.1 Løfter .....	45
8.2.2 Påbud .....	46
<b>8.3 Langvarige kontrakter.....</b>	<b>47</b>
<b>8.4 Forbrukeravtaler kontra næringsavtaler .....</b>	<b>49</b>
<b>8.5 Standardavtaler i forbrukerforhold .....</b>	<b>50</b>
<b><u>9 AVTALEVILKÅR I STRID MED GOD FORRETNINGSSKIKK .....</u></b>	<b><u>51</u></b>
<b><u>10 LEMPINGSRESULTATENE ETTER AVTALELOVEN § 36 .....</u></b>	<b><u>52</u></b>
<b>10.1 Urimeleige avtalevilkår endres .....</b>	<b>53</b>
10.1.1 Særlig om urimelighet grunnet opprinnelig over- eller underpris.....	54
<b>10.2 Urimeleige avtalevilkår erklæres ugyldige .....</b>	<b>55</b>
<b>10.3 Urimeleige avtalevilkår endres i tillegg til at andre avtalevilkår endres .....</b>	<b>56</b>
<b>10.4 Urimeleige avtalevilkår beholdes og andre avtalevilkår endres .....</b>	<b>57</b>
<b>10.5 Avtalen settes til side i sin helhet .....</b>	<b>57</b>
10.5.1 Kan en lempet avtale kreves helt ugyldiggjort? .....	59
<b><u>11 LITTERATURLISTE.....</u></b>	<b><u>62</u></b>
<b><u>12 DOMSREGISTER .....</u></b>	<b><u>62</u></b>
<b><u>13 FORARBEIDSREGISTER.....</u></b>	<b><u>63</u></b>

## 1 INNLEDNING

Denne oppgaven tar sikte på å gi en oversikt over innholdet i avtaleloven § 36 og hvordan denne regelen brukes i praksis. Jeg vil illustrere bruken av regelen med Høyesterettspraksis samt noe rettspraksis fra andre nordiske land. Den rettspraksis som det refereres til i oppgaven, er i all hovedsak hentet fra kildene jeg har brukt. Dette er gjort av praktiske årsaker, da jeg anser den rettspraksis som det vises til i kildene for å være relevant og treffende.

Jeg har valgt å se på avtaleloven § 36 isolert. Oppgaven er således avgrenset mot læren om bristende forutsetninger og også forholdet mellom avtaleloven og andre ugyldighetsregler. Dette vil kun bli kommentert kort under kapittel 3. Denne avgrensningen er gjort av plasshensyn, da disse problemstillingene er så store at de ikke vil kunne behandles utfyllende i denne oppgaven.

Framstillingen i oppgaven ligger nærmest Woxholth (2006) og Hagstrøm (1994) og (2003). Giertsen (2008) har i sin framstilling et mer uttalt skille mellom «opprinnelig ubalanse» og «etterfølgende ubalanse» som utgangspunkt ved urimelighetsvurderingen. Jeg har ikke foretatt et slikt grunnskille i denne oppgaven, men dette vil komme fram som et moment i kapittel 8, hvor jeg ser på om urimelighetsterskelen etter avtaleloven § 36 er den samme i alle avtaleforhold, eller om det opereres med forskjellige urimelighetsterskler i forskjellige avtaleforhold. Hov (2002) har i sin framstilling framhevet problemstillingen knyttet til urimelige priser i større grad enn de andre forfatterne. Jeg behandler spørsmålet om urimelige priser i punkt 7.3.3, som tar for seg bruk av markedspris som en målestokk for i en urimelighetsvurdering. Virkningen av urimelige priser vil bli behandlet under punkt 10.1.

## 1.1 Framstillingen videre

Jeg vil videre i kapittel 2 gå raskt igjennom rettskildebruken i oppgaven, før jeg gir en kort redegjørelse for bakgrunnen for avtaleloven § 36 i kapittel 3.

I kapittel 4 ser jeg på hvilke fordeler og ulemper som gjør seg gjeldende ved å lempe avtaler. Dette kapittelet vil i hovedsak dreie seg om avtalelempling generelt, da problemstillingen blir den samme også ved bruk av andre lempingsregler enn avtaleloven § 36. Med avtalelempling forstås i denne oppgaven både ugyldiggjøring og innholdsending av avtaler og avtalevilkår. Avtalesensur vil også bli brukt for å betegne dette, uten at det er ment å være noen forskjell i disse to begrepene.

Videre vil jeg se kort på forholdet mellom avtaleloven § 36 og andre ugyldighetsregler i kapittel 5, før jeg ser på virkeområdet til avtaleloven § 36 i kapittel 6.

I kapittel 7 ser jeg nærmere på urimelighetsstandarden i avtaleloven § 36, og hvilke momenter som er relevante for denne. I kapittel 8 vil jeg se på om urimelighetsstandarden er forskjellig i forskjellige avtaletyper, eller om det opereres med en felles overordnet urimelighetsstandard.

Etter å ha behandlet urimelighetsstandarden vil jeg se på avtalevilkår som er i strid med god forretningsskikk. Dette gjøres i kapittel 9.

Til slutt vil jeg i kapittel 10 se nærmere på de forskjellige lempingsmulighetene som kan bli resultatet etter en avtalelempling etter avtaleloven § 36. Jeg har ikke tatt med noe punkt med avsluttende konklusjoner. Målet med oppgaven er å redegjøre for innholdet i avtaleloven § 36 og hvordan regelen brukes i praksis. Jeg går fortløpende gjennom hvilke momenter som er viktige for å fastslå innholdet i regelen, og hva som spiller inn i

urimelighetsvurderingen i denne regelen. En avsluttende oppsummering av dette vil fort få preg av å være en ny gjentakelse som ikke kaster bringer noe nytt til oppgaven.

## **2 RETTSKILDEBILDET**

### **2.1 Lovteksten**

Oppgaven bygger på alminnelig juridisk metode. Lovteksten vil være utgangspunktet for å fastslå innholdet i avtaleloven § 36, og det tas utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av denne.

### **2.2 Forarbeider**

#### **2.2.1 Norske forarbeider**

For å fastslå innholdet i regelen må man i tillegg gjøre bruk av de andre rettskildene til bestemmelsen. I tråd med alminnelig metodelære er forarbeidene til avtaleloven relevante rettskilder. I forhold til avtaleloven § 36 er NOU 1979:32 og Ot.prp.nr.5 (1982-83) de primære forarbeidene.

#### **2.2.2 Forarbeider i fra andre nordiske land**

Avtaleloven § 36 er et resultat av et fellesnordisk samarbeid mellom Norge, Sverige, Danmark og Finland hvor man søkte å få en så lik ordlyd og innhold i lempingsregelen som mulig i de forskjellige landene. Forarbeider i fra andre land har tradisjonelt liten

betydning i norsk rett, og det er av den grunn ikke henvist noe til slike forarbeider i oppgaven. Det må dog antas at de andre nordiske lands forarbeider vil kunne tillegges noe vekt i spørsmål der de norske forarbeidene ikke gir noe klart svar, ettersom et av målene bak regelen var å oppnå en mest mulig lik lempingsregel i de nordiske landene.

## 2.3 Rettspraksis

Avtaleloven § 36 er en generalklausul, og for å få innblikk i om innholdet i regelen har utviklet seg etter at den ble vedtatt, vil rettspraksis være en relevant og viktig rettskilde. Innholdet i regelen har fra lovgivers hold vært ment å skulle endres i tråd med de rådende samfunnsutviklinger, og mye av ansvaret for å klarlegge innholdet i regelen ble av den grunn lagt over på domstolene.<sup>1</sup> Avtaleloven § 36 ble raskt tatt i bruk av aktørene i rettsvesenet og det finnes som følge av dette en del rettspraksis om regelen, både i Norge, og i de andre nordiske landene. Rettspraksis fra Norge vil veie tyngre enn rettspraksis fra de andre nordiske landene, og jeg har i hovedsak benyttet meg av eksempler herfra. Rettspraksis fra de andre nordiske landene vil dog også være av interesse dersom man skal fremme formålet om at regelen skal praktiseres noenlunde likt i alle de nordiske landene. Der det har vært hensiktsmessig, har jeg derfor også trukket inn rettspraksis fra de andre nordiske landene.

## 2.4 Litteratur

Ettersom avtaleloven § 36 raskt ble en hyppig anvendt regel, har det også blitt skrevet en god del litteratur om regelen. Denne vil være relevant som rettskilde i de tilfeller hvor forarbeidene eller rettspraksis ikke gir et klart svar, eller i tilfeller hvor problemstillingen ikke er behandlet der. Jeg har i det vesentlige lagt vekt på framstillingene i Giertsen (2008), Hagstrøm (1994) og (2003), Hov (2002) samt

---

<sup>1</sup> Se Hagstrøm (1994) side 147-148.

Woxholth (2006).

## 2.5 Avveiningsnormen i avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 inneholder i første ledd en avveiningsnorm. Dette innebærer at domstolene først må fastslå innholdet i regelen ved en avveining av relevante rettskilder. Etter at innholdet i regelen er kartlagt, må det på ny foretas en avveining, denne gang den avveiningen regelen legger opp til.<sup>2</sup>

For å avgjøre hvilke momenter som er relevante i avveiningen regelen legger opp til, har mange avveiningsnormer et sett retningslinjer. Avtaleloven § 36 har i sitt annet ledd identifisert en del slike retningslinjer. Denne listen over retningslinjer er ikke ment å være uttømmende, men den gir de retningslinjene som er nevnt der, særlig vekt i avveiningen.

Også for å klarlegge gjennomføringen av denne avveiningen vil forarbeidene, rettspraksis og litteraturen være relevante rettskilder. Ettersom avtaleloven § 36 er ment å følge samfunnsutviklingen, vil også kontraktspraksis være en relevant rettskilde på dette nivået.

## 3 BAKGRUNNEN FOR AVTALELOVEN § 36

Før avtaleloven § 36 ble vedtatt forelå det ingen generell lovhjemmel for domstolene til å revidere eller sette til side avtalevilkår på bakgrunn av urimelighet i innholdet i avtalen. NL 5-1-2 uttaler riktignok at avtaler skulle holdes med mindre de «er i mot Loven, eller Ærbarhed», og avtaleloven hadde regler som gjorde avtaler ugyldige i

---

<sup>2</sup> Se Eckhoff (1991) side 109-110 og Hagstrøm (1994) side 147.



spesielle tilfeller (svik o.l.). I tillegg fantes det enkelte regler i spesiallovgivningen som regulerte urimelige avtaler, men noen generell lovhjemmel for å tilsidesette avtaler fordi innholdet i dem var urimelig hadde man ikke. Dette var grunnen til at det utviklet seg en praksis med skjult sensur, ved at domstolene fingerte en manglende vedtagelse av urimelige vilkår eller ga vilkårene et rimelig innhold ved avtaletolkning.

I Rt-1925-945 fant Høyesterett at et avtalevilkår ikke kunne anses vedtatt. Et eksempel på at Høyesterett har tolket en avtale slik at den ikke lenger framstår som urimelig, finnes i Rt-1935-122.

Etter hvert oppstod det bekymring hos lovgiver rundt forbrukerkontrakter og forbrukervern. Det var dette som var bakgrunnen for at avtaleloven § 36 ble gitt sitt nåværende innhold i 1983. Lovteksten lyder nå:

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

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

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

Avtaleloven § 36 gir altså muligheten til enten å sette til side eller å endre avtaler «helt eller delvis» dersom det er «urimelig» eller «i strid med god forretningsskikk» å gjøre dem gjeldende. Etter annet ledd kan både omstendigheter som forelå da avtalen ble

inngått, og senere inntrådte omstendigheter tas med i urimelighetsvurderingen, samt «omstendighetene for øvrig». Selv om avtaleloven § 36 er ment å være en snever regel, fant den raskt sin plass i rettspraksis. Dette skyldes nok i stor grad at den er en smidig regel, både hva angår hvilke momenter som kan inngå i urimelighetsvurderingen, og hvilke løsninger regelen kan føre fram til.

Også etter at avtaleloven § 36 trådte i kraft, har Høyesterett benyttet seg av skjult sensur ved at urimelige avtalevilkår har blitt ansett for ikke å være vedtatt, eller de har blitt funnet rimelige etter en tolkning av avtalen. Avtaleloven § 36 har opphevd verken avtalemekanismene eller tolkningslæren, eller gjort disse overflødige.<sup>3</sup> Eksempler på at slik skjult sensur forekommer også etter avtaleloven § 36 trådte i kraft finner vi bl.a. i Rt-2004-675, hvor Høyesterett kommer til at et avtalevilkår om ansvarsbegrensning ikke kunne anses vedtatt, og i Rt-1991-220, hvor Høyesterett tolker avtalen slik at den framstår som rimelig framfor å benytte seg av avtaleloven § 36.

## **4 FORDELER OG ULEMPER VED Å LEMPE AVTALER**

### **4.1 Utgangspunkt: Avtaler skal holdes**

I ethvert avtaleforhold må utgangspunktet være at avtalepartene har ansvaret for å gi avtalen et innhold de er fornøyde med. Det er avtalepartene som vet hva de ønsker å oppnå med avtalen, og det må være deres ansvar å sørge for at avtalen fremmer deres interesser.<sup>4</sup> Dersom en part kommer dårligere ut av en avtale enn det han hadde tenkt, må det være denne parten som er nærmest til å bære ansvaret for det. I tillegg er det viktig at de avtaler som blir inngått, blir oppfylt. Dette gjør at samfunnets tillit til avtaler forblir sterk, og at inngåtte avtaler oppfattes som forpliktende.

---

<sup>3</sup> Se Hagstrøm (1994), side 164.

<sup>4</sup> Se Hov (2002) side 180.

Man har i norsk avtalerett dessuten ønsket å gjøre det enkelt å inngå avtaler og andre bindende disposisjoner. Det har tradisjonelt ikke vært regnet for lovgivers ansvar å regulere hvordan avtaler kommer til og hvilken form de har. Å ikke sette krav til avtalers form bidrar også til å holde effektiviteten i kontraktslivet oppe, ved at avtaler kan forhandles fram og inngås raskt.

Disse hensynene har gjort seg gjeldende i to av grunnprinsippene i avtaleretten, nemlig at avtaler skal holdes (*pacta sunt servanda*) og prinsippet om formfrihet ved avtaleinngåelser. Disse prinsippene må være utgangspunktet ved alle avtaleforhold, og de er kommet til uttrykk i NL 5-1-2. Prinsippet om formfrihet har senere blitt satt til side for forskjellige typer avtaler, bl.a. arbeidsavtaler, jfr arbeidsmiljøloven § 14-5, men prinsippet gjelder fortsatt for de fleste typer avtaler.

#### 4.2 Avtalesensur for å beskytte avtalepartene

Selv om prinsippet om at avtaler skal holdes er et klart utgangspunkt, så har det allikevel vært en rådende oppfatning om at det i særlige tilfeller må være adgang til å sette til side en avtale. De første ugyldighetsreglene var basert på et ønske om å beskytte avtalepartene i særlige tilfeller, enten mot seg selv eller mot avtalemotparten. I den senere tid har man også gått inn for å sensurere avtaler på grunn av deres samfunnsskadelige virkninger.<sup>5</sup> I dette punktet vil jeg se nærmere på hvordan avtalepartene kan beskyttes gjennom avtalesensur. Hvordan samfunnsskadelige virkninger kan reduseres gjennom avtalesensur vil bli behandlet under i punkt 4.3.

Selv om avtalepartene bør ha ansvaret for å fremme sine egne interesser i avtalen og derfor er nærmest til å bære ansvaret når avtalen ikke svarer til deres ønsker, er det ikke alltid at prinsippet om at avtaler skal holdes kan gjelde fullt ut. Man har blant annet ønsket å hindre at det inngås avtaler som er skadelige eller sjikanøse overfor partene.

---

<sup>5</sup> Se Hov (2002) side 181.

Dersom det foreligger en lov som forbyr en spesiell aktivitet vil det også være uheldig om det med bindende virkning kan avtales å bryte denne loven. Disse syn kom til uttrykk allerede i NL 5-1-2, som ugyldiggjorde avtaler som stred i mot «Loven, eller Ærbarhed».

I nyere tid har lovgiver også hatt et ønske om å beskytte antatt svake avtaleparter ved å vedta lovregler som setter minimumskrav til innholdet i avtaler, som f.eks i husleieloven og arbeidsmiljøloven.<sup>6</sup> Ved å sette slike minimumskrav til avtalen utjevner lovgiver noe av styrkeforholdet mellom partene ved at den sterke parten ikke kan gi den svakere parten mindre gunstige vilkår enn det som følger av loven. På den annen side vil de kravene som framkommer av loven, ofte bli oppfattet som en «normalsituasjon», slik at det også kan være vanskelig for en antatt svakere part å forhandle seg fram til gunstigere vilkår enn de som følger av loven.

En annen situasjon som det lenge har vært anerkjent at lovgiveren bør gripe inn mot, er når en part opptrer uredelig eller svikefullt mot den andre. Selv om man har som utgangspunkt at avtalepartene selv må fremme sine interesser, så kan ikke dette medføre at man gir partene tillatelse til å opptre svikaktig overfor hverandre. Dette ville ha svekket tilliten innad i avtaleforhold og ødelagt for markedsmekanismene. Den som utfører svikaktige handlinger, kan heller ikke sies å være beskyttelsesverdige. Dersom man inngår en avtale på falske premisser, er det ingen grunner til at den bør binde avtalemotparten.

Heller ikke kan det tillates at partene bedriver tvang mot den andre for å fremme sine interesser. At styrkeforholdet mellom partene ofte kan gi en av dem et pressmiddel overfor den andre i forhandlingene, må riktignok godtas i en viss grad, men det må ikke gå så langt at det går over grensen til å være en ren tvangssituasjon. Avtalelivet skal foregå mest mulig fritt, og det gjør det ikke dersom avtaleparter tvinges til å inngå

---

<sup>6</sup> Se Woxholth (2006) side 330.

avtaler.

Avtaleloven har siden den trådte i kraft i 1918 hatt ugyldighetsregler som regulerer de situasjoner hvor en avtalepart har opptrådt svikaktig eller uredelig eller benyttet seg av tvang. Som vi skal se, vil også avtaleloven § 36 kunne benyttes for å bøte på slike tilblivelsesmangler i en avtale.

#### 4.3 Avtalesensur for å hindre samfunnskadelig virkninger

I nyere tid har det blitt et økt fokus på hvordan avtalelivet virker inn på samfunnet. For å dempe de negative virkningene avtaler kan ha på samfunnet, har lovgiver i noen tilfeller ansett det nødvendig å gripe inn i partenes handlesfære. Et eksempel på dette er pristiltaksloven, som i § 2 forbyr å «ta, kreve eller avtale» urimelige priser. Denne regelen er nå begrunnet i forbrukervern, men den overtok etter en likelydende regel i den gamle prisloven. Denne var begrunnet i et ønske om å oppnå en prisutvikling som var til samfunnets beste.<sup>7</sup> I prisloven § 1 gis Regjeringen også adgang til å regulere prisutviklingen der dette er nødvendig for at den skal bli «samfunnsmessig forsvarlig».

Etter at avtaleloven § 36 trådte i kraft, kan også denne tas i bruk ved urimelige priser. Den vil således supplere pristiltaksloven § 2, og således dempe prisutviklingen dersom denne blir samfunnskadelig. Vilkåret for at avtaleloven § 36 skal kunne brukes er dog at det framstår som urimelig i den aktuelle sak å gjøre en høy pris gjeldende.

##### 4.3.1 Avtalelempling reduserer tilliten til avtaler

Grunnen til at et av grunnprinsippene i avtaleretten er at avtaler skal holdes, er at dette

---

<sup>7</sup> Se Woxholth (2006) side 330.

gjør avtalelivet forutsigbart og effektivt. Når parter oppfatter en avtale som bindende, vil de rette seg inn etter den og kunne planlegge framover. I tillegg er det partene som har de beste forutsetningene for å vite hvilke avtaler som vil tjene deres interesser. Dersom avtalelemping blir et utstrakt fenomen, vil tilliten til avtaler kunne svekkes. Hvis domstolene griper inn i flere og flere avtaleforhold, vil dette føre til at avtaleparter ikke lenger oppfatter avtaler som like bindende, og da tør de heller ikke handle i tiltro til dem. Dette vil medføre at avtalelivet blir langsommere og mer ineffektivt. Når forutberegneligheten i avtalelivet svekkes, vil også antallet tvister kunne øke. Desto lettere det er å få lempet en avtale, desto flere vil ønske å prøve å gjøre dette. En restriktiv praksis med å lempe avtaler vil derfor bidra til å holde tvistenivået i samfunnet nede. Mindretallet i Rt-1995-1540 lot disse hensynene være avgjørende i sitt votum mot å gjennomføre en avtalelemping etter avtaleloven § 36.

I tillegg vil en utstrakt bruk av avtalelemping kunne være belastende for partene. Særlig gjelder dette der domstolene gjennomfører lempingen ved å endre eller delvis ugyldiggjøre avtalevilkår. I slike tilfeller vil partene kunne bli bundet av en avtale som fraviker sterkt fra den avtalen de hadde ment å inngå. Dette vil bli ytterligere behandlet i kapittel 10.

Hensynet til forutberegnelighet i avtalelivet og tanken om at det er partene selv som står nærmest til å forhandle fram de avtalene som fremmer deres interesser taler for å være restriktiv med å bedrive avtalelemping.

## **5 FORHOLDET MELLOM AVTALELOVEN § 36 OG ANDRE UGYLDIGHETSREGLER**

Avtaleloven § 36 overlapper på flere områder ugyldighetsreglene i avtaleloven §§ 28 flg, pristilaksloven § 2 og NL 5-1-2. Om domstolene velger å bruke disse reglene eller avtaleloven § 36 vil derfor bli skjønnsmessig. Ofte vil dog domstolene bruke de

tradisjonelle ugyldighetsreglene i avtaleloven framfor § 36 dersom vilkårene for å benytte disse er oppfylt.<sup>8</sup>

Avtaleloven § 36 oppstiller ingen krav om at adressaten må være i ond tro for at regelen skal kunne gjøres gjeldende. Dette skiller den fra de andre ugyldighetsreglene i avtaleloven. At avtaleloven § 36 ikke krever ond tro vil kunne øke domstolenes vilje til å ta i bruk denne regelen framfor de andre ugyldighetsreglene. På denne måten unngår domstolene å stemple adressatens handlemåte som svikaktig, uredelig eller lignende.<sup>9</sup>

Avtalelovens andre ugyldighetsregler åpner bare for en sanksjon dersom man finner at de er overtrådt, nemlig ugyldighet. Avtaleloven § 36 åpner derimot for flere løsningsvalg dersom denne tas i bruk. Også etter avtaleloven § 36 kan avtalen eller deler av den erklæres ugyldig, men her åpnes det i tillegg for at avtalen kan lempes og gis et annet innhold. Dette er også en grunn til at domstolene i forskjellige tilfeller heller vil benytte seg av avtaleloven § 36 enn de andre ugyldighetsreglene i avtaleloven.

De andre ugyldighetsreglene i avtaleloven tar sikte på de tilfeller hvor det foreligger situasjoner ved avtalens inngåelse som gir grunnlag for ugyldighet. Avtaleloven § 36 rekker videre enn dette. I urimelighetsvurderingen i avtaleloven § 36 kan også etterfølgende forhold tas med i betraktningen. Dette gjør at avtaleloven § 36 får et videre anvendelsesområde. Avtaleloven § 36 gir adgang til å lempe avtalen på grunn av innholdet. Det behøves ikke godtgjøres at det var noe i veien med måten avtalen ble til på, alt man må godtgjøre er at avtalen har fått et urimelig innhold når den gjøres gjeldende.<sup>10</sup>

I de tilfeller hvor en avtale på grunn av etterfølgende omstendigheter blir urimelig å gjøre gjeldende, løste man før avtaleloven § 36 etter læren om bristende forutsetninger. I korthet går denne ut på at dersom det foreligger en vesentlig forutsetning, dvs. en forutsetning som har vært motiverende på avtalen, og denne har vært synlig for

---

8 Se Woxholth (2006) side 346-347.

9 Se Woxholth (2006) side 347.

10 Se Woxholth (2006) side 347.

motparten, så kan avtalen settes til side dersom denne forutsetningen ikke inntreffer, og en tilsidesettelse av avtalen framstår som rimelig. I tillegg må det faktum at forutsetningen ikke ble oppfylt ha framstått som upåregnelig.<sup>11</sup>

Etter avtaleloven § 36 trådte i kraft var det usikkert om denne regelen avløste læren om bristende forutsetningen. I Rt-1999-992 la mindretallet til grunn at dette var tilfelle, men flertallet var den oppfatning at avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger virker ved siden av hverandre. Dette betyr at vi nå har to regelsett som regulerer avtalelemping på grunn av etterfølgende omstendigheter.<sup>12</sup>

## **6 VIRKEOMRÅDET TIL AVTALELOVEN § 36**

### **6.1 Avtaler**

Avtaleloven § 36 første ledd første punktum angir at bestemmelsen kommer til anvendelse på en «avtale». Med «avtale» kreves det at partene har inngått en forpliktelse overfor hverandre. Forpliktelsen må i tillegg være gyldig. Dersom forpliktelsene ikke er vedtatt eller er ugyldige, f.eks etter ugyldighetsreglene i avtaleloven §§ 28 flg., foreligger ingen avtale. Avtaleloven § 36 vil heller ikke ramme situasjoner hvor et tilbud avslås.

Det er ikke noe formkrav til avtalen, både muntlige og skriftlige avtaler kan lempes etter avtaleloven § 36. Det er heller ikke noen spesielle vilkår til hvordan avtalen har kommet i stand. Om avtalen er et resultat av uttalt tilbud og aksept, om den er forhandlet fram eller om det er en standardavtale som er inngått, er uten relevans. Så lenge det foreligger en gyldig avtale vil den kunne rammes av avtaleloven § 36.

---

<sup>11</sup> Se Giertsen (2008) side 218.

<sup>12</sup> Se Hov (2002) side 301-302.



## 6.2 Ensidig bindende disposisjoner

I avtaleloven § 36 første ledd annet punktum får bestemmelsen også anvendelse ved «ensidig bindende disposisjoner». Dette er disposisjoner som bare binder en av partene. Løfter er skoleeksempelet på en slik disposisjon, og en løftegiver vil kunne få sin forpliktelse lempet etter avtaleloven § 36 første ledd annet punktum.

Men også påbud vil kunne lempes av avtaleloven § 36 etter første ledd annet punktum. I motsetning til løfter, som bare binder avgiveren, så binder påbud bare mottakeren. Ved avtaler som åpner for at en part kan gi påbud til den andre part, kan avtaleloven § 36 påberopes overfor den delen av avtalen som gir grunnlag for påbudet. Dersom påbudsadgangen er urimelig i seg selv, vil denne kunne settes til side etter avtaleloven § 36, men det vil da være etter første ledd første punktum; i dette tilfellet er det avtalen som er urimelig.

Men også det enkelte påbud kan være urimelig, selv om påbudsadgangen ikke i seg selv gjør selve avtalen urimelig. For eksempel vil en konkret oppsigelse i et husleieforhold kunne være urimelig selv om det ikke er urimelig at avtalen inneholder en oppsigelsesadgang.<sup>13</sup>

## 6.3 «Handelsbruk» og «annen kontraktrettslig sedvane»

Avtaleloven § 36 tredje ledd gir bestemmelsens innhold virkning også der det blir gjort gjeldende «handelsbruk eller annen kontraktrettslig sedvane». Slik kontraktspraksis vil kunne bli brukt for å utfylle en avtale.

---

<sup>13</sup> Se Hov (2002) side 276.

Hov (2002) uttaler at ettersom slik praksis ikke er noe domstolene plikter å legge til grunn, er det ikke noe reelt behov for en egen lempingsadgang for kutymer. Dersom det er inntatt i avtalen at kontraktspraksisen skal utfylle avtalen, eller avtalen henviser til kontraktspraksis mellom partene, så vil den være en del av avtalens innhold og således rammes av avtaleloven § 36 første og annet ledd.<sup>14</sup>

Giertsen (2008) har anlagt et noe annet syn på problemstillingen. Han legger til grunn at en kontraktspraksis må være av en viss kvalitet for at den skal få virkning i mellom partene. I denne kvalitetsvurderingen vil det inngå en vurdering av om praksisen er rimelig i forholdet mellom partene. Dersom domstolene skulle anse praksisen for å være urimelig i forholdet mellom partene, vil han antakelig legge til grunn at det ikke finnes noen bindende kontraktspraksis mellom partene som kan utfylle avtalen. At domstolene først skal godkjenne kontraktspraksisen mellom partene for så å anse den som urimelig etter avtaleloven § 36 framstår som lite trolig.<sup>15</sup> Det råder dog enighet om at tredje ledd i avtaleloven § 36 ikke har noen stor praktisk betydning.

#### 6.4 Formueretten

Selv om bakgrunnen for bestemmelsen i avtaleloven § 36 var å sikre vernet av forbrukere, har regelen fått en helt generell anvendelse i formueretten, jfr avtaleloven § 41. Begrepet «formueretten» har sitt opphav i at man tradisjonelt delte privatretten inn i formueretten, familieretten, arveretten og personretten.<sup>16</sup> Det er altså bare avtaler innenfor formuerettens område som rammes av avtaleloven § 36. I tillegg gjelder bestemmelsen heller ikke i den offentligrettslige sfære.

Formueretten er et uttrykk som er flytende. Gjertsen (2008) definerer formueretten som «de privatrettslige regler som i særlig grad gjelder økonomiske goder» og nevner at

---

14 Se Hov (2002) side 277.

15 Se Giertsen (2008) side 195.

16 Se Gjertsen (2008) side 11.

både kontraktsretten og tingsretten hører med til formueretten.<sup>17</sup> Men selv om det er klart nok at en avtale om kjøp og salg av en bil i fra en privatperson til en annen er innenfor formuerettens område, kan det ved andre typer avtaler være mer usikkert om dette er tilfelle. Dette vil særlig kunne by på problemer der det offentlige er part i en avtale.

At staten og andre offentlige institusjoner kan inngå avtaler er klart. At det er det offentlige som er part i avtalen, gjør ikke at avtalen automatisk er et offentligrettslig anliggende. Det er avtalens karakter som er avgjørende for om den er formuesrettslig eller offentligrettslig. I de tilfeller hvor det offentlige inngår avtaler som andre private parter også kunne inngå, er utgangspunktet at avtalene er innenfor formuerettens område. En slik avtale vil da kunne lempes etter avtaleloven § 36. Men i de tilfeller hvor det offentlige inngår en avtale som inneholder elementer av offentlig myndighetsutøvelse, vil man raskt være over i den offentligrettslige sfære<sup>18</sup>. Dersom slike avtaler skal anses ugyldige, må dette bygge på forvaltningsrettslige regler, og ikke på avtaleloven § 36 eller de andre ugyldighetsreglene i avtaleloven.

Innen familie- og arveretten foreligger det mange eksempler på rettigheter som rettighetshaverne ikke fritt kan overføre til andre,. Det gjelder for eksempel foreldres rettsstilling overfor sine barn, og etter arveloven § 44 kan ikke arv som ikke er falt overføres til andre.<sup>19</sup> Men det er klart at mange disposisjoner som foretas innenfor familie- og arveretten, har en økonomisk karakter, som formuefordeling i ektepakter, avkorting og avkall på arv, arvepakter o.l. Gjertsen og Woxholth anser at slike avtaler er utenfor formueretten, og derfor ikke blir rammet av avtaleloven § 36, mens Hov legger opp til en *lex specialis*-drøfting, hvor han anser avtaler som ektepakter o.l. for å være en del av formueretten, men at de reguleres av særreglene i bl.a. ekteskapsloven kap. 9 og 10.<sup>20</sup>

---

17 Se Gjertsen (2008) side 11.

18 Se Woxholth (2006) side 349.

19 Eksempelene er hentet fra Gjertsen, kap 3.3.

20 Se Giertsen (2008) side 10-11, Woxholth (2006) side 349 og Hov (2002) side 25-26.

Mot arveretten er det noe enklere å tegne opp virkeområdet for avtalelovens § 36; livsdisposisjoner rammes av avtaleloven § 36, mens dødsdisposisjoner ikke gjør det.<sup>21</sup>

## 6.5 Analogislutninger utenfor formuerettens område

Selv om avtaleloven § 36 har sitt virkeområde i formueretten<sup>22</sup>, så er det gjennom rettspraksis og forarbeider åpnet for at bestemmelsen får analogisk anvendelse på andre rettsområder. Høyesterett har gitt avtaleloven § 36 anvendelse på ektepakter i Rt-1990-1094. For denne løsningen fant Høyesterett støtte i forarbeidene til avtaleloven § 36. I Rt-1985-1291 kom Høyesterett dog til motsatt resultat, at avtaleloven § 36 ikke rammet en ektepakt, verken direkte eller analogisk. Flertallet i Rt-1990-1094 tok ikke stilling til om det var en generell adgang til å anvende avtaleloven § 36 analogisk på ektepakter, men fant at ektepakten i den aktuelle sak måtte rammes. Mindretallet (1 dommer) uttaler dog at det er en generell adgang til å gi avtaleloven § 36 anvendelse på ektepakter. Giertsen (2008) uttaler at det ikke kan gis et generelt svar på hvilke avtaler utenfor formueretten som kan rammes av en analogi fra avtaleloven § 36, men at de aktuelle bestemmelsene for avtaletypene må tolkes hver for seg.<sup>23</sup>

## 6.6 Tilbakevirkning

Ettersom mange avtaler er ment å vare over lang tid, vil spørsmålet om avtaleloven § 36 sin virkning på avtaler inngått før regelen ble vedtatt fortsatt kunne komme opp i praksis. Et spørsmål som reises, blir da hvordan avtaleloven § 36 stiller seg i forhold til grunnloven § 97 på avtaleforhold som ble inngått før avtaleloven § 36 trådte i kraft.

Grunnloven § 97 sier at ingen lov kan gis tilbakevirkende kraft. Umiddelbart kan det se

---

<sup>21</sup> Se Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 19 og Woxholth (2006) side 349.

<sup>22</sup> Se punkt 6.4.

<sup>23</sup> Se Giertsen (2008) side 10-11. Det kommer her fram at forarbeidene anser det for å være «aabenbart» at ugyldighetsreglene i avtaleloven §§ 28 flg. kan anvendes analogisk utenfor formueretten.

ut til at grunnloven § 97 hindrer avtaleloven § 36 i å få virkning på avtaler inngått før reglen trådte i kraft. Grunnloven § 97 hindrer dog bare tilfeller av «egentlig tilbakevirkning», og ikke den «uegentlige tilbakevirkning». «Egentlige tilbakevirkning» er når en ny lovregel setter rettsvirkninger på allerede begåtte handlinger, unnlater eller hendelser. «Uegentlige tilbakevirkning» er det når en ny regel virker inn på eksisterende avtaleforhold, men kun endrer innholdet i avtalen for framtiden eller avslutter avtaleforholdet.<sup>24</sup>

For tilblivelsesmangler i avtaler inngått før avtaleloven § 36 trådte i kraft må resultatet da bli at grunnloven § 97 sperrer for at disse kan sanksjoneres etter avtaleloven § 36. I disse tilfellene vil det bli snakk om en «egentlig tilbakevirkning» dersom avtaleloven § 36 ville sette rettsvirkninger på hendelser som inntraff før regelen trådte i kraft og som medførte at det måtte anses å foreligge tilblivelsesmangler ved en avtale.

Derimot får avtaleloven § 36 kan benyttes på innholdsmangler i avtaler som var stiftet før avtaleloven § 36 trådte i kraft, men som ikke er oppfylt. Her vil det være snakk om en «uegentlig tilbakevirkning». En avtalelemping etter avtaleloven § 36 vil i slike tilfeller kun regulere innholdet i avtalen etter at avtalen er inngått. Særlig praktisk er det vel ikke i våre dager at en avtale inngått før 1983 fortsatt er uoppfylt i sin helhet. Et langvarig avtaleforhold som har løpt siden før avtaleloven § 36 trådte i kraft kan derimot lettere tenkes å fortsatt eksistere. En slik avtale vil være oppfylt fram til i dag, eventuelt fram til en tid som ligger noe lenger tilbake, men ikke for framtiden. Dersom avtalen er delvis oppfylt vil avtaleloven § 36 få virkning på den delen av avtalen som ikke er oppfylt og på oppfylling av framtidige ytelser. I rimelighetsvurderingen må det dog tas hensyn til hele avtaleforholdet, også den delen som lå forut for vedtakelsen av avtaleloven § 36.<sup>25</sup>

---

24 For en nærmere redegjørelse mellom «egentlig» og «uegentlig tilbakevirkning», se Huser (1984) side 58-59.

25 Se Huser (1984) side 59-60.

## 6.7 Rammes avtaler som virker urimelige overfor tredjemann av avtaleloven § 36?

Det kan hende at avtaler som inngås mellom to parter også berører en tredjemann. Dette kan f.eks. skje ved at en huseier leier ut en leilighet til en leietaker som ved sin oppførsel forstyrrer naboen, eller dersom eieren av en tomt inngår en avtale med en bedrift om at bedriftens avfall kan deponeres på tomten. Denne avfallsdeponeringen vil da kunne skjemme utsikten til omkringliggende tomter. Spørsmålet her blir da om en evt. tredjemann kan påberope seg avtaleloven § 36 for å lempe avtalen mellom huseieren og leieboeren eller tomteeieren og bedriften.

At en tredjemann blir negativt rammet av en avtale vil språklig sett falle inn under betegnelsen «omstendighetene for øvrig», men etter Høvs oppfatning faller det at en avtale får urimelige virkninger overfor tredjemann utenfor de situasjoner avtaleloven § 36 er ment å ramme. Det må derfor antas at en tredjemann ikke vil kunne påberope seg avtaleloven § 36 mot en avtale han selv ikke er part i. En tredjemann må da finne andre grunnlag for å fremme sine interesser.<sup>26</sup>

## 7 URIMELIGHETSSTANDARDEN

### 7.1 Hvilke momenter inngår i urimelighetsvurderingen?

Avtaleloven § 36 er en avveiningsnorm<sup>27</sup>, og den regulerer ikke hvilke faktorer som vil kunne spille inn på urimelighetsvurderingen. Noen faktorer nevnes i annet ledd, og i forarbeidene til loven blir flere faktorer nevnt. Noen uttømmende liste er disse oppstillingene dog ikke ment å være. Å liste opp alle faktorer som vil kunne spille inn

---

<sup>26</sup> Se Hov (2002) side 295.

<sup>27</sup> Se Hagstrøm (1994) side 147.

urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36 vil være praktisk meget vanskelig å gjennomføre, ettersom dette kontinuerlig vil endres med samfunnsforholdene. Dette betyr ikke at domstolene stiller helt fritt ved bruken av avtaleloven § 36. Momentene som nevnes i bestemmelsen og i forarbeidene, vil lettere kunne anføres som relevante i en sak. I tillegg vil domstolene måtte søke å bevare forutsigbarheten i avtaledannelser. Dersom domstolene i for stor grad griper inn i avtaler ved hjelp av avtaleloven § 36, vil tilliten til avtalene svekkes. Dette er et viktig hensyn i mot avtalerevisjon etter avtaleloven § 36, og at domstolene må ta slike hensyn er uttalt av mindretallet i Rt-1995-1540: «Betenkeligheten ved en vid bruk av bestemmelsen ligger i at det svekker forutberegneligheten i avtaleforhold». Flertallet kom i denne saken til at avtaleloven § 36 kom til anvendelse, men også de måtte veie ønsket om en konkret rimelighet opp mot ønsket om å sikre forutberegnelighet i avtaleforhold, selv om dette ikke ble uttalt så klart som av mindretallet.

## 7.2 Er urimelighetsbegrepet i avtaleloven § 36 vidt eller snevert

Selv om man ikke kan angi noen uttømmende liste over hvilke momenter som skal spille inn i urimelighetsvurderingen i avtaleloven § 36, så vil man kunne si noe om momentenes vekt ved å se om urimelighetsbegrepet er vidt eller snevert. Dersom regelen er snever, vil momentene som trekkes inn i vurderingen måtte veie tungt for at lemping skal skje. Er reglen vid, vil det ikke trenge så tungtveiende momenter for at lemping kan finne sted.

Uttalelser i forarbeidene og i rettspraksis gjør det klart at reglen er ment å være snever. I forarbeidene uttales det at «'Urimelig' må oppfattes som i seg selv et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope seg»<sup>28</sup> og regelen forutsettes «brukt med varsomhet» i Rt-1990-284.

I Rt-1990-284 gjaldt saken hvor stor innløsningssummen skulle være etter en

---

28 Ot.prp 5 (1982-83) side 30.

tomtefesteavtale. I denne saken uttalte førstvoterende at avtaleloven er «forutsatt brukt med varsomhet», og fant ikke grunnlag for å sette ned innløsningssummen. Mindretallet i denne saken fant derimot grunnlag i avtaleloven § 36 for «en vesentlig nedsettelse» av innløsningssummen. At flertallet ikke fant grunnlag for å foreta en lemping av avtalen etter avtaleloven § 36, mens mindretallet fant grunnlag for å foreta en «vesentlig reduksjon» av innløsningssummen, må bety at det etter flertallets syn skal være vanskelig å vinne fram med krav om avtalerevisjon etter avtaleloven § 36.

### 7.3 Hvilke målestokker har man for urimelighetsvurderingen?

At regelen er ment å være snever, kommer som nevnt fram av forarbeidene og rettspraksis. Dette betyr at lovgiver mente at urimelighetsbegrepet i avtaleloven § 36 skulle være strengt. Det er altså ikke nok at man kan finne mer hensiktsmessige løsninger enn de avtalepartene har funnet fram til. Men selv om regelen skal være en snever regel, overlater ordlyden i avtaleloven § 36 mye av skjønnsutøvelsen til domstolene. Det har derfor betydning hvilken målestokk som legges til grunn ved urimelighetsvurderingen for om domstolene vil benytte seg av avtaleloven § 36. Woxholth (2006) uttrykker det slik at det må foreligge en «klar forskjell mellom virkningene av kontraktsvilkårene og det som anses som en rimelig løsning i rettsforholdet mellom partene».<sup>29</sup> Giertsen (2008) sier at avviket mellom avtalen og målestokken må være «markert» for at det skal foreligge urimelighet.<sup>30</sup>

Ut i fra forarbeider og rettspraksis kan man lede ut at de relevante målestokkene for urimelighetsvurderingen vil være deklarasjonsrett, avtalepraksis, markedspris og rene rimelighetsbetraktninger.<sup>31</sup>

---

29 Se Woxholth (2006) side 355.

30 Se Giertsen (2008) side 210.

31 Se Woxholth (2006) s. 354 og Giertsen (2008), kap 29.



### 7.3.1 Deklaratorisk rett

Dersom det finnes deklaratorisk rett som regulerer avtaletypen, vil Høyesterett i normale tilfeller anse denne som en målestokk på hva som anses rimelig av lovgiver. Det er lite trolig at lovgiver vil lage en regel som de selv synes er urimelig. Dersom avtalen er i samsvar med de deklaratoriske regler som regulerer avtaletypen vil det kreve noe ekstraordinært for at avtalen skal anses urimelig etter avtaleloven § 36. I både Rt-1989-950 og Rt-2000-610 førte krav om lemping etter avtaleloven § 36 ikke fram, da innholdet i avtalene var vanlige for avtaletypen og i samsvar med lovregler. Dette gjelder dog bare i de tilfellene hvor alle relevante deklaratorisk regler har fått anvendelse. Dersom avtalen bare inneholder visse relevante deklaratoriske regler, men har valgt løsninger utenfor den deklaratoriske retten på andre områder av avtalen, vil urimelighet lettere kunne påvises. Dette gjelder særlig det avtalen inneholder de deklaratoriske regler som stiller en av partene i en gunstig stilling, men ikke de reglene som gagnar den andre parten.<sup>32</sup>

Mot avtaler som ikke er i samsvar med deklaratorisk rett, vil et krav om lemping etter avtaleloven § 36 lettere kunne føre fram. Dog må det tas i betraktning at regelen er deklaratorisk. Dette innebærer at partene er ment å stå fritt i å avtale andre ordninger enn de som følger av de deklaratoriske reglene. At partene har brukt denne retten er da ikke alene noe argument for å lempe avtalen etter avtaleloven § 36.<sup>33</sup> Det er virkningen avtalen får som eventuelt kan føre til en urimelighet som kan avhjelpes ved lemping.

Begrunnelsen for vilkåret som avviker fra deklaratoriske regler vil være viktig for urimelighetsvurderingen. Dersom vilkåret har en fornuftig begrunnelse vil dette tale i mot lemping. Dette var tilfelle i Rt-2000-1800. I denne saken var det tatt inn et vilkår i ansettelsesavtalen til en ledende ansatt i en bank om at denne forpliktet seg til å bo i en bestemt kommune. Banken hadde begrunnet dette med at den som var ansatt i

---

<sup>32</sup> Se Hov (2002) side 288.

<sup>33</sup> Dette kommer klart til uttrykk i Rt-2001-716. Saken gjaldt lempingsregelen i ekteskapsloven § 65, men uttalelsene om virkningen av at partene hadde valgt andre løsninger enn de som fulgte av den deklaratoriske regelen må gjelde generelt.

stillingen, måtte ha kunnskap om og kunne knytte kontakter i lokalmiljøet. I tillegg hadde banken klart presisert bovilkåret før avtalen ble inngått. Høyesterett fant av denne grunn at bostedsvilkåret ikke var urimelig etter avtaleloven § 36. I tillegg til at begrunnelsen for det vilkåret som fravek fra deklarasjoniske regler (bostedsvilkåret) i denne saken var fornuftig, var også avtalevilkåret framhevet og diskutert før avtalen ble inngått. Dette la også Høyesterett vekt på. Etter resonneringen i denne avgjørelsen virker det som om det kreves tydeligere presisering av avtalevilkår som går langt utover det som følger av deklarasjonisk rett og avtalepraksis. Men dersom et uvanlig og til dels inngripende vilkår som det som var tilfelle i Rt-2000-1800 blir presisert klart, taler dette imot avtalelemning.

En av farene ved å bruke deklarasjoniske lovregler som en målestokk er at man da fort kan ende med å se på alle fravik fra disse som urimelige. På denne måten kan man da få en situasjon hvor egentlig deklarasjoniske regler i realiteten blir preseptorisk ved hjelp av avtaleloven § 36.<sup>34</sup> Men som et utgangspunkt for hva som er å anse som rimelig vil deklarasjoniske regler være nyttige.

### 7.3.2 Avtalepraksis

Innenfor alle rettsområder hvor det er naturlig å inngå avtaler, vil det etterhvert danne seg en praksis om hva avtalene skal inneholde, hvilke parter som skal bære hvilke byrder og hvilke parter som skal bære hvilke risikoer. Denne praksisen kan være mer eller mindre omfattende og fast, men innenfor de fleste rettsområder foreligger det en felles oppfatning av hvilke momenter som hører hjemme i en avtale. Det er dette som menes med «avtalepraksis».

Når Høyesterett søker en målestokk på hva som er rimelig, vil det være naturlig å se på hvordan avtalepraksis er på det aktuelle rettsområdet. Dersom det har oppstått en fast praksis av et visst omfang, er det naturlig å anta at aktørene innenfor rettsområdet finner

---

34 Se Woxholth (2006) side 354.

innholdet i en slik praksis rimelig. Rettspraksis viser også at Høyesterett bruker avtalepraksis som en målestokk i urimelighetsvurderingen i ganske stor grad.<sup>35</sup>

I Rt-2000-610 gjaldt saken en pensjonsavtale for en banksjef. Banken krevde avtalen lempet etter avtaleloven § 36 da banken hadde fått store økonomiske vanskeligheter mens banksjefen ledet banken. Kravet førte ikke fram, blant annet fordi innholdet i avtalen var «vanlig sammenlignet med pensjonsavtaler for administrerende direktører i banker»<sup>36</sup>. Når avtaleinnholdet var vanlig, fant Høyesterett at det ikke var grunnlag for å si at avtalen var urimelig etter avtaleloven § 36. Avgjørelsen kan nok ikke tolkes dithen at ingen vanlige avtalevilkår er urimelige etter avtaleloven § 36, men det må foreligge meget sterke grunner for at urimelighet skal foreligge i slike tilfeller.

Rt-1988-276 viser at Høyesterett kan finne avtaler som i stor grad fraviker avtalepraksis, urimelige. Saken gjaldt oppregulering av en festeavgift på grunn av sterkt fall i pengeverdien. I tiden etter at festeavtalen ble inngått, hadde det blitt vanlig med prisreguleringsbestemmelser i lignende avtaler, og førstvoterende uttalte at festeavtalen hadde fått «et innhold sterkt i utakt med ellers helt tilsvarende avtaler inngått senere».<sup>37</sup> Det var også andre momenter som gjorde at Høyesterett ga medhold i kravet om lemping, men at avtalen hadde fått et innhold som var klart forskjellig fra avtalepraksis på området, var et tungt argument for lemping.

Mindretallet i Rt-1995-1540 vektla bl.a. at lånet det var stilt kausjon for i den saken, framstod som «temmelig ordinært».<sup>38</sup> Dette talte imot at låneyter burde undersøkt lånetakerne bedre og advart kausjonisten om lånetakernes dårlige økonomi. Mindretallet fant etter dette at kausjonsavtalen ikke kunne anses for å være urimelig etter avtaleloven § 36.

---

35 Se Hagstrøm (1994) side 143.

36 Rt-2000-610 på side 618.

37 Rt-1988-276 på side 287.

38 Se Rt-1995-1540 på side 1548.

### 7.3.3 Markedspris

I en avtale der en av partene skal yte penger som vederlag, vil markedspris, dersom det finnes en slik, kunne fungere som en målestokk for hva som er rimelig pris for kontraktsgjenstanden. Utgangspunktet er som vanlig at partene står fritt til å avtale sine forpliktelser, og det er lov til å inngå både gode og dårlige avtaler. Men i visse tilfeller vil prisen kunne bli så misvisende for kontraktsgjenstandens verdi at det må anses urimelig å gjøre kontrakten gjeldende. Avtaleloven § 36 får anvendelse både der prisen er urimelig høy og urimelig lav. En av fordelene med å benytte markedspris som målestokk er at denne i de fleste tilfeller er objektiv og klar. Dette medfører at avtalepartene på forhånd har en mulighet for å se hvor rimelighetsområdet ligger.

I urimelighetsvurderingen vil man ikke bare kunne se på prisen alene, men også andre forhold vil ha innvirkning. Dersom en av partene har presset den andre til å godta en bestemt pris, vil dette kunne spille inn i urimelighetsvurderingen. Av dette følger at jo mer en part er å klandre, desto lavere vil terskelen være for å finne en pris urimelig. I Rt-1993-1497 fant Høyesterett at prisen på en leilighet var urimelig høy, ettersom taksten på leiligheten ikke tok hensyn til den store fellesgjelden i borettslaget. Det motsatte skjedde i Rt-1993-509, som gjaldt salg av bl.a. ti malerier. Der hadde man hatt en kyndig takstmann som hadde foretatt en prisvurdering av bildene, og denne var antatt å tilsvare markedspris. Kunstgjenstandene skulle være i selgerens hjem i hennes levetid. Da selgeren døde hadde kunstgjenstandene steget betraktelig i verdi, og en av hennes arvinger krevde da salgsavtalen lempet etter avtaleloven § 36.

At boet til selgeren av maleriene ikke ble hørt med sitt krav om lemping kan sees på som et utslag av en risikoplassering. Kjøp av malerier og kunst innebærer alltid en risiko for at det man kjøper, ikke er like sjeldent eller verdifullt som man antar. Denne risikoen finnes såklart også ved boligkjøp, men her er speulasjons- og investeringsaspektet som hovedregel mindre enn ved kunstkjøp. Det er partene som har risikoen for de oppfatninger de har om kontraktsgjenstandens egenskaper, men man er nok mer tilbøyelig til å finne en pris urimelig dersom det dreier seg om viktige

bruksgjenstander, som husrom o.l., enn om det er snakk om investeringsobjekter. En grunn til dette er at kjøperen av investeringsobjekter som hovedregel mener å selge disse videre i et forsøk på å skaffe seg en gevinst. Men i den forbindelse påtar kjøperen seg også risikoen for at markedet går slik han forventer. Skulle markedet synke, vil kjøperen lide tap. Ettersom dette er en risiko kjøperen tar er man også mer tilbøyelig til å finne en pris rimelig for investeringsobjekter, selv om det skjer store endringer i prisen på kontraktsgjenstanden i mellomtiden.

At Høyesterett er mer tilbøyelig til å finne en pris urimelig dersom det dreier seg om kjøp av leilighet enn kjøp av kunst, kan og bero på at førstnevnte mer er å anse som et nødvendighetsgode, mens sistnevnte er et luksusgode. Det vil nok mindre til for at Høyesterett finner en høy pris på et nødvendighetsgode urimelig enn på et luksusgode.<sup>39</sup>

#### 7.3.4 Rimelighetsbetraktninger

I praksis forekommer det dog ikke sjelden at det ikke foreligger noen relevante deklatoriske lovregler eller noen avtalepraksis å støtte en rimelighetsvurdering på. Der man ikke kan finne andre holdepunkter for rimelighetsvurderingen, må domstolene falle ned på rene rimelighetsbetraktninger.

I motsetning til lovregler og avtalepraksis, som oppstiller mer objektive momenter for vurderingen, vil rene rimelighetsbetraktninger i stor grad overlate vurderingen til domstolenes skjønn. Rettspraksis viser dog at det er vanskelig å få en avtale lempet etter avtaleloven § 36 bare på grunnlag av rimelighetsbetraktninger. Rt-1990-284 og Rt-1989-1215 går langt i å avvise lemping etter avtaleloven § 36.

---

<sup>39</sup> Se Hov (2002) side 282.

### 7.3.5 Svartelisen til Rådsdirektiv 93/13/EØF

I moderne tid har standardavtaler blitt mer og mer vanlig i forbrukerforhold. Dette er avtaler som i sin helhet er diktert av selgeren. Kjøperen har altså kun mulighet til å inngå avtalen slik den er, eller ikke inngå noen avtale i det hele tatt. Bakgrunnen for avtaleloven § 36 var som nevnt over i kapittel 3 å sikre forbrukeres rettigheter, men regelen har fått virkning i hele formueretten. EUs råd har dog avgitt et direktiv som tok sikte på å styrke forbrukerrettighetene i EUs indre marked (Rådsdirektiv 93/13/EØF).<sup>40</sup>

Dette direktivet regulerer urimelige standardvilkår i forbrukerforhold, og er gjennom en tilleggsavtale gjort til en del av EØS-avtalen. Norge har påtatt seg å tilpasse norsk rett til dette direktivet.

Rådsdirektivet har et vedlegg som nevner enkelte avtalevilkår som typisk vil være å anse som urimelige (en svarteliste). Dette vedlegget er ikke gjort til norsk lov, men det vil være å anse som en relevant rettskilde ved urimelighetsvurderingen av standardiserte forbrukeravtaler.<sup>41</sup>

Listen over urimelige avtalevilkår som er i direktivets vedlegg er ikke ment å være uttømmende.<sup>42</sup> De vilkårene som blir nevnt i vedlegget må dog som utgangspunkt også antas å være urimelige etter avtaleloven § 36, selv om det ikke er noen selvfølge<sup>43</sup>. Også i standardiserte forbrukeravtaler skal det skje en konkret bedømmelse av avtalen, og et urimelig vilkår som er nevnt i direktivets vedlegg vil kunne gjøres rimelig ved at andre vilkår i avtalen gir forbrukeren en gunstig rettsstilling.<sup>44</sup>

At svartelisen ikke er ment å være uttømmende medfører at det at et avtalevilkår ikke er nevnt i svartelisen ikke gir noen indikasjon på at vilkåret er å anse som rimelig.<sup>45</sup>

---

40 Se Hov (2002) side 304 og Woxholth (2006) 384.

41 Se Woxholth (2006) side 385.

42 Se Woxholth (2006) side 385.

43 Se Woxholth (2006) side 385, Hov (2002) side 304 og Giertsen (2008) side 214.

44 Se Woxholth (2006) side 385-386 og Hov (2002) side 304-305.

45 Se Woxholth (2006) side 386 og Hov (2002) side 305.

## 7.4 Tidspunktet for urimelighetsbedømmelsen

Mens det naturlige utgangspunkt ved tolkning av avtaler er ordlyden ved avtaletidspunktet, er det klart at urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36 skal ta utgangspunkt i forholdene på tidspunktet den gjøres gjeldende, altså på oppfyllestidspunktet. Dette følger av ordlyden i paragrafen.

I Rt-1988-276 uttaler Høyesterett at avtalen «må først og fremst vurderes ut fra situasjonen i dag». I denne saken ble kroneverdien på domstidspunktet målt opp mot kroneverdien ved avtaletidspunktet. Domstidspunktet var også målestokken i Rt-1988-295. Etter dette har Giertsen (2008) lagt til grunn at alle forhold som inntreffer fram til dom faller, vil kunne tas med i urimelighetsvurderingen. Hagstrøm (2003) går ikke like langt, og mener skjæringstidspunktet bør være når kravet om avtalerevisjon settes fram.<sup>46</sup> Jeg mener Giertsens syn har mye for seg. Ved at skjæringstidspunktet legges til domsavsigelsen, får domstolene muligheten til å komme fram til en løsning som framstår som rimelig på det tidspunktet dommen vil få virkning. Dersom skjæringstidspunktet legges til det tidspunktet hvor krav om lemping settes fram, kan forhold etter den tid gjøre at domstolene må komme til et resultat som var rimelig ved skjæringstidspunktet men som ikke lenger er rimelig.

Uansett hvor man legger skjæringstidspunktet, er det ikke bare avtalen og dens innhold ved skjæringstidspunktet som skal være utgangspunktet for urimelighetsvurderingen. Det er rettsoppfatningen ved skjæringstidspunktet som skal legges til grunn ved urimelighetsvurderingen.<sup>47</sup>

## 7.5 Avtaleloven § 36 annet ledd

I avtaleloven § 36 annet ledd har lovgiver nevnt enkelte retningslinjer for hva som kan

---

<sup>46</sup> Se Giertsen (2008) side 198-199 og Hagstrøm (2003) side 278.

<sup>47</sup> Se Hagstrøm (2003) side 279.

tillegges vekt ved urimelighetsvurderingen. I dette leddet nevnes «avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse» som relevante momenter. Det er dog klart at også andre momenter kan spille inn i urimelighetsvurderingen. Dette kommer fram av at bestemmelsen også viser til «senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig». Selv om man i teorien kan la enhver omstendighet rundt avtalen spille inn, vil de konkrete retningslinjene som nevnes i annet ledd veie tungt i en urimelighetsvurdering.

#### 7.5.1 «Avtalens innhold»

Det er innholdet i avtalen som er avgjørende for om det foreligger «urimelighet» etter avtaleloven § 36. Innholdet i avtalen må således være klargjort ved hjelp av reglene for vedtagelse og tolkning før det er aktuelt å bruke avtaleloven § 36.<sup>48</sup> Dersom domstolene skulle ha funnet at et urimelig vilkår ikke er vedtatt, eller ha tolket en urimelig avtale slik at urimeligheten faller bort, vil avtaleloven § 36 ikke regulere tilfellet.

Ved urimelighetsbedømmelsen må domstolene vurdere hele avtalen under ett. Dette medfører at et urimelig avtalevilkår kan oppveies av andre avtalevilkår, slik at avtalen som helhet ikke vil anses som urimelig. Det er kun når hele avtalen anses som urimelig, at avtaleloven § 36 får anvendelse. Dette betyr ikke at alle vilkårene i avtalen må være urimelige for at avtaleloven § 36 skal komme til anvendelse. Dersom det foreligger et urimelig avtalevilkår kan dette være nok til å anse hele avtalen urimelig dersom det urimelige vilkåret ikke oppveies av et annet, gunstigere vilkår. Men dersom det foreligger avtalevilkår som er gunstige og ugunstige for begge parter i avtalen, og partene har avtalt en jevnbyrdig fordeling av plikter, rettigheter og risiko, skal det mye til for at et av vilkårene er nok til at det vil sies å foreligge urimelighet etter avtaleloven § 36.

At avtalen må vurderes i sin helhet medfører også at avtaleloven § 36 kan få anvendelse

---

48 Se Woxholth (2006) side 352.



på avtaler der hvert vilkår isolert sett ikke er nok til å konstituere urimelighet, men der hele avtalen samlet sett framstår som urimelig. Dette kan være tilfelle der flere avtalevilkår plasserer mange plikter og mye risiko hos en part, uten at denne parten får rettigheter som veier opp for disse vilkårene. Selv om hvert enkelt avtalevilkår i seg selv ikke er urimelig, vil helheten da kunne medføre at avtalen lempes etter avtaleloven § 36.

Under begrepet «avtalens innhold» vil man også kunne ta i betraktning hvordan avtalen er utformet. Dersom det i avtalen er brukt mange fremmedord, et fremmed språk eller «skjulte» klausuler, vil det kunne være argumenter for å foreta en avtalelempling etter avtaleloven § 36.

Hov anser at disse tilfellene rammes av uttrykket «omstendighetene for øvrig».<sup>49</sup> All den tid slike omstendigheter er tatt inn i kontrakten framstår det som mer naturlig å anse det som en del av avtalens innhold. For at avtalelempling etter avtaleloven § 36 skal bli aktuelt må avtalen ha et innhold som gjør den urimelig å gjøre gjeldende. Hvis avtalen er rimelig å gjøre gjeldende, så vil ikke domstolene kunne foreta en lemping av avtalen selv om enkelte av avtalevilkårene var skjult, eller det var brukt faguttrykk i avtalen. Ved å sanksjonere bruk av fremmed språk, faguttrykk og skjulte klausuler med avtalelempling etter avtaleloven § 36 har man dermed forutsatt at avtalens innhold har blitt urimelig på grunn av disse forholdene. Dette er grunnen til at jeg velger å behandle slike tilfeller under dette punktet.

Bruk av skjulte klausuler, faguttrykk og fremmed språk vil særlig kunne føre til urimelig innhold i forbrukeravtaler. Dersom to profesjonelle parter innenfor samme fagområde benytter seg av fagtermer i kontrakten, vil ikke dette være noe argument for avtalelempling, det vil snarere være naturlig. Dersom det er snakk om en forbrukerkontrakt, vil en utstrakt bruk av fagtermer derimot lettere kunne anføres som grunnlag for an avtalelempling.

---

49 Se Hov (2002) side 303-304.

At profesjonelle parter inngår kontrakter på et fremmed språk, vil som hovedregel heller ikke kunne anføres som grunnlag for en avtalelemping etter avtaleloven § 36. Dersom partene har inngått en kontrakt på engelsk om f.eks. kjøp av en flåte fly, vil det være ganske naturlig all den tid det er en omfattende avtale som ofte må oppfylles ved hjelp av kontraktshjelpere i utlandet. I tilfeller hvor en av partene kommer fra et annet land enn Norge vil avtalen også nødvendigvis være på et fremmed språk for minst en av partene. I slike tilfeller vil ikke språkvalget vanskelig kunne være grunnlag for at avtalen har fått et urimelig innhold etter avtaleloven § 36. Men også her vil vurderingen kunne bli annerledes dersom det er snakk om en forbrukerkontrakt. Er begge parter i forbrukerkontrakten norskspråklige, vil nok avtalevilkår som er til skade for forbrukeren lettere bli ansett som urimelige, dersom avtaleteksten er på et fremmed språk.

«Skjulte» klausuler kan forekomme ved at enkelte avtalevilkår er plassert midt blant andre typer vilkår, slik at de gjemmes bort. En annen måte å skjule avtalevilkår på kan være bruk av liten skrift i kontrakten. Dersom ugunstige avtalevilkår skjules på denne måten, må det anses for å være i grenseland for hva som kan anses for å være i tråd med redelighet. Selv om et slikt tilfelle ikke nødvendigvis vil kunne rammes av avtaleloven § 33, vil det at ugunstige vilkår gjemmes bort på denne måten, være et argument for å anse det urimelig etter avtaleloven § 36 å gjøre dem gjeldende.

Utformingen av avtalen kan også gjøre at avtalen får et annet innhold enn det som var ment fra avtalepartenes side. Det kan hende at vilkårene partene tar inn i avtalen, senere viser seg å være objektivt sett uegnede for å fremme den reguleringen mellom partene som var tilsiktet; vilkårene kan til og med tenkes å ha motsatt virkning av det som var ment fra partenes side. Dette var tilfellet i NJA-1983-385. Her hadde partene i en festeavtale forsøkt å motvirke virkningene av inflasjonen ved å innta en reguleringsklausul som var knyttet til prisen på 100 kilo hvete. Avtalen ble inngått i 1949, da prisen på hveten var 31 kroner per 100 kilo. I 1985 hadde prisen steget til 85 kroner per 100 kilo, men konsumprisindeksen hadde i samme tidsrom blitt seksdoblet. Reguleringsklausulen i avtalen regulerte altså ikke forholdet mellom partene på den

måten det var tenkt ved avtaleinngåelsen.

I slike tilfeller vil partenes felles forutsetninger ved avtaleinngåelsen tilsi at avtalen ikke kan gjøres gjeldende slik den står. Dette må være et moment som veier tungt i urimelighetsvurderingen i avtaleloven § 36. I NJA-1983-385 valgte Högsta Domstolen å erstatte det uhensiktsmessige avtalevilkåret med et vilkår som vil føre til en regulering av avtaleforholdet som var i tråd med det partene intenderte ved avtaleinngåelsen.<sup>50</sup>

### 7.5.2 «Partenes stilling»

At partenes stilling er nevnt spesielt i avtaleloven § 36, kan ses på som et resultat at regelen har sin bakgrunn i et ønske om å primært verne forbrukere. Forbrukere vil som regel være underlegne en profesjonell part i en avtalesituasjon, både hva gjelder ressurser, mulighet til å forutse konsekvenser av avtalen og til å ivareta egne interesser. Lovgiver har av denne grunn ønsket at den underlegne part skal ha en viss mulighet til å få en avtale revidert dersom avtalen vil ha store negative konsekvenser for ham. Av denne grunn vil forbrukere ha større sjanse for å vinne fram med et krav om avtalerevisjon etter avtaleloven § 36 enn en profesjonell part.<sup>51</sup> Men heller ikke en forbruker vil vinne fram med et lempingskrav bare fordi han kunne ha blitt bedre stilt.<sup>52</sup>

Hov (2002) uttaler at det faktum at styrkeforholdet mellom partene er ubalansert, ikke i seg selv er et argument for lemping av avtalen etter avtaleloven § 36. Etter hans oppfatning må det i tillegg oppstilles et krav om at styrkeforholdet mellom partene har virket inn på tilblivelsen av avtalen eller dens innhold.<sup>53</sup>

---

50 Se Hagstrøm (2003) side 300-301. Eksempelet er hentet herfra.

51 I Rt-1990-500 uttaler førstvoterende at det taler i favør av de ikke-profesjonelle leietakerne at de hadde inngått leieavtalene med en profesjonell part. I Rt-1991-147 ble det også lagt vekk på at saken gjaldt en leietvist mellom en profesjonell part og en privat part. Også i denne saken ble det foretatt en avtalerevisjon til fordel for den private parten.

52 Se Hagstrøm (1994) side 151.

53 Se Hov (2002) side 295.

I rent kommersielle forhold er det en snevrere adgang til å revidere avtalen etter avtaleloven § 36. I slike avtaleforhold vil man i stor grad søke å sikre forutberegnelighet og ta hensyn til at avtalen er et resultat av veloverveide risikobetraktninger.<sup>54</sup> Dette kommer også til uttrykk i Rt-1988-295, hvor Høyesterett la vekt på at det ikke var snakk om et «forretningsmessig forhold hvor det kan være særlig grunn til å la hver part bære risikoen for sine forutsetninger.»

I en avtale mellom private parter vil det være unaturlig å snakke om en sterk og en svak part. Her vil partene være nokså likt stilt. Også her vil ønsket om å bevare forutsigbarheten i et avtaleforhold tale i mot lemping. Det vil i avtaler mellom private parter også kunne være et mål å legge et eventuelt større avtalekompleks i ro.<sup>55</sup> Rettspraksis viser at Høyesterett er ganske tilbakeholdne med å lempe avtaler også mellom private parter.<sup>56</sup>

Et annet moment som vil spille inn på urimelighetsbedømmelsen er i hvor stor grad en part vil kunne velge å inngå en avtale med andre vilkår med en annen part. Dersom en av partene har en veldig stor markedsandel eller et monopol vil dette kunne være et argument for å anse avtalevilkår for å være urimelige. I særlig grad gjelder dette der monopolisten har fått diktere hele eller store deler av avtalen. Er avtalen mer individuelt forhandlet vil dette i større grad tale mot at det foreligger urimelighet.

### 7.5.3 «Forholdene ved avtalens inngåelse»

Tilblivelsesmangler faller tradisjonelt inn under reglene i avtaleloven §§ 28 flg. Felles for disse reglene er at de krever at adressaten må være i ond tro. Dette er som nevnt ovenfor ikke et vilkår i avtaleloven § 36. Adressatens gode eller onde tro vil dog raskt spille inn i urimelighetsvurderingen, slik at dette momentet vil ha betydning for muligheten til å kunne påberope seg avtaleloven § 36. Dersom en løftegiver var i

---

<sup>54</sup> Se Hagstrøm (1994) side 148.

<sup>55</sup> Se Hagstrøm (1994) side 151-152.

<sup>56</sup> Se bl.a. Rt-1989-1215. For bruk av § 36 på ektepakter, se Rt-1990-1094, Rt-1990-1099 og Rt-1990-1106. Eksemplene er hentet fra Hagstrøm (1994) side 152.

villfarelse og løftet ble gitt på denne bakgrunn, men løftemottaker ikke var klar over eller burde vært klar over dette, vil det knapt kunne sies å være «urimelig» at avtalen gjøres gjeldende<sup>57</sup>.

Avtaleloven § 36 vil også kunne komme til anvendelse i situasjoner som ligner på de som blir sanksjonert etter avtaleloven §§ 28 flg, men som ikke er like alvorlige. Dette kan være tidspress og psykisk påvirkning, men også at avtalen ikke har blitt forstått på grunn av språkvansker.<sup>58</sup>

#### 7.5.4 «Senere intrådte forhold»

Utgangspunktet når to eller flere parter stifter en avtale, må være at de handler på egen risiko og for egen regning. Dette medfører at alle partene må bære følgene av hvordan forholdene etter avtaleinngåelsen utvikler seg. Dersom man kjøper en leilighet i et opphetet marked og prisene deretter faller, må man som hovedregel betale den avtalte prisen. Det samme vil og gjelde dersom man inngår en avtale om å leie leiligheten. Og tilsvarende for de som kjøpte HD DVD-spillere idet produsentene var i ferd med å slutte å produsere slike spillere og filmer til dem. Disse spillerne ble i praksis verdiløse. En positiv side ved et slikt grunnprinsipp er at det vil motivere partene til å tenke gjennom og kalkulere risikoen på forhånd. Partene vil da være mer forsiktige når de inngår avtalen, og dette vil i det lange løp redusere tap.<sup>59</sup>

Ulempen med dette synet er at det ubetinget favoriserer en sterk part som i stor grad kan forutse utviklinger framover. Selv om det ikke er noe galt med et slikt system, så er det ikke alltid at det passer. I enkelte situasjoner må det åpnes for å endre avtaler som på grunn av forhold som inntreffer etter avtalen er inngått, gjør at den blir urimelig. Dette

---

57 Se Hov (2002) side 274 og Woxholth (2006) side 356.

58 Se Woxholth (2006) side 357.

59 Se Hov (2002) side 296.

synet gjør seg særlig gjeldende i avtaleforhold hvor det er et mål i seg selv å finne en løsning partene kan leve med, som samværsrett med barn eller en bruksavtale til en felles fritidseiendom.<sup>60</sup> Dette er grunnen til at avtaleloven § 36 konkret nevner at også etterfølgende begivenheter kan tas med i urimelighetsvurdering.

At forhold som oppstår etter avtaleinngåelsen kan spille inn i urimelighetsvurdering etter avtaleloven § 36, vil særlig få effekt ved langvarige kontrakter. I slike kontraktsforhold er det en mengde forhold som kan inntreffe og gjøre en kontrakt mindre gunstig for en part enn det som var antatt ved avtaleinngåelsen. Eksempler på slike forhold kan være fall i pengeverdien, endringer i priser eller varemangel.

At etterfølgende omstendigheter kan medføre at en avtale blir ugyldig, er et syn som forelå også før avtaleloven § 36 ble vedtatt. Før avtaleloven § 36 trådte i kraft, ble problemet løst ved læren om bristende forutsetninger, se nærmere om dette i kapittel 5.

Ved innføringen av avtaleloven § 36 i norsk rett var det fra lovgivers side ikke ment å endre terskelen for når en avtale kan endres på grunn av senere inntrådte forhold. Dette kommer fram av forarbeidene til avtaleloven, som uttaler at vurderingene under avtaleloven § 36 skulle være så å si de samme som under forutsetningslæren. Det ble også uttalt at teori og rettspraksis om forutsetningslæren ville være veiledende for bruken av avtaleloven § 36.<sup>61</sup> Den høye terskelen som gjaldt for å få lempet en avtale etter forutsetningslæren, var ment å videreføres ved bruken av avtaleloven § 36 på grunnlag av senere inntrådte forhold. I tillegg bør avtalelemping på bakgrunn av etterfølgende omstendigheter fortsatt som hovedregel bare tillates i de tilfellene hvor de etterfølgende omstendighetene ikke kunne forutses ved avtaleinngåelsen.<sup>62</sup>

---

60 Se Hov (2002) side 296.

61 Se Ot.prp nr. 5 (1982-83) side 35.

62 Se Hov (2002) side 296-297.

### 7.5.5 «Omstendighetene for øvrig»

Avtaleloven § 36 annet ledd åpner og for at det kan legges vekt på «omstendighetene for øvrig» i urimelighetsvurderingen. Dette er, i motsetning til de andre retningslinjene som nevnes i bestemmelsen, en meget vag formulering, og den innebærer språklig sett at alle begivenheter kan spille inn i urimelighetsvurderingen. Hvilke momenter domstolene skal legge vekt på i en konkret sak må derfor bero på et skjønn.<sup>63</sup>

Momenter Høyesterett tidligere har funnet relevante er bl.a. hvilket rettsområde avtalen gjelder. I Rt-1990-500 uttalte førstvoterende på side 509 at det måtte tas i betraktning «at det er tale om bestemmelser i husleiekontrakter». På dette rettsområdet fant han at det skulle mye til å lempe en avtale til ugunst for leietakeren.<sup>64</sup>

Partenes opptreden er også et moment som kan vektlegges i urimelighetsvurderingen. Dersom en part opptrer klanderverdig eller illojalt, vil dette være momenter som taler i mot at denne parten kan vinne fram et krav om avtalelemping. I Rt-1989-950 hadde en forsikringstaker oppgitt feilaktig informasjon om omfanget på skader på løsøre etter en brann. I forsikringsvilkårene var det inntatt en bestemmelse om at forsøk på forsikringssvindler førte til at forsikringstakeren heller ikke fikk erstattet andre tap som oppstod som følge av samme skadehendelse, i dette tilfellet skadene på bygningen som brant, selv om dette kravet sprang ut av en annen forsikringsavtale. Høyesterett fant her at dette vilkåret ikke kunne anses for å være urimelig, selv om det rammet forsikringstakeren hardt. Dette ble begrunnet med bl.a forsikringstakerens svikaktige opptreden.<sup>65</sup> I en Høyesterettsdom av 23.10.2008 la Høyesterett ene og alene vekt på en av partenes opptreden, som ble betegnet som «grovt illojalt og svikaktig» da de fant at et avtalevilkår om likedeling av fortjeneste etter et kunstsalg måtte lempes etter

---

63 Se Hov (2002) side 303-304.

64 Se Hov (2002) side 304. Eksempelet er også hentet herfra.

65 Se Hagstrøm (2003) side 292. Eksempelet er hentet herfra. I Rt-1989-950 ble det på side 957 også lagt vekt på at avtalevilkåret som rammet forsøk på forsikringssvindler hadde en god begrunnelse, se også om Rt-2000-1800 under punkt 7.3.1.

avtaleloven § 36.<sup>66</sup> Dersom det er den part som ønsker å gjøre avtalen gjeldende som har opptrådt illojalt, vil dette være et argument for at avtalen lempes etter avtaleloven § 36.<sup>67</sup>

Også det at en part har motarbeidet en minnelig løsning kan spille inn i urimelighetsvurderingen, særlig hvor det er denne parten som krever avtalen lempet. Dette la Høyesterett vekt på i Rt-1990-284, hvor flertallet uttalte at «[n]år jeg likevel ikke finner det i strid med avtaleloven § 36 her å fastsette vederlaget ut fra tomteprisnivået pr. september 1987, skyldes dette at festerne allerede i 1983 ble forespurt om de ville innløse tomtene. Bortfesterne har også senere kommet med flere forgjeves utspill for å få til en minnelig ordning.»

## **8 ER URIMELIGHETSSTANDARDEN FORSKJELLIG I FORSKJELLIGE AVTALETYPER?**

Avtalespekteret i dagliglivet er omfattende. Det inngås daglig utallige avtaler. De fleste er meget enkle og fullbyrdes raskt, som en handel i en butikk. Andre er mer omfattende og langvarige, som en låneavtale, en avtale om fast levering av en vare eller tjeneste eller en selskapsavtale. Variasjonen av avtaletyper er også utallig. Ettersom avtaleområdene og avtaletypene er så forskjellige, kan man stille spørsmålet om det foreligger en overordnet urimelighetsstandard som virker inn på alle avtaletypene, eller om terskelen for å erklære en avtale for å være urimelig er forskjellig ut i fra hvilket avtaleområde man befinner seg på.

Lovteksten framhever «avtalens innhold» og «partenes stilling» i urimelighetsvurderingen. Vurderingstemaet i avtaleloven § 36 blir da den enkelte kontrakt, og hvorvidt den er urimelig. Momentene Høyesterett legger vekt på i

---

<sup>66</sup> Se HR-2008-1832-A avsnitt 43: «når det i dette tilfellet vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende, skyldes det utelukkende [avtalepartens] opptreden».

<sup>67</sup> Se Hagstrøm (2003) side 293.



urimelighetsvurderingen vil derfor måtte variere fra avtale til avtale. Dersom det finnes noen kjennetegn for hvordan urimelighetsstandarden er innenfor forskjellige avtaleområder vil derfor måtte komme fram av rettspraksis.

I Rt-1988-295 gjaldt saken oppregulering av vederlaget i en tomtefesteavtale på grunn av fall i pengeverdien. Det var tidligere samme dag avsagt plenumsdom i Rt-1988-276, som var en lignende sak. I Rt-1988-295 ble det da uttalt av annenvoterende at urimelighetsstandarden måtte være den samme i den saken som det som var lagt til grunn i Rt-1988-276. Ved disse dommene ble det klargjort at et fall i pengeverdien kunne føre til at tomtefesteavtaler ble urimelige, og at denne urimeligheten kunne sanksjoneres med avtaleloven § 36.

Selv om fall i pengeverdien i den størrelseorden som var tilfelle i Rt-1988-276 og Rt-1988-295, vil kunne føre til at tomtefesteavtaler blir urimelige, vil ikke dette nødvendigvis medføre at andre avtaletyper blir urimelige på grunn av et lignende fall i pengeverdien. I Rt-1988-295 uttaler førstvoterende at «de forskjellige typer av kontraktsforhold må bedømmes ut fra sine særtrekk».<sup>68</sup> Dette må antas å gjelde generelt for forskjellige avtaleområder, ikke bare i tilfeller hvor pengeverdien har falt. Etter dette må det sies at urimelighetsstandarden vil kunne være forskjellig i fra avtaleområde til avtaleområde.

Jeg vil i framstillingen videre i dette kapittelet se nærmere på enkelte typeavtaler og hvor urimelighetsterskelen ligger i disse avtalene.

## 8.1 Spekulasjon og typisk risiko

I en del avtaleforhold er virkningen av avtalen usikker. Dette gjelder særlig i spekulasjonsforhold, hvor en spekulant kjøper en vare med det mål for øye å selge den videre, gjerne etter ganske kort tid. Kjøperen kalkulerer da med at prisen på varen skal

---

<sup>68</sup> Rt-1988-295 på side 302.

ha steget i tiden mellom han kjøpte den og tidspunktet hvor han selger varen videre, slik at han kan sitte igjen med et overskudd fra salget. Det kan i slike avtaleforhold være snakk om meget store verdier. Men ettersom ingen kan vite hvor markedet går, kan også det motsatte skje; prisen på varen kan synke slik at spekulanten går med tap. I slike tilfeller vil det være meget vanskelig, om ikke umulig, for spekulanten å vinne fram med et krav om lemping av avtalen. I slike avtaleforhold er partene kjent med risikoen, og der risikoen for tap er stor, er ofte det eventuelle overskuddet tilsvarende stort. Dersom man skulle lempe typiske spekulasjonsavtaler etter avtaleloven § 36, ville spekulantene få både i pose og sekk; risikoen for tap ville bli borte mens muligheten for fortjeneste ville være like stor. Hele poenget med slike avtaler ville da blitt borte.

En annen form for spekulasjon er de tilfellene hvor spekulanten kjøper en vare som man er usikker på kvaliteten til. Det klassiske eksempelet er en kunstsamler som kjøper et kunstverk det er usikkerhet om er ekte eller ikke. I slike tilfeller pleier ofte prisen å være betraktelig lavere enn for varer man vet er av god kvalitet. Kjøperen risikerer altså at det han kjøper, er mindre verdt enn det han har betalt, om ikke verdiløst, men han har også sjans til å få kjøpt en verdifull vare til en billig penge. Også i disse tilfellene vil det være lite rom for avtalelemping, da risikoen er en vesentlig del av avtalen. Generelt sett må det sies at det er en meget høy terskel for å vinne fram med et krav om avtalelemping etter avtaleloven § 36 i spekulasjonsforhold, noe som kommer til uttrykk i dommen inntatt i I Rt-1983-716.

Avtaler kan også ta sikte på å regulere en typisk risiko som foreligger i avtaleforholdet. Dette kan gjelde også utenfor spekulasjonsavtaler. Woxholth (2006) nevner som eksempel at en debitor påtar seg et personlig skyldansvar overfor en bank som tilleggssikring for bankens pant i skyldnerens eiendom. Selv om prisene på eiendommer uforutsett går ned slik at pantet ikke lenger er tilstrekkelig, så vil ikke dette kunne føre til lemping av avtalen, da det er akkurat denne risikoen som er forsøkt dekket ved det personlige ansvaret.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Se Woxholth (2006) side 364.

## 8.2 Ensidig bindende disposisjoner

Avtaleloven § 36 er i annet ledd også gitt anvendelse på «ensidig bindende disposisjoner», med andre ord gaveløfter og andre løfter samt påbud. Lovteksten sier ikke noe om urimelighetsterskelen for løfter og påbud skal være den samme som ved avtaler.

### 8.2.1 Løfter

For løfters del viser rettspraksis at urimelighetsterskelen som oftest er lavere når det gjelder løfter enn når det er snakk om gjensidig bebyrdende avtaler. Ved løfter er det bare avgiveren som blir bundet av disposisjonen. Det er unaturlig å snakke om «gode» eller «dårlige» løfter, slik man kan når det gjelder avtaler, og ettersom den ytende part ikke mottar noen motytelse som kan veie opp byrden det ligger i å innfri løftet bør det kreves mindre før løftet anses «urimelig» etter avtaleloven § 36. I tillegg vil som hovedregel ikke forutsigbarheten spille så stor rolle når det gjelder løfter som når det gjelder avtaler<sup>70</sup>. Men i de tilfeller hvor mottakeren av løftet har innrettet seg etter løftet, vil det måtte kreves mer for at løftet skal kunne lempes etter avtaleloven § 36 enn i de tilfeller hvor løftet ikke har motivert noen innretning på mottakerens side.

### 8.2.2 Påbud

For påbud blir vurderingen annerledes Dette er plikter en part blir ilagt av en annen part uten å motta vederlag. Adgangen til å komme med påbud vil være hjemlet i avtalen mellom partene. Her blir altså den parten som mottar et påbud, pålagt en byrde uten selv å kunne bestemme omfanget av byrden. Dette kan tale for å operere med en lavere urimelighetsterskel for påbud enn for løfter.

---

70 Se Giertsen (2008) side 195.

Hensynet til forutberegnelighet vil kunne tale både for og i mot en lavere urimelighetsterskel ved påbud enn ved gjensidig bebyrdende disposisjoner. Den part som kommer med påbudet, vil ha en forventning om at påbudene han kommer med, følges, og at han etter avtalen har rett til å komme med dem. På den annen side vil det kunne bli vanskelig for den part som blir påbudt å utføre en handling, å vite omfanget av påbud han kan motta. Dersom påbudene er ressurskrevende kan det være vanskelig for parten å planlegge framtidige disposisjoner. Men det må og tas i betraktning at den som mottar et påbud, kan ha fått kompensasjon for at den andre parten kan komme med dette. I så fall må terskelen være høy for å lempe på påbudet eller påbudsadgangen. Alt i alt bør urimelighetsterskelen for påbud ligge noe lavere enn for gjensidig bebyrdende disposisjoner, men dette må kun være et utgangspunkt.

### 8.3 Langvarige kontrakter

Mange avtaler er ment å skulle vare og oppfylles over lang tid. Slike avtaler finner man på nær sagt alle avtaleområder, man kan f.eks. avtale å levere en spesiell type vare til faste tider, inngå husleieavtaler og tomtefesteavtaler, inngå en låneavtale. Ved avtaler som er ment å vare over lenger tid er det større muligheter for at hendelser kan inntreffe som gjør at avtaleforholdet blir annerledes enn det partene hadde regnet med.

Vareknapphet, uventede betalingsproblemer og endringer i pris og pengeverdi kan gjøre at det blir vanskeligere for en part å oppfylle en avtale enn det som var antatt ved avtaleinngåelsen.

Utgangspunktet er at hver avtalepart har ansvaret for sine handlinger og antagelser, også ved langvarige kontrakter. Som sett i punkt 7.5.4 vil det være en høy terskel for å la etterfølgende omstendigheter føre til avtalelempling etter avtaleloven § 36.

En problemstilling som har blitt mer aktuell i moderne tid er de tilfeller hvor en avtale blir mindre lønnsom på grunn av fall i pengeverdien. Tidligere rettspraksis om avtaler som har blitt ulønnsomme på grunn av fall i pengeverdien viser at man opererte med et

prinsipp om at den part som skal motta en pengeytelse, har risikoen for at pengeverdien synker. I Rt-1958-259 gjaldt saken oppjustering av en festeavgift som følge av fall i pengeverdien. I denne saken la Høyesterett til grunn det ovennevnte prinsipp, og dømte imot grunneierne som ønsket festeavgiften øket. Dette synet var gjeldende fram til 1988, da spørsmålet på ny kom opp for Høyesterett. Etter dommen i 1958 hadde avtaleloven § 36 fått sitt nåværende innhold, og det var denne bestemmelsen som nå ble anført til støtte for å få en festeavtale lempet på grunn av fall i pengeverdien.

I Rt-1988-276 hadde en bortfester inngått en tidsbestemt festeavtale med Forsvaret. Avtalen kunne ikke sies opp av bortfesteren. I tiden som hadde gått siden avtalen ble inngått i 1899 hadde pengeverdien blitt betydelig redusert, i dommen uttales det at festeavgiften på 200 kroner per år tilsvarte 5000 kroner i 1988 oppjustert etter konsumprisindeksen. Dersom prinsippet som ble lagt til grunn i Rt-1958-259 skulle fortsette å være gjeldende rett ville det være klart at festeavgiften ikke kunne økes på grunn av inflasjonen. Men i Rt-1988-276 kom Høyesterett under dissens 11 - 6 til at fall i pengeverdien kan føre til avtalerevisjon etter avtaleloven § 36, og dømte i favør av bortfesteren. Dette synspunktet ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt-1988-295, og det må nå anses for å være sikkert at fall i pengeverdien kan gi grunnlag for avtalerevisjon etter avtaleloven § 36. Det ble også uttalt av førstvoterende i Rt-1988-295 at den saken «neppe markerer en yttergrense for tilfelle hvor regulering må godtas»<sup>71</sup>. I denne saken hadde realverdien av festeavgiften sunket til under en sjuendedel av realverdien ved avtaletidspunktet.

Høyesterett har åpnet for revisjon på bakgrunn av fall i pengeverdien også i tilfeller hvor det er snakk om salg av eiendom, og kjøpesummen betales over lang tid, jfr Rt-1992-1387 og Rt-1992-1397.

#### 8.4 Forbrukeravtaler kontra næringsavtaler

---

71 Rt-1988-295 på side 302.

I punkt 7.5.2 kom det fram at partenes stilling kunne tillegges betydning i urimelighetsvurderingen etter avtaleloven. Dette medfører bl.a. at forbrukere har en større mulighet for å nå fram med et krav om avtalelemping etter avtaleloven § 36 enn det profesjonelle næringsdrivende har.

Selv om det i avtaler mellom næringsdrivende stort sett vil være uaktuelt å foreta en lemping etter avtaleloven § 36, så kan det ikke utelukkes at et krav om lemping kan føre fram. Særlig gjelder dette i avtaleforhold hvor den ene næringsdrivende kommer i en underlegen stilling. Som eksempler kan her nevnes avtaler mellom mindre næringsdrivende og banker eller andre finansinstitusjoner, avtaler mellom håndverkere, detaljister o.l. og importører, produsenter eller grossister. Felles for disse avtalene er at vilkårene som hovedregel i stor grad dikteres av den sterke parten, og at den svake parten har få muligheter for å påvirke dem.<sup>72</sup> Rt-2003-1132 viser dog at terskelen for å bli ansett som en profesjonell part ikke er høy, selv i forhold til staten. I denne saken ble et mindre flyselskap ansett for å være profesjonelle da det inngikk en leieavtale med staten, og de fikk ikke medhold i sitt krav om avtalerevisjon. Mindre næringsdrivende vil altså ikke kunne påberope seg det samme vernet etter avtaleloven § 36 som forbrukere.

I dansk og svensk rettspraksis har avtaleloven § 36 blitt anvendt til å lempe avtaler mellom to næringsdrivende.<sup>73</sup> Woxholth (2006) antar at Høyesterett også kan komme fram til en slik løsning, selv om terskelen er høy.<sup>74</sup>

## 8.5 Standardavtaler i forbrukerforhold

I avtaleloven § 37 har det blitt vedtatt en regel som regulerer bruken av avtaleloven § 36

---

<sup>72</sup> Se Woxholth (2006) side 368-369. Eksemplene er også hentet herfra.

<sup>73</sup> I NJA-1989-346 ble en avtale mellom en pelsforhandler og et forsikringsselskap lempet til fordel for pelsforhandleren. I Danmark er avtalevilkår mellom oljeselskap og bensinforhandlere lempet i bl.a U-1987-526H. Eksemplene er hentet fra Woxholth (2006) på side 369.

<sup>74</sup> Se Woxholth (2006) side 369.

på standardavtaler i forbrukerforhold. Denne regelen har sitt opphav i Rådsdirektiv 93/13/EØF, som ved en tilleggsavtale er gjort til en del av EØS-avtalen. For å tilpasse norsk lov til dette direktivet ble avtaleloven § 37 vedtatt.

Avtaleloven § 37 begrenser ikke virkeområdet til avtaleloven § 36, men regelen regulerer på enkelte punkter hvordan momentene i urimelighetsbedømmelsen etter avtaleloven § 36 skal vektlegges.

Etter avtaleloven § 37 første ledd nummer 1 skal momentene i avtaleloven § 36 annet ledd vektlegges. Dette er åpenbart, ettersom avtaleloven § 36 også i seg selv får virkning på standardavtaler i forbrukerforhold. Avtaleloven § 37 første ledd nummer 1 andre punktum bestemmer dog at «senere inntrådte forhold» ikke kan medføre at et avtalevilkår i utgangspunktet var urimelig overfor en forbruker blir rimelig. Dette medfører tilsynelatende en lavere urimelighetsterskel for forbrukere i slike standardavtaler, men regelen vil nok ikke ha så stor virkning som det kan se ut som ved første øyekast. At det etter avtaleinngåelsen inntreffer en endring i prisnivået som gjør en opprinnelig urimelig pris rimelig er det mest praktiske eksempelet på en slik etterfølgende omstendighet, men direktivet rammer ikke urimelige priser. Avtaleloven § 37 må nok også forstås slik, og denne bestemmelsens første ledd nummer 1 antas derfor å være av liten praktisk betydning.<sup>75</sup>

## **9 AVTALEVILKÅR I STRID MED GOD FORRETNINGSSKIKK**

Ved siden av urimelige avtaler får avtaleloven § 36 også virkning på avtaler som det vil stride i mot god forretningsskikk å gjøre gjeldende. Dette er et selvstendig vilkår, og må ses på uavhengig av urimelighetsvurderingen. Også for dette vilkåret er det

---

<sup>75</sup> Se Woxholth (2006) side 384-386 og Hov (2002) side 304-305. Woxholth er også skeptisk til den rettspolitiske begrunnelsen for regelen.

oppfatningene ved domstidspunktet som må være avgjørende, da det er det å gjøre avtalen gjeldende som må stride i mot god forretningsskikk.

Det er ingen ting i veien for at et rimelig avtalevilkår kan tenkes å være i strid med god forretningsskikk. Det kan tenkes at det innenfor en bransje har utviklet seg et syn om at en selger alltid skal ha risikoen for forsinkelser. Dersom en kjøper inngår en avtale med en selger innenfor denne bransjen, og det i avtalen er inntatt en ansvarsfraskrivelse for selgeren i tilfelle forsinkelser, vil det kunne være imot god forretningsskikk å gjøre det vilkåret gjeldende.

Det må nok antas at avtalelemping på bakgrunn av avtalevilkår som det strider imot god forretningsskikk å gjøre gjeldende først og fremst vil kunne finne sted i de tilfeller der det er den part som beskyttes av avtalevilkåret, som har diktert avtalen. Man bør være forsiktig med å hindre parter i å fritt forhandle seg fram til avtalevilkår, selv om vilkårene skulle stride i mot hva som er vanlig i en bransje.

## **10 LEMPINGSRESULTATENE ETTER AVTALELOVEN § 36**

Dersom urimelighet foreligger og avtaleloven § 36 tas i bruk, vil domstolene ha flere løsningsmuligheter:

1. De urimelige avtalevilkårene endres slik at det blir rimelig. Avtalen for øvrig forblir uendret.
2. De urimelige avtalevilkårene erklæres ugyldig slik at de ikke får noen rettsvirkninger. Det ugyldige vilkåret erstattes eventuelt med deklarasjonsrett. Avtalen for øvrig forbli uendret.
3. De urimelige avtalevilkårene endres i tillegg til at andre deler av avtalen endres slik at rimelighet oppstår.
4. De urimelige avtalevilkårene beholdes, men avtalen som helhet blir rimelig ved at andre deler eller resten av avtalen endres.
5. Avtalen i sin helhet erklæres ugyldig slik at den ikke får noen rettsvirkninger.



Hvilken løsning som velges må, domstolene komme fram til etter en konkret helhetsvurdering. Utgangspunktet må dog være at ugyldigheten ikke får virkning i større omfang enn det begrunnelsen for ugyldigheten tilsier, slik at den naturlige løsningen blir at det urimelige avtalevilkåret endres.<sup>76</sup> Der urimelighet kan motvirkes med et mindre inngrep i avtalen, kan et større inngrep som at avtalen erklæres helt ugyldig ikke foretas.

### 10.1 Urimelelige avtalevilkår endres

Den naturlige løsningen er som nevnt at de urimelelige avtalevilkårene endres slik at rimelighet oppnås. Dette vil gjelde både når det er tale om vilkår som regulerer forholdet mellom partene i avtalen og når det gjelder vilkår som regulerer partenes ytelser og plikter i avtaleforholdet. At de urimelelige avtalevilkårene endres, innebærer at de fortsatt får virkning, men at innholdet i vilkårene forandres. Dersom det er et vilkår som regulerer forholdet mellom partene, som blir ansett for å være urimeleg, f.eks. omfanget av en ansvarsbegrensning for en selger, vil dette kunne bli endret slik at ansvarsbegrensningen blir rimelig. Selgeren kan da ikke påberope seg ansvarsbegrensningen utover det som følger av det endrede avtalevilkåret. Dersom det urimelelige vilkåret regulerer partenes ytelser, vil også dette kunne endres slik at ytelsen blir rimelig. Avtalen må således oppfylles, men oppfyllelsen må skje i samsvar med vilkårenes nye innhold.

Dette var løsningen Høyesterett kom fram til i Rt-1988-276, Rt-1988-295, Rt-1992-1387 og Rt-1992-1397, som alle gjaldt spørsmål om avtalelemping etter avtaleloven § 36 på grunn av fall i pengeverdien.

---

<sup>76</sup> Se Hov (2002) side 305 og Woxholth (2006) side 380.

### 10.1.1 Særlig om urimelighet grunnet opprinnelig over- eller underpris

Der et avtalevilkår må anses urimelig som følge av en opprinnelig over- eller underpris, vil en prisjustering være hovedregelen. Spørsmålet som reises, blir da hvor stor margin prisen skal endres med. Etter Hov (2002) sin oppfatning må prisen i slike tilfeller legges til et nivå som oppfattes som helt rimelig. Justeringen skal gå lenger enn å legge prisen rett over urimelighetsterskelen, noe som han antar at er løsningen også etter pristiltaksloven § 2.<sup>77</sup> At prisen skal legges til det helt rimelige etter en avtalerevisjon kommer også til uttrykk i Rt-1993-1497 på side 1500.

Dersom det forelå en over- eller underpris ved avtaleinngåelsen, kan det også stilles spørsmål om etterfølgende prissvingninger i markedet skal tas med i prisjusteringen. I Rt-1993-1497 gjaldt saken et leilighetskjøp. Leiligheten ble kjøpt i 1988, og taksten som forelå da, reflekterte ikke leilighetens andel i fellesgjelden i eiendommen. Taksten ble ansett for å være villedende på kjøperen, og Høyesterett fant at kjøpsavtalen måtte anses urimelig etter avtaleloven § 36. I tiden mellom kjøpet av leiligheten og Høyesteretts domsavsigelse hadde prisnivået på boliger dalt betraktelig. Om dette uttaler Høyesterett på side 1499 at «[u]tgangspunktet for vurderingen i forhold til avtaleloven § 36 må tas i forholdene på boligmarkedet i april 1988 da avtalen ble inngått. Prisnivået lå da meget høyt, og det ble villig vekk betalt priser som senere har vist seg å være altfor høye. Det etterfølgende sterke og langvarige fall i prisene på boligmarkedet må det i utgangspunktet ses bort fra ved anvendelsen av § 36.» Dette synet må fortsatt være utgangspunktet ved prisjustering.<sup>78</sup> Det samme utgangspunktet må også gjelde ved prisjusteringer av underpris.

Mot urimelig overpris kan også pristiltaksloven brukes. Resultatet vil stort sett bli det samme ved bruk av denne loven og ved bruk av avtaleloven § 36, men på et punkt kan det oppstå forskjeller. Dersom kjøperen har vært «medansvarlig» for overprisen «i

---

<sup>77</sup> Se Hov (2002) side 305-306.

<sup>78</sup> Se Giertsen (2008) side 228.

vesentlig grad» mister han retten til å kreve overprisen tilbake etter pristiltaksloven § 6. Avtaleloven § 36 har ingen regel som åpner for å frata en kjøper et eventuelt tilbakeføringskrav av urimelig overpris. Kjøperens eventuelle skyld vil dog bli et moment i urimelighetsvurderingen, så dersom kjøperen har vært medansvarlig i vesentlig grad vil dette tale imot avtalelemping etter avtaleloven § 36.<sup>79</sup>

## 10.2 Urimeleige avtalevilkår erklæres ugyldige

Avtalevilkår som er urimeleige kan settes til side «helt eller delvis». Dersom vilkårene settes til side i sin helhet medfører dette at vilkårene ikke får noen rettsvirkninger mellom partene. I de tilfellene hvor det foreligger deklarasorisk rett som regulerer samme forhold som de urimeleige vilkårene var ment å regulere, vil avtalen bli supplert av denne. Dersom partene har oppfylt de urimeleige avtalevilkårene, innebærer dette at ytelsene som reguleres av avtalevilkårene må tilbakeføres. Stort sett vil nok en slik total ugyldiggjøring av enkelte avtalevilkår mer rette seg mot avtalevilkår som regulerer partenes stilling i kontraktsforholdet eller lignende framfor vilkår som regulerer en ytelse. Vilkår som regulerer omfanget av partenes ytelser vil nok i hovedsak bli sanksjonert ved at innholdet i dem endres.

En slik ugyldiggjøring av urimeleige avtalevilkår ble resultatet i Rt-1991-147. Her ble et avtalevilkår som fastsatte en tidsbegrensning i en husleieavtale av konkrete årsaker funnet urimeleg etter avtaleloven § 36. Avtalevilkåret ble satt til side slik at husleieavtalen ble tidsbegrenset.

Dersom det er snakk om en delvis tilsidesettelse av et urimeleg avtalevilkår, vil avtalevilkåret få rettsvirkninger så langt som det er rimelig, men ikke lenger. Dette vil reelt medføre at avtalevilkåret får et annet innhold. Det er med andre ord ikke noen

---

<sup>79</sup> Se Hov (2002) side 306.

realitetsforskjell på en delvis tilsidesettelse av avtalevilkår og endring av avtalevilkår.<sup>80</sup>

### 10.3 Urimelige avtalevilkår endres i tillegg til at andre avtalevilkår endres

Dersom det foreligger en urimelig avtale eller urimelige avtalevilkår, kan disse som nevnt over, føre til at avtalen endres «helt eller delvis» etter avtaleloven § 36. Etter lovteksten må endringen altså ikke være knyttet opp til det urimelige avtalevilkår, også andre deler av avtalen kan endres. Domstolene kan altså velge å skape rimelighet i avtalen ved å endre både det urimelige avtalevilkåret og andre vilkår i avtalen. Ved en slik løsning vil man kunne redusere urimeligheten i et avtalevilkår mindre enn det man ville gjort ved å bare endre det urimelige avtalevilkåret. Den gjenstående urimeligheten vil bli motvirket ved at man kan gjøre andre avtalevilkår gunstigere, slik at avtalen samlet sett oppfattes som rimelig. Domstolene har også adgang til å sette inn et nytt avtalevilkår for å motvirke urimeligheten.

Det må bemerkes at en slik løsning med å endre også andre deler av avtalen enn den urimelige må velges med varsomhet. Utgangspunktet er at inngrepet ikke kan gå lenger enn det begrunnelsen for lempingsregelen tilsier, og desto flere vilkår som blir utsatt for en lemping, desto mer inngripende fortøner lempingen seg. Et annet moment som i stor grad taler i mot en slik løsning er at denne løsningen medfører at domstolene trer inn i partenes sted og endrer avtaleforholdet mellom dem. Dette medfører at domstolene vil binde partene til et innhold og i et omfang som ikke tilsvarer de forutsetningene partene hadde ved avtaleinngåelsen. En slik handling må i all hovedsak sies å ligge utenfor domstolens oppgave.<sup>81</sup>

---

80 Se Woxholth (2006) side 380.

81 Se Woxholth (2006) side 381.

#### 10.4 Urimelige avtalevilkår beholdes og andre avtalevilkår endres

Ettersom en avtalelemping etter avtaleloven § 36 ikke nødvendigvis må rette seg mot de urimelige vilkårene, vil domstolene også ha anledning til å beholde det urimelige avtalevilkåret. Domstolene kan isteden gjøre avtalen som helhet rimelig ved å endre de andre vilkårene i avtalen, eventuelt ved å tilføye nye avtalevilkår som oppveier de urimelige vilkårene.

Dette vil være den mest inngripende løsningen domstolene kan falle ned på. De samme momentene som taler imot å endre både det urimelige vilkår og andre vilkår gjør seg også gjeldende mot denne løsningen, og i enda større grad. Ved en slik endring av avtalen er partene bundet til endringene og må oppfylle i henhold til disse. Det er partene som har de beste forutsetninger for å vite hvilke løsninger de kan leve med, og et resultat av en omfattende domstolsinngripen i avtaleforholdet vil kunne være at også den lempede avtalen vil være dårlig for partene. En slik omgjøring av avtalen vil være et så omfattende inngrep i avtaleforholdet mellom partene at det vanskelig vil la seg forsvare. Giertsen mener og at det ikke finnes eksempler i Høyesterettspraksis på at en slik løsning har blitt valgt.<sup>82</sup>

#### 10.5 Avtalen settes til side i sin helhet

Den siste lempingsmuligheten etter avtaleloven § 36 er at avtalen settes til side i sin helhet. Dette vil være den mest naturlige løsningen der det er vanskelig eller umulig å rette opp urimeligheten ved å foreta endringer av avtalevilkår.

Selv om det å gjøre hele avtalen ugyldig også er et stort inngrep i avtaleforholdet, vil det stort sett ikke oppfattes like inngripende som en omfattende endring av innholdet i

---

<sup>82</sup> Se Giertsen (2008) side 228. Heller ikke Woxholth ser ut til å ha funnet noen eksempler på at denne løsningen har blitt valgt av Høyesterett, se Woxholth (2006) side 411.

et avtaleforhold. De fleste parter vil heller være ubundet av avtalen dersom den er urimelig enn å måtte oppfylle en avtale som domstolene i stor grad har diktert.

Total ugyldiggjøring av avtalen vil først og fremst ramme avtaler som lider av en tilblivelsesmangel eller lignende omstendigheter. I Rt-1995-1540 ble en kausjonsavtale satt til side i sin helhet som følge av avtalelemping etter avtaleloven § 36. I denne saken hadde en kvinne kausjonert for boliglånet til sin sønn og dennes samboer. Da lånet ble misligholdt, krevde kvinnen kausjonsavtalen satt til side på bakgrunn av at hun hadde vært sinnslidende, subsidiert måtte den lempes etter avtaleloven § 36. Høyesterett tok ikke stilling til om kvinnens sinnslidelse hadde virket inn på avtalen. Flertallet fant at avtalen måtte uansett måtte settes til side etter avtaleloven § 36. Flertallet begrunnet dette med at låneyteren burde ha sjekket økonomien til sønnen og samboeren hans før kausjonsavtalen ble inngått. Låneyteren ville da lett ha oppdaget at disse ikke hadde økonomi til å betjene lånet, og gitt kausjonisten klarere beskjed om dette.

Men total ugyldiggjøring vil og være hensiktsmessig dersom en part har utvist klanderverdig adferd, i de tilfeller hvor et videre avtaleforhold vil bli vanskeliggjort på grunn av tillitsmangel e.l.<sup>83</sup> I Rt-1993-1497 åpner mindretallet også for at en total ugyldiggjøring vil være en hensiktsmessig løsning i de tilfeller hvor det er vanskelig å skjønne over rimelig vederlag.

I de tilfeller hvor domstolene ugyldiggjør avtalen i sin helhet etter avtaleloven § 36, vil avtalen ikke ha noen rettsvirkninger mellom partene. Dersom partene alt har oppfylt hele eller deler av avtalen, skal ytelsene tilbakeføres. Hovedregelen er at alle ytelsene skal tilbakeføres, men i forarbeidene til avtaleloven § 36 åpnes det for at tilbakeføringen kan begrenses til berikelsen i enkelte tilfeller<sup>84</sup>. Det er først og fremst de tilfellene hvor

---

83 Se Woxholth (2006) side 381.

84 Se Ot.prp.nr.5 (1982-83) side 37. I NOU 1979:32 var det antatt at tilbakeføringskravet kun skulle gjelde berikelsen, da tilbakeføringen ble antatt å skulle følge reglene om *condictio indebiti*. Departementet mente at dette ikke kunne være det alminnelige utgangspunkt for tilbakeføring etter avtaleloven § 36.

den som har fått avtalen lempet mot seg har vært i god tro, som rammes av denne begrensningen, men i disse tilfellene vil domstolene også ha en videre ramme for å fastsette tilbakeføringsplikten, f.eks. etter skjønn.<sup>85</sup>

I langvarige avtaleforhold vil en tilbakeføring også kunne føre til adskillige problemer, da det fort kan bli snakk om ytelsener av et stort omfang som alt er brukt eller investert videre. En total tilbakeføring av ytelsene vil da kunne ramme begge parter hardt. Som nevnt tidligere, vil grunnloven § 97 sette sperre for tilbakeføring av vederlag som er ytet før avtaleloven § 36 ble vedtatt i 1983, men også tilbakeføring av ytelsener ytet etter dette tidspunktet vil kunne være byrdefullt å gjennomføre for partene. I slike tilfeller vil domstolene ha anledning til å begrense tilbakeføringskravet skjønnsmessig eller til å redusere partenes ytelsesplikt i fremtiden<sup>86</sup>.

#### 10.5.1 Kan en lempet avtale kreves helt ugyldiggjort?

I de tilfeller hvor en avtale har blitt satt delvis til side etter avtaleloven § 36 på grunn av urimelighet vil den parten som får avtalen lempet mot seg, kunne tenkes å heller ønske avtalen satt til side i sin helhet. Dette kan tenkes dersom innholdet i den lempede avtalen fraviker vesentlig fra den opprinnelige avtalen, f.eks. ved at vederlaget i avtalen er blitt så kraftig redusert eller at andre tyngende vilkår er tatt inn i avtalen, at parten ikke lenger finner det lønnsomt å oppfylle avtalen. Spørsmålet blir da om parten kan kreve å gå fra avtalen på grunn av lempingen.

Som en hovedregel må det nok sies at parten som får avtalen lempet mot seg, ikke kan gå fra avtalen i sin helhet. Når domstolene går inn for en delvis ugyldiggjøring eller endring av avtalen, må dette normalt anses som et pålegg om at partene skal oppfylle

---

<sup>85</sup> Se Woxholth (2006) side 382.

<sup>86</sup> Se Hov (2002) side 307 og Woxholth (2006) side 382.

avtalen.<sup>87</sup> Det er dog antatt i forarbeidene at det i særlige tilfeller kan tenkes at den parten som får avtalen lempet mot seg, vil kunne gå fra avtalen i sin helhet. Dersom endringene i kontrakten er så vesentlige at det etter en helhetsvurdering må sies å være urimelig at parten må stå i avtaleforholdet, vil han kunne kreve avtalen ugyldiggjort i sin helhet. Vurderingen av om parten kan kreve avtalen satt til side i sin helhet vil avhenge av «hva som er årsak til avtalens urimelighet, dens innhold, tilblivelse osv».<sup>88</sup>

For standardiserte forbrukeravtaler blir dette spørsmålet regulert av avtaleloven § 37 første ledd nummer 2. Denne bestemmelsen slår fast at der det på grunn av en eller flere avtalevilkår oppstår «en betydelig skjevhet til skade for forbrukeren i de rettigheter og plikter partene har etter avtalen», så kan forbrukeren kreve at kun disse vilkårene skal lempes etter avtaleloven § 36, men at resten av avtalen skal være bindende. Dette kan dog kun kreves i de tilfeller hvor den ikke-lempede delen av avtalen kan «bestå med uforandret innhold». Dersom domstolene finner at den delen av avtalen som ikke rammes av lempingen ikke kan stå uforandret etter avtalelempingen blir resultatet at også de rimelige vilkårene lempes.<sup>89</sup> At regelen bare kommer til anvendelse der forbrukeren krever det, samt at det har oppstått en «betydelig skjevhet» i avtaleforholdet i tillegg til at den ikke-lempede delen av avtalen kan bestå uforandret gjør at begrensningen i den næringsdrivende parts adgang til å gå fra en lempet avtale ikke er dramatisk.<sup>90</sup>

Dersom avtaleloven § 36 benyttes til å lempe urimelig høye priser, vil løsningen være den samme som i pristiltaksloven § 6. I denne bestemmelsens annet ledd heter det at total ugyldighet av avtaler som endres ikke kan kreves dersom avtalen gjelder «erhvervsmessig omsetning av ting eller ytelser til forbruker». At adgangen til å gå fra en lempet avtale etter avtaleloven § 36 er lik den etter pristiltaksloven § 6, er forutsatt i forarbeidene og støttes av Hov (2002) og Woxholth (2006).<sup>91</sup> Hov anser regelen i

---

87 Se Woxholth (2006) side 381-382.

88 Se Ot.prp.nr.5 (1982-83) side 37.

89 Se Woxholth (2006) side 387.

90 Se Woxholth (2006) side 387.

91 Se Ot.prp.nr.5 side 37, Hov (2002) side 306-307 og Woxholth (2006) side 382.



pristiltaksloven § 36 for å være et uttrykk for et generelt prinsipp som også får virkning utenfor pristiltakslovens område. Kjernen i prinsippet er at profesjonelle næringsdrivende må finne seg i en lemping, da næringsvirksomhet ikke kan basere seg på urimelige vilkår. Dette må også gjelde utenfor forbrukerforhold. Hov åpner dog for at også i rene næringsavtaler vil den part som får avtalen lempet mot seg kunne kreve seg fri fra avtalen.<sup>92</sup> Det må dog antas at dette kun kan skje helt unntaksvis.

---

92 Se Hov (2002) side 307.

## 11 LITTERATURLISTE

Eckhoff, Torstein og Nils Kristian Sundby: *Rettssystemer : systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 2. utg. revidert av Torstein Eckhoff. TANO, 1991.

Giertsen, Johan: *Avtaler*, 2. utg. Universitetsforlaget, 2008.

Hov, Jo: *Avtaleslutning og ugyldighet*, 3. utg. Papinian, 2002

Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke: *Obligasjonsrett*, 2. utg. Universitetsforlaget, 2003

Hagstrøm, Viggo: Urimelige avtalevilkår. I: *Lov og rett*, 1994, s. 131-168.

Huser, Kristian: *Avtalesensur*, 1984, Bergen.

Woxholth, Geir: *Avtalerett*, 6. utg. Gyldendal, 2006.

## 12 DOMSREGISTER

### Norske rettsavgjørelser:

Rt-1925-945

Rt-1935-122

Rt-1958-259

Rt-1983-716

Rt-1985-1291

Rt-1988-276

Rt-1988-295

Rt-1989-950

Rt-1989-1215

Rt-1990-284

Rt-1990-500

Rt-1990-1094

Rt-1990-1099

Rt-1990-1106

Rt-1991-147

Rt-1991-220

Rt-1992-1387

Rt-1992-1397

Rt-1993-509

Rt-1993-1497

Rt-1995-1540

Rt-1999-990

Rt-2000-610

Rt-2000-1800

Rt-2001-716

Rt-2003-1132

Rt-2004-675

HR-2008-1832-A

**Svenske rettsavgjørelser:**

NJA-1983-385

NJA-1989-346

**Danske rettsavgjørelser:**

U-1987-526H.

**13 FORARBEIDSREGISTER**

NOU 1979:32

Ot.prp.nr.5 (1982-1983)