

UiO • **Det juridiske fakultet**

Er norsk rett egnet til å regulere internasjonale transaksjoner?

Kandidatnummer: 678.

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 17994.



Innholdsfortegnelse

1. Innledning	1
1.1 Avhandlingens tema.....	1
1.2 Avgrensninger	3
1.3 Systematikk	3
2. Hensyn	5
2.1 Forutberegnelighet, fleksibilitet og effektiv ressursbruk.....	5
2.2 Forutberegnelighetshensynet.....	5
2.2.1 Innledning.....	5
2.2.2 Behovet for forutberegnelighet i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører?	5
2.2.3 Hvordan kan forutberegnelighet oppnås?.....	6
2.3 Fleksibilitetshensynet	7
2.3.1 Innledning.....	7
2.3.2 Behovet for fleksibilitet i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører.	7
2.3.3 Hvordan kan fleksibilitet oppnås?	8
2.4 Effektiv ressursbruk	9
2.4.1 Innledning.....	9
2.4.2 Hvorfor er effektivitet et relevant hensyn i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører?	9
2.4.3 Hvordan kan effektivitet oppnås?	9
3. Sammenligning av norsk og engelsk rett på noen sentrale punkter	11
3.1 Tolkingslæren.....	11
3.1.1 Innledning – begrepene tolkning og utfylling	11
3.1.3 Tolkingslæren i engelsk rett med paralleller til norsk rett	17
3.1.4 Oppsummering.....	21
3.2 Lojalitetsprinsippet og god tro	22
3.2.1 Innledning.....	22
3.2.2 Lojalitetsplikten i norsk rett.....	23
3.2.3 Hvor streng er lojalitetsplikten i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører?	25
3.2.4 Lojalitetsplikt i engelsk rett	27
3.2.5 Oppsummering.....	30

3.3 Forutsetningslæren og Avtaleloven av 31. mai 1918 nr. 4 (heretter avtl.) § 36.	31
3.3.1 Innledning.....	31
3.3.2 Forutsetningslæren i norsk rett.....	32
3.3.3 Avtl. § 36	38
3.3.4 Adgangen til å si seg fri fra avtaleforpliktelser etter engelsk rett.....	41
3.3.5 Oppsummering.....	46
3.6 «Boilerplate clauses»	47
3.6.1 Innledning.....	47
3.6.2 Anvendelsen av «boilerplate clauses» i engelsk rett	48
3.6.3 Anvendelsen av «boilerplate clauses» i norsk rett	52
3.6.4 Oppsummering.....	55
4. Er norsk eller engelsk rett best egnet til å regulere internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører?	57
4.1 Innledning.....	57
4.2 Tolkningslæren.....	57
4.2.1 «The parol evidence rule» gjelder ikke i norsk rett.....	57
4.2.2 Rimelighet er ikke et overordnet formål med tolkning etter engelsk rett	58
4.3 Lojalitetsplikten	59
4.4 Forutsetningslæren og avtl. § 36.....	60
4.4.1 Forutsetningslæren og frustrasjonslæren	60
4.4.2 Engelsk rett har ikke en generell urimelighetsregel tilsvarende avtl. § 36 i norsk rett	61
4.5 «Boilerplate clauses»	61
4.5.1 Konvensjonalbøter.....	61
4.5.2 Integrasjonsklausuler	62
5. Konklusjon.....	63
Litteraturliste	65

1. Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Avhandlingens tema er om norsk rett er egnet til å regulere internasjonale transaksjoner. Begrepet transaksjon kan defineres som overdragelse av økonomiske ressurser mot vederlag, inngått mellom to eller flere parter.¹ En internasjonal transaksjon er således en overføring av økonomiske ressurser mellom parter fra ulike land. Videre vil avtale og transaksjon bli brukt om hverandre, fordi avtalen ofte regulerer partenes rettigheter og plikter etter transaksjonen.

En fullstendig behandling av spørsmålet om norsk rett er egnet til å regulere internasjonale transaksjoner forutsetter at man ser på alternativer til norsk rett, og vurderer om de er mer egnet enn norsk rett til å regulere internasjonale transaksjoner. Denne oppgaven sammenligner norsk rett og engelsk rett på en rekke punkter. Det er flere grunner til at oppgaven sammenligner norsk rett med engelsk rett.

Hovedgrunnen er at det er vanlig at internasjonale transaksjoner inneholder klausuler som bestemmer at transaksjonen skal reguleres av engelsk rett, og eventuelle tvister skal behandles av engelske domstoler. En betydelig andel av internasjonale transaksjoner inngås mellom profesjonelle parter, og deres favorisering av engelsk rett kan forklares med utgangspunkt Storbritannias ledende posisjon i internasjonal handel på 1700 og 1800 tallet.² Storbritannias ledende posisjon førte til at britiske handelsmenn fikk gjennomslag for både lovvalg og forumvalg. På den måten fikk engelske domstoler anledning til å tilpasse engelsk juss på området, og det bidro igjen til at engelsk rett utviklet seg til å bli den ledende tradisjonen i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører.³

I tillegg er både norsk og engelsk kontraktsrett utviklet i rettspraksis, og generelle obligasjonsrettslige prinsipper står sentralt i både norsk og engelsk kontraktsrett. Eksempelvis

¹ NOU 2009:4 s.62

² Zhou, Qi, *CISG Versus English Sales Law: An Unfair Competition* Social Science Research Network (October 10, 2011). Tilgjengelig på SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1941845> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1941845>

³ *Ibid* s. 4.

er hovedregelen i både norsk og engelsk kontraktsrett at partene står fritt til å bestemme innholdet i avtalen deres, og at domstolenes oppgave er å gi rettsvirkning til partenes avtale. Norske og engelske domstoler har imidlertid utviklet ulike regler for fastleggelsen av innholdet i partenes avtale, og bakgrunnen for det er at tolkningslæren i norsk og engelsk rett er utviklet med utgangspunkt i ulike kontraktstyper.⁴ Norsk rett er utviklet med utgangspunkt i enkle kontrakter hvor partene forutsatte at tomrom i avtalen ville bli utfylt med bakgrunnsretten. Det har formodningen mot seg at partene ville foretatt en urimelig byrdefordeling, og derfor har Høyesterett uttalt at formålet med tolkningen er å finne frem til en rimelig byrdefordeling i avtaleforholdet. Engelsk rett er på den andre siden utviklet med utgangspunkt i transport-, finans-, og forsikringskontrakter.⁵ Det som kjennetegner slike kontrakter er at tredjemenn bygger sin rettsposisjon på slike avtaler, og at de er gjenstand for overdragelse. Tredjemenn har ikke deltatt i forhandlingene, og hensynet til tredjemenn tilsier således at avtalen foretar en uttømmende regulering av partenes rettigheter og plikter. Det er grunnen til at det i engelsk rett gjelder en presumsjon for at når forhandlingene har munnet ut i et avtaledokument, regulerer avtaledokumentet rettsforholdet inter partes uttømmende.⁶

På grunn av omfanget av denne oppgaven er sammenligningen begrenset til sentrale punkter hvor det antas at det er forskjeller mellom rettssystemene. I tillegg til tolkningslæren, lojalitetsprinsippet og god tro standarden, avtaleloven § 36 og forutsetningslæren, behandler denne oppgaven «boilerplate clauses». «Boilerplate clauses» er standardklausuler utviklet under engelsk rett, som internasjonale aktører implementerer i sine avtaler for å gjøre transaksjonen uavhengig av bakgrunnsretten. Integrasjonsklausuler er et eksempel på slike standardklausuler.

⁴ Jf. Cordero-Moss, Giuditta. *Europeisk og norsk kontraktsrett i utakt*. I: Lov og Rett 2012 s.1-2 (sitert via Lovdata).

⁵ Ibid.

⁶ Jf. *Chitty on contracts* (2012) s. 961, 963.

1.2 Avgrensninger

Det finnes et mangfold av internasjonale transaksjoner. Det er kun avtaler mellom profesjonelle aktører som behandles i denne oppgaven, og det avgrenses således mot regler som regulerer forbrukeravtaler. I tillegg forutsetter oppgaven at bindende avtale foreligger, slik at spørsmål om avtaleinngåelse og gyldighet ikke behandles i det foreliggende. Videre forutsettes det at partenes avtale inneholder en gyldig lovvalgsklausul som bestemmer bakgrunnsretten, samt en gyldig klausul som bestemmer hvilket lands domstoler som er kompetente til å avsi dom i en eventuell tvist mellom partene.

1.3 Systematikk

Den videre behandlingen er delt i tre deler. Den første delen gir en kort redegjørelse for de hensynene som gjør seg gjeldende i internasjonale transaksjoner mellom profesjonelle aktører. Grunnen til at oppgaven har inntatt et eget kapittel om dette er at hensynene på et område gir en forståelse av hvordan reglene på et rettsområde bør være. Videre vil hensynene kunne brukes som et argument for eller i mot at et rettssystem er egnet til å regulere internasjonale transaksjoner. Dersom det viser seg at norsk rett ivaretar de kryssende hensynene som gjør seg gjeldende i internasjonale transaksjoner på en balansert måte, vil det være et argument for at norsk rett er velegnet til å regulere denne typen transaksjoner.

Den andre delen sammenligner norsk og engelsk rett på de fire punktene som er angitt ovenfor. Først redegjøres det for tolkningslæren i norsk rett. Deretter behandles engelsk rett med paralleller til norsk rett. Til slutt følger et oppsummeringsavsnitt. Samme opplegg følges for lojalitetsprinsippet og god tro standarden, og avtaleloven § 36 og forutsetningslæren. Forskjellen i behandlingen av «boilerplate clauses» består i at engelsk rett behandles først i dette punktet. Årsaken til det er at «boilerplate clauses» er utviklet i engelsk rett, og derfor er det naturlig å først undersøke hvilken virkning disse klausulene får etter engelsk rett. Det er interessante spørsmålet er imidlertid om «boilerplate clauses» tillegges rettsvirkning etter norsk rett.

Den tredje delen foretar en analyse av de rettsreglene som er behandlet i sammenligningsdelen. Formålet med analysen er å finne ut om det er norsk rett eller engelsk rett som er mest egnet til å regulere internasjonale transaksjoner. Ivaretagelsen av de hensyn som gjør seg gjeldende i internasjonale transaksjoner vil utgjøre et element i denne vurderingen.

2. Hensyn

2.1 Forutberegnelighet, fleksibilitet og effektiv ressursbruk

Hvilke regler som gir en egnet regulering av internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører beror som nevnt på en avveining av de hensynene som gjør seg gjeldende i slike transaksjoner. Forutberegnelighet, fleksibilitet og effektiv ressursbruk er alle relevante hensyn i transaksjoner mellom kommersielle aktører. De to førstnevnte hensynene er de mest sentrale hensynene, og det illustreres av at både norske og engelske domstoler eksplisitt nevner disse i sine avgjørelser. Norsk rett og engelsk rett vekter imidlertid disse to hensynene forskjellig, noe oppgaven kommer tilbake.

2.2 Forutberegnelighetshensynet

2.2.1 Innledning

Forutberegnelighetshensynet gir to føringer for hvordan regler som regulerer internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører bør utformes. Reglene må for det første utformes slik at partenes rettsstilling blir forutberegnelig, hvilket innebærer at partene kan avgjøre sine rettigheter og plikter etter transaksjonen.⁷ En forutsetning for at forutberegnelighet skal oppnås er at domstolene behandler like tilfeller likt.⁸ I det foreliggende ser oppgaven nærmere på hvorfor forutberegnelighet er viktig i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører.

2.2.2 Behovet for forutberegnelighet i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører?

En grunn til at forutberegnelighet er viktig i internasjonale transaksjoner er at det er ofte store verdier involvert i slike transaksjoner, og det er viktig for partene å vite hvor de står dersom avtalen får et uventet forløp. Partene i internasjonale transaksjoner kommer fra ulike land, og mangler inngående kunnskap om hvilke rettsregler som regulerer den typen transaksjoner i medkontrahentens jurisdiksjon. For å unngå tap som følge av mangel på

⁷ Jf. Anson (2010) s. 4.

⁸ Jf. MacNeil, Iain *Uncertainty in Commercial Law*. I: 13 *Edinburgh Law Review* 2009 (sitert fra HeineOnline) s. 69.

kunnskap om hverandres rettssystemer er det vanlig at partene inngår en detaljert avtale, og på den måten prøver å gjøre avtalen mest mulig uavhengig av bakgrunnsretten.

En annen grunn er at en transaksjon kan få betydning for andre transaksjoner. Profesjonelle aktørers kapital er ofte investert, og pengene fra en kontrakt kan være øremerket til en annen transaksjon. Et uventet forløp i en transaksjon kan således få betydning utover den aktuelle transaksjonen, og forutberegnelige rettigheter og plikter kan bli avgjørende for å begrense eventuelle tap.

Kommersielle aktørers ønske om å oppnå mest mulig profitt er drivkraften bak de fleste internasjonale transaksjoner. Usikkerhet om rettigheter og plikter bidrar til prosessutgifter, og dersom prosessutgiftene er høyere enn fortjenesten kan det tenkes at kommersielle aktører ikke vil gjennomføre transaksjoner som de ellers ville ha inngått.

Hensynet til å unngå tvister er ikke bare relevant på grunn av de økonomiske ulempene en eventuell rettssak medfører, men også fordi retts tvister er tidsfordrivende. Tidselementet er viktig i visse kontraktstyper, deriblant internasjonal råvaresalg. Bedervelige varer, og store prisforandringer gjør at aktørene må handle raskt når kontrakten får et uforventet forløp.

2.2.3 Hvordan kan forutberegnelighet oppnås?

Internasjonale transaksjoner er ofte et resultat av omfattende forhandlinger, og partene har foretatt en detaljert regulering av avtaleforholdet. Ved å gi rettsvirkning til partenes regulering kan domstolene bidra til å oppnå målsettingen om forutsigbarhet.

Som nevnt er lik behandling av like tilfeller viktig for at rettstilstanden skal være forutberegnelig. Snever adgang for domstolenes skjønnsutøvelse gjør utfallet uavhengig av de konkrete omstendighetene i en sak. Derfor er det viktig at de rammene domstolene setter for skjønnsutøvelsen er slik at domstolene ender på samme resultat i like tilfeller.

2.3 Flexibilitetshensynet

2.3.1 Innledning

Forutberegnelighetshensynet må veies mot hensynet til fleksibilitet.⁹ Flexibilitetshensynet går ut på at reglene må utformes slik at domstolene kan avsi rimelige og rettferdige avgjørelser i enkeltsaker. Spørsmålet som reises blir således hva som menes med «rimelige» avgjørelser. Noen hevder at avgjørelser som er forutberegnelige er rimelige, mens andre påstår at rimelighet referer seg til byrdefordelingen i avtaleforholdet. Videre brukes rimelighet i den sistnevnte betydningen.

2.3.2 Behovet for fleksibilitet i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører.

En grunn til at fleksibilitet er et relevant hensyn i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører er at slike transaksjoner ikke er homogene, og de faktiske forholdene i slike transaksjoner varierer. Fleksible regler gir domstolene adgang til å skreddersy avgjørelsen etter omstendighetene i den saken de har til behandling. En avgjørelse som baserer seg på de betraktninger som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken kan oppleves som rimeligere enn en avgjørelse som ikke gjør det, og dermed også øke sannsynligheten for at partene vil etterleve den. Fleksible regler kan med andre ord bidra til å redusere prosesskostnadene, samt støtte domstolenes rolle som tvisteløser.

Fleksible regler er også nødvendig for å beskytte en kontraktspart mot misbruk av rett fra den annens side. Misbruk av rett foreligger når en håndhevelse av en rett etter transaksjonen innebærer hån mot medkontrahenten.¹⁰ Eksempelvis vil en håndhevelse av en avtalefestet heverett ved forsinkelse kunne anses som hån når forsinkelsen er uten betydning for kjøper,

⁹ Jf. Takashi, Koji. *Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities*. I: Journal of Business Law 2003. s. 102 (siter fra HeineOnline).

¹⁰ Jf. Hagstrøm (2012) s. 316-317

og en hevning vil få alvorlige konsekvenser for selger. Det kan med andre ord føres gode argumenter for at retten bør beskytte partene mot avtaler partene har inngått av egen vilje.¹¹

I tillegg er ikke jevnbyrdighet i partsforholdet tilfellet i alle internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører. Det kan tenkes tilfeller hvor en mektig part har benyttet sin forhandlingsposisjon på en måte som har resultert i klausuler som anses som urimelig fra et nøytralt ståsted.¹²

2.3.3 Hvordan kan fleksibilitet oppnås?

Hensynet til fleksibilitet kan ivaretas ved å utforme generelle regler. Generelle regler gir domstolene mulighet til å vurdere de konkrete omstendighetene i saken, og avsi en avgjørelse som virker rimelig etter å ha tatt disse i betraktning. I motsetning til forutberegnelighetshensynet tilsier hensynet til fleksibilitet at avtalen gis rettsvirkning kun når det er rimelig i et konkret tilfelle.¹³

Forutberegnelighetshensynet og hensynet til fleksibilitet står med andre ord i et motsetningsforhold til hverandre. Hensynet til fleksibilitet tilsier at rettsreglenes formål på kontraktsrettens område er å bidra til rimelige avgjørelser, og reglene må således gi rom for skjønnsutøvelse, slik at domstolene kan skreddersy avgjørelser til omstendighetene i konkrete saker. Å fremme internasjonale transaksjoner er på den andre siden den funksjonen rettsreglene på kontraktsrettens område skal ivareta etter forutberegnelighetshensynet. Partene i internasjonale kommersielle transaksjoner verdsetter forutberegnelighet, og det taler for at klare regler som gjør det mulig for partene å forutberegne sin rettsstilling vil bidra til å øke antallet internasjonale kommersielle transaksjoner.

¹¹Jf. Brownsword (2006) s. 41.

¹²Jf. Hagstrøm (2012) s. 316-317

¹³Jf. Brownsword (2006) s. 41

2.4 Effektiv ressursbruk

2.4.1 Innledning

Det finnes flere effektivitetsbegreper, og paretoeffektivitet er det begrepet som anvendes i denne oppgaven. I følge paretokriteriet er en regulering paretoeffektiv når rettighetene er plassert hos de som verdsetter dem høyest, og pliktene hos dem som kan bære dem for lavest kostnad.¹⁴

2.4.2 Hvorfor er effektivitet et relevant hensyn i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører?

Grunnen til at kommersielle aktører inngår transaksjoner er at de ønsker å oppnå fortjeneste, og en paretoeffektiv allokering av rettighetene og pliktene vil resultere i at profitten blir størst mulig for begge parter. En overordnet målsetting om effektiv ressursbruk er således i tråd med interessene til aktørene i internasjonale kommersielle transaksjoner.

2.4.3 Hvordan kan effektivitet oppnås?

I følge Coase-teoremet vil rasjonelle aktører i egeninteresse allokere rettighetene slik at resultatet blir paretoeffektivt.¹⁵ Utgangspunktet er dermed at hensynet om effektiv ressursbruk kan ivaretas ved å gi rettsvirkning til partenes avtale.

Coase aksepterer imidlertid at transaksjonskostnader påbeløper, og kan hindre partene fra å foreta en paretoeffektiv allokering av rettighetene og pliktene etter transaksjonen. Hensynet til effektiv ressursbruk tilsier med andre ord at avtalen gis rettsvirkning kun når den reguleringen som er gjort er pareto-effektiv, fordi det er den reguleringen partene ville foretatt hvis det ikke

¹⁴Jf. Cooter (2012) s. 291

¹⁵Ibid s. 14.

hadde vært for transaksjonskostnader. Her kommer rettsreglenes funksjon inn, og i følge rettsøkonomisk teori på kontraktsrettens område kan kontraktsretten «...skape slike insentiver for partene at rasjonelle aktører i egeninteresse vil bidra til effektivitet ved å: (i) stimulere til samarbeid mellom partene, (ii) sørge for optimal grad av kontraktsoppfyllelse, (iii) sikre optimal innrettelse, (iv) minimalisere forhandlingskostnader ved utfylling og (v) korrigere markedssvikt».¹⁶

¹⁶ Jf. Eide (2008) s. 285.

3. Sammenligning av norsk og engelsk rett på noen sentrale punkter

3.1 Tolkingslæren

3.1.1 Innledning – begrepene tolkning og utfylling

Formålet med dette avsnittet er å gjøre rede for de reglene norske og engelske domstoler anvender når de tolker avtaler mellom kommersielle aktører. Tolkning er en prosess som går ut på å klarlegge innholdet i partenes avtale ved hjelp av momenter som har tilknytning til partenes avtale, som for eksempel avtalens ordlyd, partenes forutsetninger og avtaleformålet.¹⁷ Tolkning forutsetter at et forhold er regulert i avtalen.

Det hender imidlertid at partenes avtale ikke regulerer et forhold, og i slike tilfeller må domstolene benytte den alternative utfyllingsprosessen. Utfylling går ut på at domstolene supplerer partenes avtale med vilkår og bestemmelser, og medfører således at det gjøres tilføyelser til det partene uttrykkelig har avtalt.¹⁸ Det er vanlig å skille mellom konkret utfylling og regelbestemt utfylling.¹⁹ Konkret utfylling går ut på å utfylle avtalen med de reelle hensynene som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken, mens regelbestemt utfylling går ut på å tette kontrakthull ved hjelp av deklatorisk lovgivning, kutymer og lignende.

Engelsk rett har et tilsvarende skille mellom interpretation (tolkning) og implication (utfylling). I tillegg skiller også engelsk rett mellom regelbestemt utfylling (implication by law), og konkret utfylling (implication by fact).²⁰

¹⁷ Jf. Woxholth (2009) s. 397 flg.

¹⁸ Jf. Haaskjold (2013) s. 436.

¹⁹ Jf. Woxholth (2009) s. 429.

²⁰ Jf. McMeel (2011) s. 12-15, 338-339.

Rettspraksis vil være sentral i den videre behandlingen, ettersom både engelsk og norsk tolkningslære er utviklet i rettspraksis. Den videre behandlingen forutsetter dessuten at partene ikke har avtalt tolkningsregler.

3.1.2.Tolkningslæren i norsk rett

3.1.2.1 Den formelle hovedregelen

Hovedregelen i norsk rett er at partenes felles forståelse av avtalen på avtaleinngåelsestidspunktet skal legges til grunn, og den gjelder selv om partenes felles forståelse avviker fra alminnelig språklig forståelse av ordlyden.²¹ Høyesterettspraksis påpeker imidlertid at det i «...forretningsforhold mellom profesjonelle parter kreves nokså klare holdepunkter for at partene har omforent forståelse som avviker fra ordlyden.»²² To spørsmål reises i det foreliggende. Det første spørsmålet er hvilke faktorer kan domstolene ta i betraktning når de skal avgjøre om partene hadde en felles forståelse av ordlyden på avtaleinngåelsestidspunktet. Det andre spørsmålet er hvor sterke bevis kreves.

Høyesterettspraksis viser at Høyesterett forsøker å finne ut om partene hadde en felles forståelse av avtalen på avtaleinngåelsestidspunktet med utgangspunkt i en rekke faktiske omstendigheter. Avtalens ordlyd, partenes forutsetninger, forhold som ligger forut for avtaleinngåelsen, den faktiske bakgrunnen, vederlaget og partenes etterfølgende opptreden er eksempler på faktiske forhold juridisk teori anser som relevante for å finne ut om partene hadde en felles oppfatning av avtalen på avtaleinngåelsestidspunktet. Flere juridiske forfattere fremhever den faktiske bakgrunnen for avtalen, og partenes etterfølgende opptreden som to sentrale momenter i vurderingen av om partene hadde en felles forståelse av avtalen.²³

En grunn til at den faktiske bakgrunnen for avtalen, og partenes etterfølgende opptreden er særlig relevante er at disse momentene kan gi konkrete holdepunkter for hvordan partene forsto avtalen. Avtaleforarbeider, avtaleutkast og forhandlingsdokumenter utgjør en del av avtalens faktiske bakgrunn, og uttalelser i slike dokumenter kan sikre notoritet med hensyn til

²¹ Jf. Haaskjold (2013) s. 170.

²² Jf. Rt. 2011 s. 1553 avsnitt 47, 48 jf. Rt 2002 s. 1155 på s. 1157-1159

²³ Jf. Haaskjold (2013) s. 172.

hvordan partene oppfattet en avtale. For eksempel hvis en selger har uttalt under forhandlingene at forsinkelse ikke skal gi hevingsrett, og forkastet et utkast som inneholdt hevingsrett for kjøper ved forsinkelse, vil det utgjøre tungtveiende holdepunkter for at det var i tråd med partenes forståelse av avtalen at en forsinkelse fra selgers side ikke skal gi kjøper rett til å heve avtalen. Handlinger partene har foretatt etter avtaleinngåelsen og før tvisten oppsto, kan også gi klare holdepunkter for hvordan en part oppfattet avtalen. For eksempel hvis selgeren i det overnevnte eksemplet blir forsinket med å levere, og kjøperen aksepterer det uten å gjøre motkrav gjeldende, gir det et klart holdepunkt for at det er en felles forståelse mellom partene om at forsinkelse fra selgers side ikke berettiger kjøper til å heve kjøpet.

Hvor sterke bevis som kreves beror på en konkret helhetsvurdering, hvor en rekke momenter inngår: kontraktens art, partenes stilling, hvor stort avviket fra objektiv ordlyd er og om partenes felles forståelse fremstår som rimelig og fornuftig i det aktuelle tilfellet.²⁴ Det fremgår av Høyesterettspraksis at Høyesterett praktiserer et strengt beviskrav i kommersielle avtaleforhold, og i Rt. 2002 s. 1155 bruker Høyesterett næringslivets behov for forutberegnelighet og hensynet til tredjemenn som argumenter for et strengt beviskrav. Videre påpeker avgjørelsen at den parten som hevder at partene hadde en avvikende forståelse av avtalen på avtaleinngåelsestidspunktet har bevisbyrden for at det var tilfellet.²⁵

3.1.2.2 Det egentlige utgangspunktet – objektiv forståelse av ordlyden

Ofte er det ikke mulig å tilfredsstille det beviskravet som høyesterettspraksis har oppstilt for å anse det som godt gjort at partene hadde en felles forståelse av ordlyden på avtaleinngåelsestidspunktet.²⁶ Hovedregelen i slike tilfeller er at en objektiv forståelse av ordlyden skal legges til grunn. Det objektive tolkningsprinsipp går ut på at avtalens innhold klarlegges med utgangspunkt i en alminnelig språklig forståelse av ordlyden.

Det fremgår imidlertid av rettspraksis²⁷ at det objektive tolkningsprinsipp ikke innebærer at de ulike bestemmelsene i avtalen utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig

²⁴ Haaskjold (2013) s. 174.

²⁵ Jf. Rt 2002 s. 1155 på s. 1159.

²⁶ Jf. Mikelsen, Anders. *Henvisninger til engelsk rett i kontrakter underlagt norsk rett*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 2008. s.539 (siteret fra Lovdata).

²⁷ Jf. Rt 2010 s. 961

forståelse av bestemmelsene tilsier. Ulike forfattere fremsetter ulike formål for tolkningsprosessen. Noen mener at domstolene skal tilstrebe «et resultat som fremtrer som rimelig og fornuftig»²⁸, mens andre mener at forventningsprinsippet er det overordnede prinsippet for tolkningsprosessen. Essensen i forventningsprinsippet er å finne frem til hvilke forventninger et utsagn har skapt hos den parten som har mottatt utsagnet.²⁹ Forventningsprinsippet tar ikke hensyn til hva som er en rimelig byrdefordeling i et kontraktsforhold, men vurderer en bestemmelse ut i fra de forventninger den skaper hos den som er berettiget etter denne. Forventningsprinsippet skaper således mer forutberegnelighet enn et tolkningsprinsipp som bygger på rimelighet. Den tradisjonelle oppfatningen i Høyesterett har vært at rimelighet er det overordnede målet med tolkningen, men nyere rettspraksis viser at Høyesterett i større grad gir gjennomslag til forventningsprinsippet. Det faktum at kontrakter inngått i norsk rett i større grad enn tidligere foretar en detaljregulering av partenes rettigheter og plikter er en forklaring på denne utviklingen.³⁰

3.1.2.3 Øvrige tolkningsmomenter

En bestemmelse skal for det første tolkes i lys av avtalens øvrige bestemmelser.³¹ Rettspraksis viser at når det foreligger flere tolkningsalternativer, er det naturlig å velge det alternativet som samsvarer best med de øvrige bestemmelsene i avtalen.³²

Videre fremgår det av juridisk teori at alle forhold som er tilgjengelige for begge parter er relevante faktorer når domstolene skal avgjøre hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn. De forholdene som ble nevnt som relevante for å finne frem til partenes felles forståelse er eksempler på forhold domstolene tar i betraktning når de avgjør hva som kan sies å utgjøre partenes berettigede forventninger i en konkret sak.

Ulike forfattere inndeler tolkningsfaktorene ulikt. Haaskjold inndeler de faktiske forholdene ettersom hvilke som må anføres av en part for at domstolene skal kunne ta dem i betraktning

²⁸ Jf. Hagstrøm (2012) s. 43.

²⁹ Jf. Woxholth (2009) s. 32-37.

³⁰ Jf. Cordero-Moss, Giuditta. *Europeisk og norsk kontraktsrett i utakt*. I: Lov og Rett 2012 s.1-2 (siteret fra Lovdata).

³¹ Jf. Rt. 1971 s. 144 og Rt. 2011 s. 670

³² Ibid.

jf. sivilprosessuelle regler, og hvilke domstolene kan ta i betraktning av eget tiltak. De førstnevnte omtaler Haaskjold som tolkningsdata, og de sistnevnte som tolkningsmomenter. Woxholth skiller mellom partsspesifikke og ikke partsspesifikke momenter, et skille som baserer seg på momentenes tilknytning til avtalen. Hov operer på den andre siden ikke med noen inndeling, og omtaler alle som tolkningsmomenter. Rt. 1987 s. 1022 omhandler en tvist om rekkevidden av en avtaleklausul i en kontrakt om leie av butikklokaler. Høyesterett tar utgangspunkt i ordlyden, og fastsetter tre tolkningsalternativer som alle er innenfor en naturlig språklig forståelse av ordlyden i klausulen. Deretter undersøker Høyesterett om det finnes konkrete tolkningsmomenter som indikerer at et tolkningsalternativ var i tråd med partenes mening, og det gjøres for hvert alternativ. Høyesterett kommer til at det ikke finnes noen tolkningsdata i den foreliggende saken som kan kaste lys over hva partene har ment. Til slutt trekker Høyesterett inn tolkningsmomenter med svakere tilknytning til partenes avtale, som i det foreliggende tilfellet var reelle hensyn. Fremgangsmåten til Høyesterett er med andre ord i samsvar med Haaskjolds begrepsbruk, og i det foreliggende legges Haaskjolds begrepsbruk til grunn.

Det hender imidlertid at ulike tolkningsmomenter peker i ulik retning, og i slike tilfeller avveier Høyesterett de ulike tolkningsmomentene mot hverandre. I kommersielle kontraktsforhold skal det legges vesentlig vekt på ordlyden jf. Rt. 2011 s. 1553. Kommerielle avtaler blir som regel til gjennom grundig forarbeid, og partene velger som hovedregel formuleringer med omtanke. Videre har en part som har innsigelser mot en formulering anledning til å gjøre de gjeldende under forhandlingene, og når vedkommende ikke har benyttet seg av anledningen oppleves det som rimelig at vedkommende må akseptere den.³³ Næringslivets behov for forutberegnelighet³⁴, og hensynet til tredjemenn³⁵ er andre sentrale argumenter Høyesterett benytter for å legge betydelig vekt på ordlyden i transaksjoner mellom kommersielle aktører.

Hvor stor vekt ordvalget i en kommersiell avtale tillegges beror imidlertid på en nærmere vurdering av forholdene i en konkret sak.³⁶ Rt. 2012 s. 1649 omhandler en tvist om en

³³ Jf. Haaskjold (2013) s. 342.

³⁴ Jf. Rt 1996 s. 1696 s. 1707.

³⁵ Jf. Rt. 2005 s. 268

³⁶ Jf. Rt. 2012 s. 1649 avsnitt 56.

garantierklæring avgitt av aksjonærene i et riggselskap til representanten for en rekke obligasjonseiere. Spørsmålet var om garantierklæringen var en selvskyldnergaranti eller en påkravsgaranti. Til tross for at ordvalget i erklæringen talte for at erklæringen var en påkravsgaranti kom Høyesterett til at erklæringen var en selvskyldnergaranti. Avgjørelsen illustrerer at ordlyden ikke er avgjørende ved tolkning av kommersielle avtaler i norsk rett. Den sentrale begrunnelsen for å ikke legge vekt på ordvalget i den overnevnte saken var at det ikke var lagt frem bevis for Høyesterett om at påkravsgarantier var utberedt på området. Dommen gir således grunnlag for å slutte at jo mer kjent og innarbeidet aktuelle ord og uttrykk er på et område, jo større grunn er det til å legge vekt på ordvalget. I tilfeller hvor ordbruken ikke er kjent på vedkommende kontraktsområde tillegges ikke ordbruken like stor vekt.

Hvilken vekt ordlyden tillegges beror i tillegg på hvorvidt den reguleringen ordlyden taler for representerer en rimelig løsning i et konkret tilfelle. Eksempelvis kom Høyesterett i Rt. 1987 s. 1022 til at klausulen om rett til fornyelse av avtalen om leie av butikklokalet ikke kunne tolkes som en evigvarende rett til fornyelse. Høyesterett uttalte at en slik tolkning ville medføre at eieren ikke kunne bringe leieforholdet til opphør i tilfeller hvor han hadde grunn til å være misfornøyd med en leietaker, og det ville være urimelig overfor eieren. Det viser at i tilfeller hvor ordlyden åpner for flere tolkningsalternativer, vil Høyesterett velge det tolkningsalternativet som gir en rimelig regulering av rettighetene og pliktene til partene. Ofte vil ordlyden og de ulike tolkningsdataene trekke i ulik retning, og det gjør at Høyesterett må avgjøre saken med utgangspunkt i rimelighetsbetraktninger. Det overordnede formålet med tolkningen i norsk rett er å finne frem til en rimelig byrdefordeling i kontrakt, og det gjør at domstolene ikke er tilbakeholdne med å sette klar ordlyd til side i tilfeller hvor en alminnelig språklig forståelse leder til urimelighet.³⁷

³⁷ Jf. Hagstrøm (2012) s. 43

3.1.2.4 De subsidiære tolkningsreglene

Når en avveining av tolkningsmomentene ikke gir grunnlag for å avgjøre hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn, kan domstolene anvende tolkningsreglene. Tolkningsreglene er rettsregler, og formålet med tolkningsreglene er å gi hjemmel for å løse tolkningstvil i tilfeller tolkningsdata og tolkningsmomentene ikke gir løsningen.³⁸

Uklarhetsregelen er den tolkningsregelen som Høyesterett har benyttet flest ganger, men kun som støtteargument for det resultatet Høyesterett uansett ville kommet til etter andre forhold.³⁹ Uklarhetsregelen går ut på at uklarheten tolkes mot den som hadde oppfordringen til å avverge uklarheten. Eksempelvis kan uklarhetsregelen bidra til at uklarheten går utover den som har utarbeidet klausulen, og i slike tilfeller omtales uklarhetsregelen som «forfatterregelen».⁴⁰

Minimumsregelen er en annen tolkningsregel. I følge minimumsregelen skal det tolkningsalternativet som er minst byrdefullt for løftegiver legges til grunn. Minimumsregelen er således en forlengelse av bevisbyrderegelen, som sier at en part som hevder at han har ervervet en rett har bevisbyrden for det.

3.1.3 Tolkningslæren i engelsk rett med paralleller til norsk rett

Investors Compensation Scheme LTD v West Bromwich Building Society⁴¹ (heretter ICS v West Bromwich) fastslår at hovedregelen etter tolkningslæren i norsk og engelsk rett er den samme, at partenes felles forståelse på avtaleinngåelsestidspunktet skal legges til grunn. ICS v West Bromwich omhandler en tvist mellom the Investors Compensation Scheme (ICS) og et boligbyggelag i West Bromwich. Bakgrunnen for tvisten var tap flere eldre mennesker (investorene) ble påført som følge av kjøp av egenkapitalobligasjoner i boligbyggelaget. Tapene var et resultat av at egenkapitalobligasjonene sank i verdi på grunn av fall i

³⁸ Jf. Haaskjold (2013) s. 316 i petitavsnitt.

³⁹ Ibid s. 317.

⁴⁰ Jf. Hov (2002) s. 158.

⁴¹ Jf. [1998] 1 WLR 896

boligprisene, samtidig økte renten på lånene investorene hadde tatt opp hos boligbyggelaget for å finansiere kjøp av obligasjonene. Investorene saksøkte rådgiverne for at de hadde brutt veiledningsplikten etter the Financial Services Act av 1986. Rådgiverne hadde gått konkurs, og ICS ble opprettet i medhold av section 54 i loven for å gi erstatning til mennesker som hadde udekkede krav mot personer som var autorisert til å drive investeringsvirksomhet etter loven. For å få dekket sine krav gjennom ICS måtte investorene signere et standardformular som overførte alle rettighetene investorene hadde mot rådgiverne eller noen andre til ICS. Det var imidlertid inntatt et unntak i punkt 3 (b) for noen krav mot boligbyggelagene. Spørsmålet i saken var om punkt 3 (b) i standardformularet gjorde at ICS ikke kunne reise krav mot boligbyggelaget eller deres advokater. The House of Lords kom til at standardformularet førte til at alle erstatningsrettslige krav investorene hadde mot boligbyggelaget ble overført til ICS, slik at investorene var avskåret fra å fremme slike krav mot boligbyggelaget. Det eneste kravet investorene kunne fremme mot boligbyggelaget var krav om heving av lånet.

Det følger imidlertid av *ICS v West Bromwich* at norsk og engelsk rett legger ulikt innhold i «partenes felles forståelse». Norsk rett forstår det som et spørsmål om partene faktisk hadde en felles forståelse av ordlyden på avtaleinngåelsestidspunktet, og legger derfor vekt på bevis som kan kaste lys over hva partene har ment, og bevis som avtaleforarbeider vil således være relevante. Engelsk rett behandler på den andre siden spørsmålet om partene hadde en felles forståelse av avtalen på avtaleinngåelsestidspunktet som et spørsmål om hvilken felles forståelse som kan utledes av kontrakten. Avgjørende etter engelsk tolkningslære er hvordan en alminnelig fornuftig person, med all den bakgrunnsinformasjon som var tilgjengelig for partene på avtaleinngåelsestidspunktet, ville oppfattet avtalen. I engelsk rett gjelder den såkalte «parol evidence rule», og medfører at når partene har blitt enige om en skriftlig kontrakt kan ikke domstolene legge vekt på bevis om partenes intensjoner og avtaleforarbeider. Det viser at tolkningslæren i engelsk rett legger mer vekt på ordlyden enn tolkningslæren i norsk rett. I tillegg skaper det faktum at domstolene ikke kan legge vekt på forhold som ikke er inntatt i dokumentet at det skapes sikkerhet for at dokumentet regulerer partenes rettigheter og plikter uttømmende, og det bidrar igjen til å skape forutberegnelighet.

På den andre siden kan det oppleves som urimelig at domstolene må gi rettsvirkning til partenes avtale, når det er klart at partene har hatt en felles forståelse som avviker fra

ordlyden. Det er sikker rett at en part som mener at partene hadde en felles forståelse som avviker fra ordlyden kan benytte en alternativ prosessordning, «rectification»⁴², for å kunne kreve at partenes felles forståelse gis rettsvirkning. Domstolene kan ta alle forhold i betraktning i «rectification» prosessen, også avtaleforarbeider, og bevis om partenes intensjoner.⁴³

Det strenge beviskravet Høyesterett har oppstilt for å akseptere at partene hadde en felles forståelse på avtaleinngåelsestidspunktet gjør at den egentlige hovedregelen i norsk rett i likhet med engelsk rett er at en naturlig forståelse av ordlyden skal legges til grunn. Videre er norsk og engelsk rett enige om at domstolene ikke utelukkende må basere sin avgjørelse på en streng ordlydsfortolkning, og kan trekke inn en rekke forhold når domstolene skal ta stilling til hvordan en alminnelig fornuftig person ville oppfattet en bestemmelse. Bortsett fra avtaleforarbeider, og bevis om partenes intensjoner, kan domstolene ta i betraktning alle forhold som var tilgjengelige for begge parter. Det kreves ikke at partene faktisk kjente til forholdene, og det følger av Lord Hoffmanns votum i *ICS v West Bromwich* at det som kreves er at partene hadde mulighet til å gjøre seg kjent med forholdet. Det viser at de samme forholdene som er relevante i norsk rett også vil være relevante i engelsk rett.

Dersom ulike tolkningsdata peker i ulik retning legger også engelsk tolkningslære betydelig vekt på ordlyden. Det er ikke et overordnet mål etter engelsk tolkningslære å tilstrebe et tolkningsresultat som fremstår som rimelig. Domstolenes oppgave er ikke å skrive kontrakten for partene, og domstolene skal derfor forholde seg til ordlyden, selv om det skulle lede til urimelighet. Det betyr imidlertid ikke at rimelighet er helt uten betydning i engelsk tolkningslære. *Wickman Machine Tools Sales Limited v Schuler AG*⁴⁴ omhandler en tvist mellom en tysk bedrift (Schuler) og en engelsk bedrift (Wickman). Schuler og Wickman hadde inngått en avtale som ga Wickmann enerett til å selge panelpresser produsert av Schuler. Det fremgikk av avtalen at det var en betingelse (condition) for avtalen at Wickman sendte sine representanter til de seks største bilprodusentene i England en gang i uken for å

⁴² Jf. McMeel (2011) s. 16

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Jf. [1974] AC 235.

markedsføre panelpresser. Wickman misligholdt forpliktelsen, og spørsmålet var om misligholdet berettiget Schuler til å heve.

Lord Reid fastslo at en naturlig språklig forståelse av hevingsbestemmelse indikerte at partene hadde ment at mislighold av forpliktelsen skulle berettiget Schuler til å heve. På den andre siden inneholdt kontrakten en generell hevingsbestemmelse, som oppstilte to vilkår for heving. Det ene var at kontraktsbruddet måtte være vesentlig, og det andre var at den parten som har begått misligholdet har feilet i å bøte på kontraktsbruddet innen 60 dager. Wickman kunne reparere kontraktsbruddet ved å oppsøke bilprodusentene igjen, og misligholdet i den foreliggende saken var således omfattet av ordlyden i den generelle bestemmelsen. Lord Reid konkluderte med at den generelle bestemmelsen regulerte hevingsadgangen for det foreliggende kontraktsbruddet, og at Schuler ikke var berettiget til å heve. Rimelighetsbetraktninger var sentrale for konklusjonen. Lord Reid uttalte at det å gi rettsvirkning til ordlyden ville være urimelig, fordi det ville gi Schuler rett til å heve også i tilfeller hvor Wickman ikke var å bebreide for et mislighold, og uttalte at jo mer urimelig en kontraktbestemmelse er jo strengere er beviskravet for å anse en bestemmelse for å være i samsvar med partenes intensjoner.

Forskjellen mellom engelsk rett og norsk rett hva gjelder betydningen av rimelighet i tolkningsprosessen kan illustreres ved å forandre faktumet i Wickman v Schuler, og forutsette at avtalen ikke inneholdt en generell hevingsbestemmelse. I et slikt tilfelle ville engelske domstoler gitt rettsvirkning til ordlyden, og kommet til at Schuler hadde rett til å heve. Norske domstoler ville på den andre siden kommet til det resultatet Lord Reid kom til ved hjelp av generelle rimelighetsbetraktninger, og spørsmålet Høyesterett ville stilt var om hevingsbestemmelsen var urimelig. Det viser at engelske domstoler kun vil legge vekt på rimelighet når det lar seg gjøre innenfor kontraktens rammer, mens Høyesterett foretar en generell rimelighetstolkning.⁴⁵

⁴⁵ Jf. McMeel (2011) s. 300.

Det fremgår av *RainySky SA v Kookmin Bank*⁴⁶ at når ordlyden åpner for flere tolkningsalternativer, og et tolkningsalternativ er i samsvar med det forretningsmessige formålet med avtalen, vil det tolkningsalternativet som ivaretar dette formålet bli lagt til grunn. Bakgrunnen for tvisten i *RainySky* var en tilvirkningsavtale inngått mellom en skipsbygger og seks kjøpere. Kjøperne skulle betale i avdrag, og krevde sikkerhet for avdragene. Skipsbyggeren opprettet forhåndsbetalte obligasjoner i Kookmin Bank. Skipsbyggeren gikk konkurs, og det oppsto en tvist mellom banken og kjøperne om hvorvidt førstnevnte var forpliktet til å utbetale obligasjonene til kjøperne. Etter klausul tre i obligasjonsavtalen med skipsbyggeren påtok banken seg en forpliktelse til å utbetale obligasjonene til kjøperne for «any such sums due to you under the contract». Konklusjonen berodde således på om «any such sums» omfattet avdragsbetalingene. The Supreme Court kom til at avdragsbetalingene var omfattet av «any such sums», og at banken således var forpliktet til å utbetale obligasjonene. Grunnen til at skipsbyggeren opprettet obligasjonene var at kjøperne krevde sikkerhet for avdragsbetalingene, og det ville således stride mot det kommersielle formålet bak opprettelsen av obligasjonene å ikke gi sikkerhet for avdragsbetalingene i forbindelse med insolvens hos skipsbyggeren. Hva som er det kommersielle formålet i en kontrakt beror på en konkret vurdering av forholdene i en sak, og vektlegging av det kommersielle formålet er således egnet til å skape uforutberegnelighet.

3.1.4 Oppsummering

Behandlingen av tolkningslæren har vist at norsk og engelsk tolkningslære oppstiller ulike formål for tolkningen. Norsk rett anser rimelig byrdefordeling som et overordnet formål for tolkningsprosessen, og rimeligheten av ordlyden vil således få betydning for hvilken vekt Høyesterett vil tillegge ordlyden. I tilfeller hvor ordlyden medfører et urimelig resultat vil Høyesterett sette ordlyden til side jf. alminnelige rimelighetsbetraktninger.

Engelsk rett anser på den andre siden ikke rimelighet som et overordnet formål for tolkningen, og engelsk rett gir ikke adgang til å sette ordlyden til side med hjemmel i

⁴⁶ Jf. [2011] 1 WLR 2900

rimelighetsbetraktninger. Rimelighetsbetraktninger er imidlertid relevante når domstolene skal velge mellom ulike tolkningsalternativer.

En annen forskjell mellom engelsk og norsk tolkningslære er at norske domstoler kan legge vekt på flere tolkningsdata enn engelske domstoler. Engelsk rett har imidlertid en alternativ prosessordning, «rectification», som kan ta i betraktning alle forhold.

3.2 Lojalitetsprinsippet og god tro

3.2.1 Innledning

Lojalitetsprinsippet pålegger partene i et kontraktsforhold en plikt til å opptre lojalt overfor hverandre. Det innebærer blant annet at en part skal ta rimelig hensyn til sin medkontrahents interesser når vedkommende håndhever sine rettigheter etter kontrakten. Engelsk rett betegner lojalitetsprinsippet som «a principle of good faith», og essensen i prinsippet gjengis ofte som en plikt til å opptre rettferdig.

Tema for dette punktet er hvorvidt partene i internasjonale kommersielle transaksjoner er bundet av en plikt til å opptre lojalt overfor hverandre etter henholdsvis norsk og engelsk rett, når en slik plikt ikke er inntatt i partenes avtale. Det er vanlig å skille mellom prekontraktuell, og kontraktuell lojalitetsplikt. Prekontraktuell lojalitetsplikt omhandler de plikter som lojalitetsprinsippet pålegger partene i forhandlingsfasen. Kontraktuell lojalitetsplikt brukes på den andre siden om de plikter som kan utledes av lojalitetsprinsippet, etter at bindende avtale er inngått.

Som nevnt innledningsvis forutsetter denne oppgaven at gyldig avtale er inngått, og en behandling av den prekontraktuelle lojalitetspliktens betydning for spørsmålet om

avtalebinding faller således utenfor denne avhandlingen. Den prekontraktuelle lojalitetsplikts betydning for forpliktelsens innhold faller på den andre siden innenfor.

3.2.2 Lojalitetsplikten i norsk rett

I norsk rett gjelder et generelt lojalitetsprinsipp på kontraktsrettens område.⁴⁷ Det som menes med at prinsippet er generelt er at det kommer til anvendelse i alle kontraktsforhold, uavhengig av om partene har inntatt prinsippet i deres avtale. Det fremgår av Rt. 1988 s. 1078 at lojalitetsprinsippet gjelder fra forhandlinger, og så lenge forpliktelsen består. Partene i internasjonale kommersielle transaksjoner er således bundet av lojalitetsprinsippet både under forhandlingene, og etter at bindende avtale er inngått.

Det fremgår av teori og praksis at lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold er en fleksibel norm, hvilket betyr at hvor strenge kravene til lojal og aktsom opptreden er i et tilfelle må avgjøres på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering. Kontraktens art, partenes stilling og forutsetninger, og muligheter partene har til å ivareta sine interesser, er eksempler på momenter som inngår i helhetsvurderingen.⁴⁸ I det foreliggende gjør oppgaven først rede for innholdet i det ulovfestede lojalitetsprinsippet. Deretter undersøker oppgaven hvor strenge krav til lojal og aktsom opptreden som gjelder i internasjonale kommersielle transaksjoner mellom profesjonelle aktører.

3.2.2.1 Innholdet i det ulovfestede lojalitetsprinsippet

Det ulovfestede lojalitetsprinsippet i norsk rett er som nevnt retningsgivende for hvordan profesjonelle aktører skal forholde seg til hverandre, både under forhandlingene, og etter at avtalen er inngått. I det foreliggende ser oppgaven nærmere på hvilke plikter som kan utledes av det ulovfestede lojalitetsprinsippet, i tilfeller hvor begge parter opptrer i næringsvirksomhet. Først behandles den prekontraktuelle lojalitetsplikten.

⁴⁷ Jf. Haaskjold (2013) s. 69.

⁴⁸ Ibid s. 77, 78.

3.2.2.1.1 Prekontraktuell lojalitet

Kjernen i den prekontraktuelle lojalitetsplikten er at den skal forsikre at kontraktspartene forhandler med åpne kort, slik at en eventuell avtale gjenspeiler det partene faktisk har ment.⁴⁹ Partenes plikt til å gi opplysninger under forhandlingene er en av de viktigste pliktene som kan utledes av den prekontraktuelle lojalitetsplikten. Opplysningsplikten pålegger en realdebitor (selger) å gi informasjon om vesentlige forhold ved ytelsen.⁵⁰ De opplysninger realdebitor har fått under forhandlingene får videre betydning for hva realkreditor kan forvente av ytelsen, uavhengig av om opplysningene inntas i en eventuell avtale eller ikke. Det er sikker rett at dersom realdebitor har forholdt seg taus om vesentlige forhold ved ytelsen, skal spørsmålet om ytelsen er kontraktmessig eller ikke, avgjøres på bakgrunn av hva realkreditor hadde grunn til å forvente på bakgrunn av realdebitors taushet.

3.2.2.1.2 Kontraktuell lojalitetsplikt

Kravene til lojal og aktsom opptreden i norsk rett etter at bindende avtale er inngått gjelder i to relasjoner. Kontraktspartene skal utvise lojalitet overfor kontrakten, og overfor medkontrahentens interesser.⁵¹ En rekke positive og negative forpliktelser pålegges partene for å ivareta lojalitetsplikten i disse to relasjonene. Med positiv plikt forstås en plikt til å foreta seg noe, mens en negativ plikt pålegger partene å avstå fra visse typer handlinger.⁵² I det foreliggende behandles først en kontraktsparts negative og positive forpliktelser med hensyn til kontrakten.

Kravene til lojal og aktsom opptreden overfor kontrakten innebærer at en kontraktspart på den ene siden må foreta visse handlinger, og på den andre siden at kontraktsparten må avstå fra handlinger som vil motvirke oppfyllelsen av kontrakten. Medvirkning til oppfyllelse av kontrakten er et eksempel på en positiv forpliktelse. For øvrig vil en part være forpliktet til å foreta andre aktiviteter som er påkrevd for ivaretagelsen av formålet med avtalen, og et

⁴⁹ Jf. Haaskjold (2013) s. 70.

⁵⁰ Jf. Hagstrøm (2012) s. 135.

⁵¹ Jf. Haaskjold (2013) s. 78-79.

⁵² Ibid.

sentralt spørsmål i vurderingen er om en kontraktspart har gjort det som kreves for en vellykket gjennomføring og avvikling av kontrakten.⁵³

Lojalitetsplikten overfor medkontrahenten innebærer at en kontraktspart skal ta rimelig hensyn til medkontrahentens interesser. Tre typer forpliktelser kan utledes av en kontraktsparts plikt til lojal og aktsom opptreden overfor medkontrahenten.⁵⁴ For det første kan en kontraktspart pålegges varslingsplikt overfor medkontrahenten, slik at medkontrahenten kan innrette seg etter den uforutsette utviklingen kontrakten har fått. For det andre kan det utledes en plikt for en kontraktspart til å opprettholde taushet om forretningshemmeligheter. Til slutt kan det utledes enkelte lojalitetsbaserte kontraktsbruddplikter. For eksempel kan en kontraktspart pålegges en plikt til å informere medkontrahent om at han ikke vil oppfylle kontrakten etter avtalen, slik at medkontrahenten kan ivareta sine interesser ved å foreta dekningsstransaksjoner. Kjøperen blir ikke påført noen tap fordi han får kjøpt tingen fra en annen selger, og selgeren unngår erstatningsansvar. En positiv plikt til å gi informasjon i slike tilfeller kan forbedre posisjonen til både selger og kjøper, og er således i samsvar med paretokriteriet.

De pliktene som utledes av det alminnelige lojalitetsprinsippet supplerer partenes uttrykkelige forpliktelser i avtalen, og brudd på pliktene kan pådra en kontraktspart kontraktsbruddplikter som erstatning.

3.2.3 Hvor streng er lojalitetsplikten i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører?

Internasjonale kommersielle transaksjoner omfatter mange ulike typer transaksjoner, og det enkelte kontraktsforholds egenart vil være et sentralt moment i vurderingen av hvor terskelen for lojal og aktsom opptreden skal settes i et konkret tilfelle.⁵⁵ Juridisk teori påpeker at lojalitetsplikten vil være streng i kontrakter som enten bygger på et tillitsforhold mellom

⁵³ Jf. Haaskjold (2013) s. 81

⁵⁴ Ibid. s. 85-91.

⁵⁵ Jf. Haaskjold (2013) s.85-91. Se også Dalbak, Cecilie *Lojalitetsplikt som grunnlag for å begrense og utvide fleksibilitet i avtaleforhold*. I: Lov og Rett 2007 Nr. 10, s. 598-612 (siteret fra Idunn).

partene eller krever at partene samarbeider. «Tilsvarende vil lojalitetsplikten normalt være strengere i langvarige og omfattende kontrakter enn kortvarige og enkle kontrakter».⁵⁶

På den andre siden vil lojalitetsplikten ikke være særlig streng i spekuljonskontrakter. Hyppige prisforandringer i det internasjonale råvaremarkedet gjør at markedet er velegnet for spekulasjon fra profesjonelle aktører. En betydelig andel av internasjonal råvaresalg foregår i lange avtalekjeder, og det er bare selgeren på starten og kjøperen på slutten som er i fysisk besittelse av salgsobjektet.⁵⁷ Selgerne og kjøperne på midten satser på at markedssvingningene vil gjøre det mulig for dem å oppnå profitt ved å selge salgsobjektet dyrere enn de kjøpte det. Et annet argument for å oppstille en lav terskel for lojal og aktsom opptreden i internasjonal råvaresalg er at selgerne og kjøperne i internasjonal råvaresalg opptrer i begge roller, og markedet vil således utjevne tap og profitt av seg selv.⁵⁸

Det følger videre av rettspraksis at Høyesterett ikke stiller strenge krav for å anse partene for å ha opptrådt i tråd med det ulovfestede lojalitetsprinsippet, når begge parter er profesjonelle. Bakgrunnen for det er at profesjonelle aktører ofte har omfattende kunnskaper om det område de kontraherer på, og domstolene forventer derfor at kommersielle parter i større grad enn andre ivaretar sine interesser på egenhånd. Hvor mye som kreves for å anse en part for å ha overholdt sin opplysningsplikt etter det ulovfestede lojalitetsprinsippet beror på hva som kan forventes av den andre parten.

Rt. 1988 s. 1078 et er eksempel fra praksis som illustrerer dette. Dommen omhandler kausjonsansvaret i et kommersielt forhold. Skipsgaranti AS (Skipsgaranti) var selvskyldnerkausjonist for Rederikommanditselskabet Scandinavian Partner-Ships (SPS) lån i AS Låneinstituttet for skip (Låneinstituttet). Spørsmålet i saken var om kausjonistansvaret til Skipsgaranti hadde bortfalt fordi at Låneinstituttet ikke hadde informert Skipsgaranti om låneforholdets utvikling. Høyesterett drøfter spørsmålet med utgangspunkt i det ulovfestede

⁵⁶ Ibid. s. 608

⁵⁷ Jf. Bridge, Michael. *UNIFORMITY AND DIVERSITY IN THE LAW OF INTERNATIONAL SALE*. I: 15 Pace International Law Review 2003 (siteret fra HeineOnline) s. 59.

⁵⁸ Takashi, Koji. *Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities*. I: Journal of Business Law 2003 (siteret fra HeineOnline) s. 105, 106.

lojalitetsprinsippet. Høyesterett påpeker at det kunne reises en viss bebreidelse mot Låneinstituttet for at selskapet ikke hadde informert Skipsgaranti om låneforholdets utvikling, men kom til at manglende orientering om låneforholdets utvikling ikke medførte brudd på det ulovfestede lojalitetsprinsippet. Sentralt i Høyesterett begrunnelse var at Skipsgaranti var «et profesjonelt kredittforsikringselskap», som hadde inngående kunnskap om kausjonsforpliktelser. I tillegg la Høyesterett vekt på at kausjonsforpliktelsen fremsto som et usikkert engasjement helt fra stiftelsen, og det gjorde at Skipsgaranti hadde en sterk oppfordring til å følge med på låneforholdets utvikling. Når Skipsgaranti, på tross av sterk oppfordring til å følge med på låneforholdets utvikling forholdt seg passiv, kom Høyesterett til at det ikke var grunnlag for å pålegge Låneinstituttet ansvar overfor Skipsgaranti.

3.2.4 Lojalitetsplikt i engelsk rett

3.2.4.1 Ingen generell lojalitetsprinsipp

I motsetning til norsk rett opererer engelsk rett ikke med en generell lojalitetsplikt på kontraktsrettens område.⁵⁹ Engelsk rett ser i likhet med norsk rett behovet for å sanksjonere illojal og uaktsom opptreden fra en kontraktspart. Engelsk rett foretrekker imidlertid konkret tilnærming til praktiske lojalitetsproblemer, istedenfor et overordnet lojalitetsprinsipp. Dette omtales ofte som «piecemeal solutions» i juridisk teori. Spørsmålet i det foreliggende er dermed om det finnes noen hjemmel i engelsk rett som gir domstolene adgang til å innfortolke en plikt for partene til å opptre lojalt overfor hverandre under forhandlingene, og etter at bindende avtale er inngått.

⁵⁹ Jf. *Chitty on contracts* (2012) s. 39-40.

3.2.4.2 Prekontraktuell lojalitet

Det er sikker rett at engelsk rett ikke oppstiller en plikt for profesjonelle parter til å opptre lojalt overfor hverandre under forhandlingene jf. *Walford v Miles*.⁶⁰ Spørsmålet i saken var om en avtale som påla partene en plikt til å forhandle med hverandre var bindende etter engelsk rett. The House of Lords kom til at en avtale som oppstiller en plikt for partene til å forhandle, uten å spesifisere varighet og innhold, er for uforutsigbar til å kunne tillegges rettsvirkning i engelsk rett. Lord Ackner uttaler videre at spørsmålet om partene har overholdt forhandlingsplikten etter en slik avtale beror på om partene har gjennomført forhandlingene i god tro, og at en plikt til å forhandle i god tro er i strid med partenes legitime interesse i å fremforhandle en avtale som er gunstig for parten selv.

På den andre siden fremgår det av *Miles v Walford* at «the doctrine of misrepresentation», læren om opplysningssvikt, oppstiller en begrensning i en parts adgang til å forfølge sine interesser under forhandlingene. Læren om opplysningssvikt kan pådra en part som gir uriktige og villedende opplysninger under forhandlingene ansvar, når en part forsettlig gir uriktig informasjon, og forutsetter at den andre parten bygger på informasjonen.

3.2.4.3 Kontraktuell lojalitet

High Courts avgjørelse i *Yam Seng Pte Limited v International Trade Corporation*⁶¹ (heretter *Yam Seng v ITC*) bekrefter at engelsk rett ikke oppstiller en generell plikt for profesjonelle parter til å opptre lojalt overfor hverandre etter at bindende avtale er inngått, og at spørsmålet om domstolene kan innfortolke en plikt for partene til å opptre lojalt overfor hverandre ved gjennomføringen av avtalen fortsatt beror på om avtalen kan utfylles med en slik plikt jf. «the doctrine of implied terms by law» eller «the doctrine of implied terms by fact». High Court tilsvarende tingretten i norsk rett, og avgjørelsen i *Yam Seng v ITC* er i likhet med norske tingrettsavgjørelser ikke bindende for høyere rettsinstanser. Grunnen til at oppgaven likevel vier så mye plass til denne avgjørelsen er at den indikerer at engelsk rett er på vei til å

⁶⁰ Jf. [1992] 2 AC 128

⁶¹ Jf. [2013] EWHC 111 (QB)

akseptere en generell kontraktuell lojalitetsplikt. Det blir interessant å følge utviklingen, og se om Høyesterett i England, the Supreme Court, følger opp uttalelsene i avgjørelsen.

«Implication by law» omfatter kontraktstyper hvor rettspraksis typisk har innfortolket en plikt til å opptre lojalt, og det at en kontrakt tilhører en slik kategori er i seg selv tilstrekkelig for at domstolene skal innfortolke en plikt til å opptre lojalt.⁶² Dersom partene ikke ønsker at domstolene skal innfortolke en lojalitetsplikt i avtalen mellom dem, må partene innta en uttrykkelig bestemmelse som sier det. «Implication by law» tilsvarer således regelbestemt utfylling i norsk rett.

«Implication of terms by fact» gir domstolene kompetanse til å utfylle de uttrykkelige avtalebestemmelsene med en plikt til å opptre lojalt, når en alminnelig fornuftig person med den bakgrunnsinformasjonen som var tilgjengelig for partene ville forstått avtalen slik at den påla partene en plikt til å opptre lojalt. «The doctrine of implication by fact» tilsvarer konkret utfylling i norsk rett. Justice Legatt sier uttrykkelig at bakgrunnsinformasjonen også omfatter de felles verdier og normer for hvordan man skal forholde seg overfor hverandre på et område. Hvorvidt avtalen kan utfylles med en lojalitetsplikt beror således på tolkning, og spørsmålet i det foreliggende er hvilket innhold en slik lojalitetsplikt har.

Yam Seng v ITC⁶³ omhandler en tvist mellom en bedrift registrert i Singapore, Yam Seng Pte Limited (Yam Seng) og en engelsk bedrift, International Trade Corporation (ITC). ITC og Yam Seng hadde inngått en avtale som forpliktet ITC til å levere en rekke Manchester United artikler til Yam Seng, og berettiget Yam Seng til å selge artiklene i en rekke taxfree butikker i verden og noen innenlands markeder. Spørsmålet i saken var om Yam Seng kunne heve avtalen. Yam Seng anførte at selv om partene ikke uttrykkelig hadde inntatt en plikt til å opptre lojalt overfor hverandre var det noe de hadde forutsatt, og at ITC blant annet ved å unnlate å informere Yam Seng av eget tiltak om forsinkelser i forbindelse med produksjon av

⁶²Ibid.

⁶³Ibid para 131

Manchester United artiklene hadde brutt lojalitetsplikten. High Court kom til at avtalen mellom partene kunne utfylles med en plikt til å opptre lojalt jf. konkret utfylling.

Det fremgår av *Yam Seng v ITC* at lojalitetsplikten som innfortolkes i en avtale gjennom konkret utfylling i likhet med den alminnelige lojalitetsplikten i norsk rett kan gi hjemmel til å pålegge positive og negative plikter. Partenes plikt til å avstå fra å forsettlig gi uriktige opplysninger er et eksempel på en negativ plikt. Plikten til å gi opplysninger av eget tiltak er på den andre siden en positiv forpliktelse som kan oppstilles jf. konkret utfylling.⁶⁴ Hva som kreves for at en part skal anses for å ha opptrådt i tråd med den alminnelige lojalitetsplikten beror imidlertid i likhet med norsk rett på en konkret vurdering av forholdene i en sak. Det viser at norsk og engelsk rett harmonerer hva gjelder kontraktuell lojalitetsplikt, og følgende uttalelse fra Justice Legatt i *Yam Seng v ITC* indikerer at engelske domstoler er på vei til å gi sin tilslutning til en generell kontraktuell lojalitetsplikt: «In the light of these points, I respectfully suggest that the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts, to the extent that it still persists, is misplaced»⁶⁵.

3.2.5 Oppsummering

I motsetning til norsk rett finnes det ingen generell lojalitetsplikt i engelsk rett. Norsk rett pålegger partene å forhandle i god tro, mens hovedregelen i engelsk rett er at partene er berettiget til å forfølge sine interesser under forhandlingene. En konsekvens av det er at partene ikke kan påberope seg uttalelser medkontrahenten har gitt under forhandlingene for å pådra vedkommende kontraktsbruddansvar, med mindre det gjelder et tilfelle av opplysningssvikt.

Konkret utfylling gjør at engelske domstolene kan oppnå det samme resultatet som det generelle lojalitetsprinsippet fører til etter at bindende avtale er inngått, men terskelen er noe høyere etter engelsk rett.

⁶⁴ Ibid para 141, 142.

⁶⁵ Ibid para 153.

3.3 Forutsetningslæren og Avtaleloven av 31. mai 1918 nr. 4 (heretter avtl.) § 36.

3.3.1 Innledning

Ofte går det tid mellom avtaleinngåelsen og oppfyllelsen av avtalen. I mellomtiden kan forholdene utvikle seg på en måte som gjør at en av partene, eller begge partene, ønsker å se bort fra avtalen. Dersom begge partene er enige om å se bort fra avtalen oppstår det ingen tvist, og det interessante spørsmålet er dermed om en løftegiver kan påberope seg den uforutsette utviklingen som grunnlag for å løsrive seg fra sine plikter etter avtalen i tilfeller hvor løftemottager krever at avtalen gis rettsvirkning.

Hovedregelen i både norsk og engelsk rett er at avtaler skal holdes.⁶⁶ Det innebærer at hver av partene har risikoen for at deres forutsetninger slår til. Utgangspunktet etter både norsk og engelsk rett er således at en part ikke kan si seg fri fra sine forpliktelser etter avtalen ved å anføre at forholdene utviklet seg annerledes enn det parten hadde forventet. Ved å gi rettsvirkning til partenes avtale sikrer hovedregelen interessene til en medkontrahent som har innrettet seg etter avtalen, og bidrar dermed til å skape forutberegnelighet i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører.

Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor det vil være urimelig overfor løftegiver å gi kontrakten rettsvirkning. For eksempel vil det oppfattes som urimelig å kreve at en ballettdanser som er blitt ufør skal opptre i en forestilling i henhold til avtalen mellom ballettdanseren og arrangøren. En unntaksfri rett for løftemottager til å kreve oppfyllelse etter avtalen vil således stride mot hensynet til fleksibilitet. Både norsk og engelsk rett har tatt konsekvensene av at «pacta sunt servanda» kan føre til urimelige resultater, og oppstiller unntak som gir løftegiver adgang til å si seg fri fra forpliktelsene etter avtalen i tilfeller hvor det vil oppfattes som urimelig overfor løftegiver å gi avtalen rettsvirkning.

⁶⁶ Jf. Woxholth (2009) s. 24

I det foreliggende gjør oppgaven rede for avtl. § 36 og forutsetningslæren, som begge er eksempler på rettsgrunnlag en løftegiver kan påberope seg under norsk rett for å ikke oppfylle sine forpliktelser etter avtalen.

3.3.2 Forutsetningslæren i norsk rett

Forutsetningslæren er et kontraktrevisjonsgrunnlag utviklet gjennom Høyesterettspraksis. Forutsetningslæren er surrogatløsning, hvilket betyr at den kun kommer til anvendelse når den aktuelle forutsetningsbristen ikke er regulert i lovgivning, rettspraksis eller alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.⁶⁷ Avtalefrihetsprinsippet er et sentralt prinsipp på obligasjonsrettens område, og det betyr at dersom avtalen mellom partene regulerer en forutsetningssvikt stenger partenes regulering for anvendelsen av forutsetningslæren.⁶⁸

Forutsetningslæren gir domstolene kompetanse til å sette kontraktsforpliktelser til side, og en begrenset adgang til å endre avtalen ved å tilkjenne vederlagsøkning, når en rekke vilkår foreligger. Spørsmålet i det foreliggende er hvilke vilkår som må foreligge for at en løftegiver i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører skal kunne gis medhold i at hans forpliktelser etter kontrakten er bortfalt etter forutsetningslæren. Før oppgaven går nærmere inn på de fire vilkårene rettspraksis oppstiller for å frigjøre en løftegiver fra vedkommendes forpliktelser etter avtalen, omtales terskelen for å anvende forutsetningslæren i kommersielle transaksjoner mellom profesjonelle aktører.

3.3.2.1 Terskelen for å anvende forutsetningslæren i kommersielle avtaler.

Det fremgår av rettspraksis at det skal mye til for å frigjøre en løftegiver i kommersielle avtaleforhold fra vedkommendes forpliktelser etter avtalen med henvisning til forutsetningslæren. Behovet for forutberegnelighet i kommersielle relasjoner er en grunn til at domstolene er tilbakeholdne når det gjelder å ikke gi rettsvirkning til partenes avtale.

⁶⁷ Jf. Hagstrøm (2012) s. 275-278.

⁶⁸ Ibid.

Dessuten er partene i kommersielle avtaleforhold profesjonelle, og har ofte inngående kunnskap om forholdene på vedkommende område. Det gjør at det er legitimt å stille krav til partene om å ivareta sine interesser på egenhånd, og i tilfeller hvor løftegiver ikke har gjort det som er rimelig å forvente av ham for å ivareta sine interesser, anser domstolene det som legitimt at løftegiver bærer risikoen for forutsetningsbristen. Partene i kommersielle avtaleforhold benytter ofte jurister i forhandlingene og utformingen av avtalen, og har således også innsikt i hvordan domstolene vil bedømme avtalen.

3.3.2.2 Vilkårene for at forutsetningslæren skal komme til anvendelse

Det er et vilkår for anvendelsen av forutsetningslæren at løftet er avgitt under en bestemt forutsetning. Norsk rett forstår begrepet «forutsetning» vidt, slik at både forhold løftegiver hadde i tankene og forhold løftegiver ikke hadde i tankene på avtaleinngåelsestidspunktet, kan utgjøre en forutsetning.⁶⁹

I tillegg er det et vilkår at forutsetningen har vært kausal for løftegivers avgivelse av løftet på avtaleinngåelsestidspunktet, og med det menes at løftet var motivert av forutsetningen.⁷⁰ Videre fremgår det av rettspraksis at løftegiver kun kan påberope seg forutsetninger som var vesentlige. Spørsmålet som reises er således hva som menes med vesentlig forutsetning.

Juridisk teori påpeker at det ikke er et krav for å anse en forutsetning som vesentlig at en løftegiver overhode ikke ville inngått kontrakten, dersom forutsetningen ikke hadde foreligget på avtaleinngåelsestidspunktet. Det kan således være tilstrekkelig at løftegiver ikke ville avgitt et løfte med det innhold, dersom forutsetningen ikke hadde vært tilstede på avtaleinngåelsestidspunktet. Rettspraksis påpeker imidlertid at det ikke er nok at løftegiver ikke ville avgitt et løfte på nøyaktig samme vilkår dersom forutsetningen ikke hadde eksistert

⁶⁹ Jf. Hagstrøm (2012) s. 260.

⁷⁰ Ibid.

på avtaleinngåelsestidspunktet, og det kreves således at forutsetningsbristen ville medført betydningsfulle endringer i avtalevilkårene.

Dessuten kreves det at forutsetningen og dens kausalitet var synbar for løftemottager. Norsk rett skiller mellom to typer forutsetninger, typeforutsetninger og individuelle forutsetninger.⁷¹ Typeforutsetninger er forutsetninger som parter som inngår en bestemt type kontrakt bygger på, og med mindre det finnes konkrete holdepunkter for noe annet, kan man legge til grunn at alle kontraktsparter som inngår den typen kontrakt legger typeforutsetningene til grunn. For eksempel er det en typeforutsetning for skiarrangementer at temperaturene er så lave at det er praktisk mulig å preparere løyper.

Individuelle forutsetninger er på den andre siden ikke typiske forutsetninger for parter som inngår en type kontrakt, og hvorvidt løftegiver kan påberope seg de individuelle forutsetningene avhenger av forutsetningens synbarhet for medkontrahenten. Jo mer utypisk forutsetningen er for en kontraktstype, desto større krav stiller Høyesterett for å anse forutsetningen som synbar for medkontrahenten. Bakgrunnen for at det kreves at løftegiver synliggjør forutsetningene løftegiver bygger på er at det gir løftemottager informasjon om hvordan løftegiver vil agere dersom kontrakten får en uforutsett utvikling. Kravet er således viktig for å ivareta hensynet til forutberegnelighet i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører. For eksempel hvis løftemottager vet at løftegiver kjøper et produkt for et bestemt formål, og den senere utviklingen av produktet viser at det ikke kan benyttes til det aktuelle formålet, gir det løftemottager holdepunkter for at løftegiver vil gå fra avtalen. Løftemottager får således anledning til å begrense sine tap som følge av at løftegiver ikke oppfyller avtalen ved å kontrahere med andre interessenter. Det er særlig viktig i avtaleforhold som gjelder bederverlige varer.

Relevansvilkåret er det siste vilkåret som oppstilles for at forutsetningslæren skal komme til anvendelse. I Rt 1999 s. 922 gjør Høyesterett rede for innholdet i relevansvilkåret. Dommen

⁷¹Jf. Hagstrøm (2012) s. 262.

omhandlet en entreprenørs krav om tilleggsvederlag grunnet vanskeligheter med sveisingen. Det oppsto sprekker i sveisearbeidene. For å avhjelpe dette måtte entreprenøren foreta for- og ettervarming, og det førte til at kostnadene i forbindelse med byggingen av broen økte med 82 millioner kroner. Spørsmålet i saken var om entreprenøren kunne kreve mer vederlag, og læren om bristende forutsetninger var et av grunnlagene som ble påberopt. Høyesteretts flertall formulerer innholdet i relevansvilkåret som et spørsmål om hvilken part som er nærmest til å bære risikoen for utviklingen, og uttaler at spørsmålet også kan formuleres som hva som er en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet. Videre konstaterer flertallet i Rt. 1999 s. 922 at svaret på hvilken part som er nærmest til å bære risikoen for utviklingen må avgjøres på bakgrunn av en sammensatt vurdering. Norsk rett har sluttet seg til den objektive forutsetningslære, og et overordnet hensyn for relevansvurderingen er således å finne frem til en regel som gir rimelige løsninger i den typen kontrakt saken gjelder. Tanken er at den regelen som avgjørelsen treffes på bakgrunn av i et tilfelle skal kunne anvendes i tilsvarende saker. Bransjepraksis er således et naturlig utgangspunkt når domstolene skal ta stilling til hvilken part som er nærmest til å bære risikoen for utviklingen.

Norsk retts tilslutning til den objektive forutsetningslære er ikke til hinder for at domstolene kan ta subjektive forhold i betraktning i relevansvurderingen. Det fremgår av rettspraksis at domstolene etterstreber rimelighet i den saken de har til behandling. For eksempel vil ikke en løftegiver kunne påberope seg en forutsetningssvikt når han burde ha skjønt at forutsetningssvikten ville inntre, eller ansett forutsetningssvikten som en nærliggende mulighet.⁷² I Rt. 1999 s. 922 kom Høyesteretts flertall til at entreprenørens forutsetningssvikt hva gjaldt sveisbarheten av stålet ikke var relevant. Høyesteretts flertall la betydelig vekt på at omfattende faglitteratur som var allment kjent i sveisemiljøer inneholdt informasjon om at det kunne oppstå sprekker i stålet, og at entreprenøren hadde grunn til å regne med for- og ettervarme opp til det nivå som faktisk viste seg nødvendig.⁷³

Verken Høyesterettspraksis eller juridisk teori gir en uttømmende liste over de momenter som inngår i relevansvurderingen. Det gjør at det er vanskelig for en kontraktspart å forutse hvilke

⁷² Jf. Hagstrøm (2012) s. 266.

⁷³ Jf. Rt 1999 s. 922 på s. 938.

forhold domstolene vil ta i betraktning ved avgjørelsen av om en forutsetningssvikt er relevant. Forutberegnelighet er som nevnt viktig i kommersielle transaksjoner mellom profesjonelle aktører, og manglende forutberegnelighet som følge av forutsetningslæren er dermed et moment for at norsk rett er uegnet til å regulere den typen transaksjoner. Juridisk teori har imidlertid utviklet en rekke kategorier forutsetningssvikt med klar løsning for forhold som faller inn under kategorien. Det er med andre ord ikke påkrevd å foreta noen relevansvurdering i disse tilfellene. Juridisk teori nevner fire kategorier forutsetningssvikt som typisk gir løftegiver adgang til å fragå avtalen.⁷⁴

Den første kategorien er at utviklingen etter avtaleinngåelsestidspunktet har gjort at det er blitt farligere å oppfylle avtalen sammenlignet med det som er normalt for den aktuelle avtaletypen. Krig er et eksempel på etterfølgende omstendighet som kan gjøre oppfyllelse farligere. Fareøkningen må imidlertid være vesentlig.⁷⁵

Den andre kategorien er tilfeller hvor det er blitt økonomisk mer byrdefullt å oppfylle, og det omtales ofte som et krav om at det er oppstått misforhold mellom ytelse og motytelse. I Rt. 1999 s. 922 uttaler flertallet at det at en forutsetningssvikt medfører særlig omfattende tap er et selvstendig grunnlag for å tillegge en bristende forutsetning relevans. Høyesterett kom til at merutgifter på 82 millioner i en entreprise verdt 450 millioner kroner, altså en utgiftsøkning på 18, 2 %, var relevant i seg selv. Grunnen til at flertallet ikke tilkjente tilleggsvederlag i denne saken var at tapet på 82 millioner ikke kunne tilskrives forutsetningssvikten alene. For eksempel hadde en stor del av tapet vært unngått dersom entreprenøren hadde startet for- og ettervarming umiddelbart etter at sprekkproblemene ble konstatert.

Rettslige eller fysiske hindringer er den tredje kategorien forutsetningssvikt som omtales i juridisk teori.⁷⁶ Importforbud er et eksempel på en rettslig hindring, og det at tingen er ødelagt er et eksempel på fysisk hindring. Videre må hindringen ha oppstått før leveringsfristen i

⁷⁴ Jf. Hagstrøm (2012) s. 257.

⁷⁵ Ibid

⁷⁶ Jf. Hagstrøm (2012) s.259.

tilfeller hvor forpliktelsen er en engangsyttelse, og grunnen til det er at en løftegiver ikke skal kunne påberope seg forutsetningslæren for å unngå kontraktsbruddansvar i tilfeller hvor han har misligholdt kontrakten.

Den siste kategorien forutsetningssvikt som juridisk teori nevner er svikt som gjør at en part mister interessen i kontraktsforholdet. En part kan i slike tilfeller gå fra en avtale når begge parter forutsetninger etter avtalen feiler. Det vil typisk være tilfellet når begge parter ikke er i stand til å yte det de har bestemt i avtalen.⁷⁷

3.2.2.3 Rettsvirkningene av at vilkårene etter forutsetningslæren foreligger

Forutsetningslæren medfører at en parts forpliktelse etter avtalen bortfaller med virkning for fremtiden. I gjensidig bebyrdende kontraktsforhold vil også medkontrahentens forpliktelse bortfalle. Eksempelvis kan ikke en selger som ikke kan levere et parti soyabønner fordi det er krig kreve at medkontrahenten betaler.

I tillegg gir forutsetningslæren hjemmel for vederlagsøkning.⁷⁸

Formålet med forutsetningslæren er å frita en løftegiver fra forpliktelser etter en kontrakt som er bortfalt, og forutsetningslæren gir således ikke hjemmel til å kreve restitusjon av forpliktelser som er forfalt før forutsetningssviktens inntreden. Spørsmålet om restitusjon må således avgjøres på bakgrunn av andre rettsgrunnlag.

Alminnelige berikelsesbetraktninger er en hjemmel en kontraktspart kan benytte for å kreve tilbakeføring av det vedkommende har ytet under kontrakten. Innholdet av det rettsgrunnlaget

⁷⁷ Ibid. s. 274.

⁷⁸ Jf. Rt 1999 s. 922.

er imidlertid usikkert, og det følger av rettspraksis at restitusjon med utgangspunkt i berikelsesbetraktninger beror på en konkret rimelighetsvurdering.⁷⁹

3.3.3 Avtl. § 36

Avtl. § 36 omtales ofte som en generalklausul i avtaleretten. Grunnen til det er at bestemmelsen kommer til anvendelse i alle typer kontraktsforhold, og er en preseptorisk regel som avtalepartene ikke kan kontrahere seg bort fra.⁸⁰

Bestemmelsen gir domstolene adgang til å sette hele avtalen eller enkelte avtalebestemmelser til side når det vil virke «urimelig» eller være i strid med «god forretningsskikk» å gjøre disse gjeldende. Bestemmelsen gir også hjemmel til å endre avtalen. Avtl. § 36 gir domstolene kompetanse til å både sette til side vilkår som var urimelige på avtaleinngåelsestidspunktet, og vilkår som er blitt urimelige på grunn av utviklingen etter avtaleinngåelsestidspunktet. Spørsmålet som forsøkes besvart i det foreliggende er hva som kreves for at domstolene skal sette en klar avtalebestemmelse til side i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører fordi den er «urimelig» jf. avtl. § 36 (1).

3.3.3.1 Urimehghetsvilkåret i avtl. § 36

Det fremgår av teori og praksis at spørsmålet om det er urimehgh å gjøre et vilkår gjeldende beror på en konkret vurdering, hvor en rekke momenter inngår.⁸¹ Tyngdepunktet for vurderingen etter avtl. § 36 skal legges på oppfyllesestidspunktet⁸², og det er avtalens samlede virkninger på dette tidspunktet som er gjenstand for urimehghetsvurderingen.⁸³

⁷⁹ Jf. Hagstrøm (2012) s. 686.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Hagstrøm (2012) s. 292.

⁸² Ibid s. 291.

⁸³ Ibid.

Videre fremgår det av teori og praksis at Høyesterett har praktisert en høy terskel for å lempe avtaler etter avtl. § 36, særlig i avtaler mellom profesjonelle aktører.⁸⁴ Bakgrunnen for det er at profesjonelle parter ofte har inngående kunnskap på det område de kontraherer på, og evner dermed å ivareta sine interesser på egenhånd. I tillegg inngås kommersielle avtaler mellom profesjonelle aktører ofte etter omfattende forhandlinger, og partene har således både anledning og oppfordring til å reise innsigelser mot avtalevilkår partene ikke er enig i. Dessuten er forutberegnelighet viktig i kommersielle transaksjoner, og hensynet til en part som har innrettet seg etter kontrakten tilsier også at domstolene kun unntaksvis lemper eller setter avtalen til side. I tillegg er slike avtaler ofte et resultat av omfattende forhandlinger, og risikofordelingen i avtalen er med andre ord et resultat av kalkulert risiko.⁸⁵ Det taler for at Høyesterett kun vil tilsidesette en avtale eller et avtalevilkår som er kvalifisert urimelig etter avtl. § 36.

Avtl. § 36 (2) gir eksempler på momenter som er relevante i urimelighetsvurderingen, og slår samtidig fast at oppstillingen av momenter i bestemmelsen ikke er uttømmende.⁸⁶ Ikke-uttømmende angivelse av de momenter som er relevant i urimelighetsvurderingen er et forhold avtl. § 36 kritiseres for av enkelte teoretikere. Grunnen til det er at det er vanskelig for kontraktspartene å forutse hvilke forhold domstolene vil ta i betraktning i en eventuell rettstvist, og det skaper igjen usikkerhet i forhold til hvordan partene må utforme en kontrakt for å unngå at domstolene setter den til side fordi de anser den som urimelig. Forutberegnelighet er viktig i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører, og det at avtl. § 36 ikke ivaretar forutberegnelighetshensynet er således et argument mot norsk retts egenhet til å regulere denne typen transaksjoner.

På den annen side bygger norsk rett på et tillitsforhold mellom den lovgivende forsamling og Høyesterett, og samspillet mellom disse to organene er sentralt for regelutviklingen. Det er vanlig at Stortinget gir lover med generelle ord og uttrykk, og lar det være domstolenes oppgave å presisere innholdet av disse. Det finnes en rekke Høyesterettsavgjørelser som omtaler avtl. § 36, og dens anvendelse i avtaleforhold mellom kommersielle aktører. I det

⁸⁴ Jf. Rt 1999 s. 922, på side 932. Se også Hagstrøm (2012) s. 298, 301.

⁸⁵ Jf. Hagstrøm (2012) s. 301.

⁸⁶ Ibid. s. 289.

foreliggende gjøres det rede for innholdet i avtl. § 36 med utgangspunkt i momentene i avtl. § 36 (2) og tilhørende praksis.

«Partenes stilling» i avtaleforholdet er relevant i urimelighetsvurderingen, og rettspraksis slår fast at terskelen er høy for å anse en avtale som urimelig jf. avtl. § 36 i kommersielle transaksjoner mellom jevnbyrdige parter. Det understrekes av at Høyesterett ikke har tilsidesatt en avtale mellom næringsdrivende med hjemmel i avtl. § 36, til tross for at bestemmelsen har blitt påberopt en rekke ganger. Også i kommersielle kontrakter mellom ikke jevnbyrdige parter vil terskelen for å anse et vilkår som urimelig være høy.⁸⁷

«Avtalens art» et annet moment avtl. § 36 (2) nevner eksplisitt. Det betyr at i tilfeller hvor den etterfølgende rimeligheten er et resultat av at kontraktens iboende risiko har realisert seg, og det er tilfeldig at utviklingen har gått i favør av en part, kan ikke en part som har tapt på utviklingen gis medhold i at avtalen er blitt urimelig. Det vil typisk være tilfellet for internasjonale råvaresalg som er inngått i spekulasjonsøyemed, og andre spekulative kontrakter som aksjekjøp.

I tillegg nevner avtl. § 36 (2) avtalens «innhold». Det fremgår av rettspraksis at ved bedømmelsen av om innholdet er urimelig skal det ses på helheten av avtalen, hvilket betyr at ulempe på et punkt kan oppveies av fordel på et annet punkt.

«Senere inntrådte forhold» er et siste moment avtl. § 36 nevner eksplisitt. Det kan tenkes at utviklingen etter avtaleinngåelsestidspunktet gjør at avtalen mellom partene er blitt urimelig for den ene parten, og det fremgår av Rt. 1988 s. 276 at domstolene kan endre avtalen i slike tilfeller for å unngå fortsatt urimelighet. Rt. 1988 s. 276 omhandler et tilfelle hvor Høyesterett oppregulerte festeavgiften i en langvarig festekontrakt, fordi fallet i pengeverdien gjorde at det oppsto skjevhet i avtaleforholdet. I tillegg til å oppregulere festeavgiften supplerte Høyesterett avtalen med en rett for bortfesteren til å oppregulere festeavgiften for fremtiden, og begrunnelsen for denne retten var at den typen bestemmelser var i samsvar med

⁸⁷ Jf. Hagstrøm (2012) s. 301.

avtalepraksis for langsiktige kontrakter på det tidspunktet Høyesterett behandlet saken. Det kan også tilføyes at den høye terskelen Høyesterett praktiserer for å anse en avtale som urimelig etter avtl § 36 gjør at bestemmelsen i praksis er mest relevant som lempingsgrunnlag for en avtale som er blitt urimelig for den ene parten, på grunn av en irregulær utvikling av forholdene etter avtaleinngåelsestidspunktet.

3.3.4 Adgangen til å si seg fri fra avtaleforpliktelser etter engelsk rett.

3.3.4.1 Frustrasjonslæren

I likhet med norsk rett har engelske domstoler utviklet en hjemmel som begrenser en løftegivers risiko for utviklingen etter avtaleinngåelsestidspunktet, «the doctrine of frustration» (heretter frustrasjonslæren). Frustrasjonslæren ble etablert i Taylor v Caldwell⁸⁸ i 1863, og National Carriers v Panalpina (Northern) Ltd⁸⁹ gjør rede for frustrasjonslæren slik den gjelder i dag.

National Carriers v Panalpina (Northern) Ltd gjaldt avtale om leasing av et lager i Hull i ti år. Leasingavtalen inneholdt en klausul som forbød leietaker å bruke lokalet til andre formål enn lager i forbindelse med sin virksomhet. Fem år ut i leasingperioden stengte offentlige myndigheter den eneste veien inn til lagerbygningen, og gjorde det umulig for leietaker å bruke lageret til det formål som var bestemt i kontrakten. Saken reiste to spørsmål. Det første var om frustrasjonslæren kommer til anvendelse i avtaler om leie av fast eiendom. Det andre spørsmålet var om leietakeren kunne påberope seg frustrasjonslæren til å fragå sin plikt til å betale leie. The House of Lords kom til at frustrasjonslæren kommer til anvendelse også i avtaler om leie av fast eiendom, men at det ikke var grunnlag for å frita leietaker fra å betale jf. frustrasjonslæren.

⁸⁸ Jf. [1863] 122 E.R. 309

⁸⁹ Jf. [1981] A.C. 675

National Carriers v Panalpina (Northern) Ltd at frustrasjonslæren gir således grunnlag til å slutte at frustrasjonslæren i likhet med forutsetningslæren i norsk rett er generell, og kommer til anvendelse i alle typer kontrakter. Frustrasjonslæren er videre i likhet med forutsetningslæren i norsk rett subsidiær, og kommer kun til anvendelse i tilfeller hvor partenes avtale ikke regulerer om det er løftegiver eller løftemottager som skal ha risikoen for den uventede utviklingen.

Frustrasjonslæren oppstiller i motsetning til forutsetningslæren i norsk rett ikke som vilkår at det foreligger en kausal og synbar forutsetningsbrist. Vilkåret for at en løftegiver skal kunne påberope seg utviklingen etter avtaleinngåelsestidspunktet for å fragå sine forpliktelser etter en avtale er at den etterfølgende utviklingen har medført en fundamental endring i forpliktelsens karakter jf. National Carriers v Panalpina (Northern) Ltd. Spørsmålet om forpliktelsen karakter er endret avgjøres på bakgrunn av en helhetsvurdering, og en sammenligning av løftegivers' forpliktelses innhold etter normal utvikling, og løftegivers forpliktelses innhold etter uventet utvikling, vil utgjøre et sentralt punkt i vurderingen.

I motsetning til forutsetningslæren i norsk rett er ikke det at det er blitt mer økonomisk byrdefullt å oppfylle relevant i seg selv jf. Tsakiroglou & Co Ltd v Noblee Thorl GmbH.⁹⁰ Saken omhandler en avtale om salg av jordnøtter. Etter avtaleinngåelsen ble Suez Kanalen stengt, og selgeren måtte frakte peanøtter via en alternativ rute som var tre ganger så lenger som den sedvanlige ruten via Suez Kanalen. Selgerens kostnader økte betydelig, og spørsmålet var om selgeren kunne fragå avtalen jf. frustrasjonslæren. The House of Lords kom til at frustrasjonslæren ikke ga selgeren hjemmel til å fragå avtalen, og uttalte at de økte kostnadene som følge av stengingen av Suez Kanalen ikke var tilstrekkelig til å endre forpliktelsens karakter fundamentalt. Peanøttene var ikke bedervelige varer, og en lengre reisevei ville således ikke påvirke selgerens mulighet til å prestere en kontraktsmessig vare. Juridisk teori⁹¹ slutter motsetningsvis av den overnevnte avgjørelsen at dersom avtalen hadde omhandlet bedervelige varer ville selgeren kunne fragå avtalen, fordi vedkommende uansett ikke ville være i stand til å oppfylle kontrakten. Det illustrerer at frustrasjonslæren oppstiller

⁹⁰ Jf. [1962] AC 93.

⁹¹ Jf. *Chitty on contracts* (2012) s. 1664.

en snevrere adgang for partene til å påberope seg utviklingen etter avtaleinngåelsestidspunktet som grunnlag for å fragå en avtale enn forutsetningslæren i norsk rett.

Det viser at frustrasjonslæren i likhet med læren om bristende forutsetninger i norsk rett bygger på den objektive forutsetningslære. Engelske domstoler spør ikke hvilken betydning en forutsetningsbrist har for den aktuelle løftegiveren, men om forutsetningsbristen etter en objektiv helhetsvurdering kan sies å ha medført en fundamental endring i forpliktelsens innhold.

I likhet med relevansvurderingen etter forutsetningslæren i norsk rett er subjektive momenter også relevant i helhetsvurderingen etter Frustrasjonslæren. Eksempelvis kan ikke en løftegiver påberope seg forhold som vedkommende kunne eller burde ha forutsett på avtaleinngåelsestidspunktet som forutsetningsbrist.⁹² Forutsetninger som svikter på grunn av løftegivers egne valg og handlinger⁹³ kan heller ikke påberopes som forutsetningssvikt.

Engelsk juridisk teori har i likhet med norsk juridisk teori oppstilt en rekke typetilfeller med utgangspunkt i rettspraksis, hvor en løftegiver kan gis medhold i å fragå sine forpliktelser på grunn av utviklingen etter avtaleinngåelsestidspunktet, uten en nærmere vurdering.⁹⁴ I motsetning til norsk teori er innholdet i de kategoriene engelsk teori oppstiller klarere, og det kan understrekes ved at det i motsetning til typetilfellene i norsk rett ikke er mulig å kategorisere et forhold under flere kategorier i engelsk teori. Avlysning av et planlagt arrangement er et eksempel på en kategori forutsetningssvikt i engelsk rett. *Krell v. Henry*⁹⁵ omhandlet en skriftlig kontrakt saksøker hadde inngått med saksøkte om leie av sistnevntes leilighet for å se kroningsopptoget i forbindelse med kroningen av kong Edvard VII. Kong Edvard VII ble syk, og kroningsopptoget ble avlyst. Spørsmålet i saken var om det at kroningsopptoget ble avlyst ga leietaker rett til å gå fra avtalen, og dermed opphevet leietakers plikt til å betale leiesummen. Avtalen inneholdt ikke noen bestemmelse om at kroningsopptoget var formålet med avtalen, men Court of Appeal uttalte at det fremgikk av

⁹² Jf. Anson (2010) s. 490

⁹³ Ibid s. 493

⁹⁴ Jf. *Chitty on contracts* (2012) s. 1648.

⁹⁵ Jf. [1903] 2 K.B. 740

omstendighetene at kroningsopptoget var det eneste formålet med avtalen. Saksøker ønsket å tjene penger ved å leie sin leilighet som hadde god utsikt til gaten hvor toget skulle gå, mens saksøkte ønsket å se kroningsopptoget. Når saksøkte ikke lenger kunne tilby utsikt til kroningsopptoget kunne ikke vedkommende kreve betaling.

I likhet med forutsetningslæren i norsk rett er rettsvirkningen av frustrasjonslæren at løftegivers forpliktelser bortfaller med virkning for fremtiden. Det betyr at løftegiver ikke kan kreve restitusjon av det vedkommende har ytet før inntredelsen av forutsetningssvikten, fordi formålet med frustrasjonslæren i likhet med forutsetningslæren i norsk rett er å frita partene for fremtidige forpliktelser etter en avtale som er bortfalt. Hovedregelen er således at frustrasjonslæren ikke gir løftegiver hjemmel til å kreve restitusjon av det en løftegiver har ytet under kontrakten, og at løftegiver heller ikke kan påberope seg frustrasjonslæren som grunnlag for å si seg fri fra kontraktsforpliktelser som har forfalt før forutsetningssviktens inntreden.

I motsetning til forutsetningslæren i norsk rett oppstiller frustrasjonslæren en snever adgang for en løftegiver til å kreve restitusjon for det en løftegiver har ytet under kontrakten jf. *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd*⁹⁶ (heretter *Fibrosa*). *Fibrosa* omhandlet en avtale om tilvirkning av maskiner inngått mellom en engelsk bedrift, *Fairbairn*, og en polsk bedrift *Fibrosa*. *Fairbairn* skulle utvikle maskiner for *Fibrosa*, og *Fibrosa* var forpliktet til å betale forskudd på 1000 pund. Tilvirkningskontrakten falt senere bort på grunn av at Tyskland invaderte Polen, og England erklærte krig. Spørsmålet i saken var om *Fibrosa* kunne kreve restitusjon av 1000 pund. *Fairbairn* hevdet at *Fibrosa* ikke kunne kreve restitusjon, fordi kontrakten var bortfalt jf. frustrasjonslæren. The House of Lords kom til at *Fibrosa* kunne kreve restitusjon, og begrunnelsen for det var at levering av maskiner var en forutsetning for forskuddsbetalingen, og når maskinene ikke ble levert medførte det at forutsetningen feilet totalt. *Fibrosa* gir imidlertid kun hjemmel til å kreve restitusjon av penger. Vilkåret for restitusjon etter *Fibrosa* er at forutsetningen bak betalingen har feilet totalt, og det betyr at dersom *Fibrosa* hadde mottatt en maskin ville ikke bedriften hatt krav på restitusjon.

⁹⁶ Jf. [1943] A.C. 32

På den andre siden kan en part tilkjennes restitusjon i Fibrosa tilfellene med utgangspunkt i alminnelige berikelsesbetraktninger i norsk rett. Spørsmålet er om det er rimelig at restitusjon finner sted, og det følger av rettspraksis at spørsmålet må avgjøres konkret.⁹⁷

I motsetning til forutsetningslæren i norsk rett gir ikke frustrasjonslæren løftegiver adgang til å kreve vederlagsøkning.

3.3.4.2 «De minimis non curat lex»

Engelsk rett har i motsetning til norsk rett ikke noen generell lovfestet regel som gir domstolene en generell myndighet til å tilsidesette en avtale eller et avtalevilkår på grunn av urimelighet.⁹⁸ Spørsmålet i det foreliggende blir således om det finnes noen rettsgrunnlag i engelsk rett som gir domstolene myndighet til å ikke gi partenes avtale rettsvirkning, når det vil stride mot rimelighet?

Prinsippet «de minimis non curat lex» er et eksempel på et rettsgrunnlag domstolene har utviklet for å avhjelpe urimelighet som følge av at avtalen mellom partene gis rettsvirkning. Prinsippet har et snevert anvendelsesområde, og gjelder kun kontraktsfestet hevingsrett. I engelsk rett gir en løftegivers brudd på forpliktelser som er klassifisert som betingelser i avtalen, en medkontrahent rett til å heve avtalen. Brudd på betingelser gir automatisk rett til å heve, og hevingsretten gjelder uavhengig av hvordan kontraktsbruddet faktisk påvirker medkontrahenten. *Jydske Andels Fodersstofforretning v Grands Moulins de Paris*⁹⁹ (heretter *Jydske*) er et eksempel fra engelsk rettspraksis, hvor «de minimis non curat lex» ble benyttet som grunnlag for å tilsidesette en uttrykkelig bestemmelse. *Jydske* omhandlet en kontrakt om salg av 400 tonn kli. Selgerens forpliktelse om levering hadde et slingringsmonn på 10 %, og var en betingelse. Selgeren leverte 441, 147 tonn kli, og kjøperen hevet kjøpet. Spørsmålet i

⁹⁷ Jf. Hagstrøm (2012) s. 686.

⁹⁸ Jf. McMeel (2011) s. 300.

⁹⁹ Jf. [1931] 39 Ll.L.Rep. 221

saken var om selgeren kunne gis medhold i at kjøperen ikke kunne heve. Domstolen kom til at vektoverskridelsen var uvesentlig, og at kjøperen således hadde hevet urettmessig.

Fordelen med «de minimis non curat lex» er at unntaket gir domstolene myndighet til å ikke gi en kontraktsfestet rett til heving rettsvirkning, når det vil være urimelig overfor den annen part. Unntaket ivaretar således hensynet til fleksibilitet. På den andre siden skaper unntaket uforutsigbarhet, ettersom hva som er «uvesentlig» beror på en konkret vurdering av omstendighetene i et tilfelle.¹⁰⁰

3.3.5 Oppsummering

Både norsk og engelsk rett gir kontraktsparter hjemmel til å fragå sine forpliktelser etter en avtale, når forholdene har utviklet seg annerledes enn det partene forutsatte på avtaleinngåelsestidspunktet. Forutsetningslæren i norsk rett, og frustrasjonslæren oppstiller imidlertid forskjellige vilkår for å frita en løftegiver for vedkommendes plikter etter en avtale. Forutsetningslæren i norsk rett krever at det foreligger en kausal forutsetningsbrist, og at forutsetningsbristen er relevant etter en helhetsvurdering. Formålet med helhetsvurderingen er å finne ut hva som er å anse som rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet. Vilkåret for å frita en løftegiver for en avtaleforpliktelse etter frustrasjonslæren er at utviklingen etter avtaleinngåelsestidspunktet har ført til en fundamental endring av avtaleforpliktelsens karakter. Hvorvidt en forpliktelses karakter er forandret fundamentalt avgjøres på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering, og det legges vekt på den objektive forandringen mellom forpliktelsens karakter under normal forløp på den ene siden, og unormal forløp på den andre siden. Bortsett fra formålet med helhetsvurderingen er det flere likheter mellom relevansvilkåret i norsk forutsetningslære, og vilkåret etter frustrasjonslæren i engelsk rett. Eksempelvis inngår både subjektive og objektive momenter i helhetsvurderingene etter begge rettsgrunnlagene.

I tillegg fremgår det at både norsk og engelsk rett oppstiller unntak fra hovedregelen om at partenes avtale gis rettsvirkning, når det vil være urimelig. Forskjellen er imidlertid at i norsk rett finnes det en generell preseptorisk regel som gir norske domstoler positiv hjemmel til å

¹⁰⁰Jf. Takashi, Koji. *Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities*. Journal of Business Law 2003, (siteret fra HeineOnline). s. 108.

sette en avtale til side, hvis den er urimelig, mens engelske domstoler ikke har en generell hjemmel til å sette avtaler til side som urimelig. Prinsippet «de minimis non curat lex» stenger kun for at en kontraktspart håndhever sin hevingsrett etter en kontrakt på grunnlag av kontraktsbrudd som er uvesentlige.

3.6 «Boilerplate clauses»

3.6.1 Innledning

Tema for dette avsnittet er «boilerplate clauses». «Boilerplate clauses» er en samlebetegnelse for standardklausuler utviklet i engelsk rett. Disse er standard i betydningen at en kontraktspart typisk ønsker å innta den typen klausuler i avtalen, og ikke standard i den betydningen at partene ikke kan modifisere innholdet av klausulene.¹⁰¹ Hovedregelen i både norsk og engelsk kontraktsrett er avtalefrihet. Bruken av «boilerplate clauses» er utbredt i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører. Formålet med dette avsnittet er å undersøke hvorvidt «boilerplate clauses» får rettsvirkning etter henholdsvis engelsk og norsk rett. På grunn av plasshensyn er den foreliggende behandlingen begrenset til to typer «boilerplate clauses»: konvensjonalbøter og integrasjonsklausuler.

Partenes ønske om å oppnå forutberegnelighet og reduksjon av transaksjonskostnader er to sentrale forklaringer på at partene i internasjonale kommersielle transaksjoner inntar «boilerplate clauses» i dere avtaler. Partene i internasjonale transaksjoner kommer fra ulike land, og en part i en internasjonal transaksjon har derfor ofte ikke kunnskap om hvordan en kontraktstype reguleres i medkontrahentens jurisdiksjon. Derfor er det en utbredt praksis i internasjonale kommersielle transaksjoner at partene foretar en detaljert regulering av partenes rettigheter og plikter i avtalen, og på den måten forsøker å gjøre kontrakten uavhengig av bakgrunnsretten. En detaljregulering av partenes rettigheter og plikter krever imidlertid omfattende forhandlinger, som påfører partene betydelig kostnader. Partene i

¹⁰¹Jf. *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law* (2011) s. 131

kommersielle transaksjoner er opptatt av profitt, og derfor ønsker de også å redusere forhandlingskostnadene. En måte å redusere forhandlingskostnadene på er å benytte «boilerplate clauses», og tilpasse dem til egne forhold.

3.6.2 Anvendelsen av «boilerplate clauses» i engelsk rett

Avtalefrihetsprinsippet er hovedregelen i engelsk rett. Avtalefrihetsprinsippet har to sider. På den ene siden gir den partene rett til å bestemme avtaleinnholdet, og på den andre siden pålegger den domstolene å gi rettsvirkning til partenes avtale. Utgangspunktet er således at engelske domstoler vil gi rettsvirkning til en «boilerplate clause» når partene har inntatt en klausul i avtalen. Spørsmålet i det foreliggende er dermed om det finnes preseptoriske regler i engelsk rett som gjør at «boilerplate clauses» ikke får tiltenkt virkning i engelsk rett.

3.6.2.1 Konvensjonalbøter

Liquidated damage clauses brukes om klausuler som utmåler erstatning for fremtidige kontraktsbrudd, kjent som konvensjonalbøter i norsk rett.¹⁰² Et kontraktsbrudd som faller inn under anvendelsesområdet til en konvensjonalbot gir en part som er påført et kontraktsbrudd automatisk rett til erstatning, og den skadelidte trenger således ikke å påvise faktisk tap. Konvensjonalbøter er svært utbredt i avtaler om leie av skip inngått mellom eier av skip og leietaker, også kjent som certepartiforhold. En grunn til at konvensjonalbøter benyttes i certepartiforhold er at slike klausuler gjør det mulig for partene å forutberegne sin rettsstilling som følge av forsinkelsen. Skipets eier vet hvor mye han får i erstatning, og leietakeren vet hvor mye han må betale. Forutberegnelighet med hensyn til konsekvensene av en forsinkelse gjør det mulig for partene å innrette seg etter kontraktsbruddet, og gjør at partene unngår tvister om omfanget av erstatning. Et alternativ til konvensjonalbøter er en utmålingsregel som utbetaler skadelidte erstatning for det faktiske nettotapet¹⁰³ vedkommende har lidd som

¹⁰² Jf. Hagstrøm (2012) s. 672.

¹⁰³ Jf. *Chitty on contracts* (2012) s. 1758

følge av forsinkelsen. En liquidated damage clause sparer dermed skadelidte for utgifter han ville hatt i forbindelse med å skaffe bevis for sitt faktiske tap.

I likhet med andre kontraktbestemmelser fastsettes innholdet av «boilerplate clauses» med utgangspunkt i den alminnelige tolkningslæren i engelsk rett.¹⁰⁴ En objektiv språklig forståelse av ordlyden er hovedregelen i engelsk tolkningslære, og utgangspunktet er således at når partene har inntatt en klausul som utmåler erstatning for fremtidig kontraktsbrudd i avtalen deres, er domstolene forpliktet til å utbetale erstatning etter klausulen.

Det følger imidlertid av *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd*¹⁰⁵ at engelsk rett skiller mellom to typer utmålingsklausuler, konvensjonalbøter og penaltyklausuler, og at det kun er den førstnevnte typen klausuler som tillegges rettsvirkning i engelsk rett.¹⁰⁶ Avgjørelsen omhandler en tvist mellom en dekkprodusent og en dekkforhandler. I følge kontrakten mellom partene kunne ikke dekkforhandleren selge dekkene billigere enn prisen som var bestemt i kontrakten, og et brudd på prisbestemmelsen ga videre dekkprodusenten rett til å kreve 5 pund i erstatning for hvert dekk. Dekkprodusenten krevde erstatning etter klausulen, mens dekkforhandleren krevde at retten tilsidesatte klausulen som «penalty». Retten kom til at klausulen var gyldig, og at dekkprodusenten hadde krav på erstatning etter klausulen. Spørsmålet i det foreliggende er hva som skal til for at domstolene skal kunne sette en klausul som utmåler erstatning for fremtidige kontraktsbrudd til side jf. læren om penaltyklausuler.

En erstatningsutmålingsklausul er å anse som «penalty» når den gir hjemmel til erstatning utover det som kan sies å utgjøre en reell forhåndsberegning av medkontrahentens tap som følge av kontraktsbruddet, og størrelsen på erstatningen er således avgjørende for hvorvidt en utmålingsklausul klassifiseres som konvensjonalbot eller penaltyklausul. Hvorvidt en erstatningsutmålingsklausul er en «penalty» avgjøres på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering, med utgangspunkt i forholdene på avtaleinngåelsestidspunktet. For eksempel vil en erstatningsutmålingsklausul utgjøre en «penalty» når erstatningssummen som

¹⁰⁴ Jf. McMeel (2011) s. 667.

¹⁰⁵ Jf. [1915] A.C. 79.

¹⁰⁶ Se Hagstrøm (2012) s. 672.

den gir anvisning på er ekstravagant eller samvittighetsløs i forhold til det høyeste tenkelige tapet en medkontrahent kan bli påført som følge av kontraktsbruddet. Det viser at det kreves at forhåndsberegningen av erstatning må være betydelig høyere enn medkontrahentens sannsynlige tap, og at terskelen for å tilsidesette en utmålingsklausul som «penalty» er høy.

3.6.2.2 Integrasjonsklausuler

«Entire agreement clauses» er en betegnelse som brukes om uttrykkelige formuleringer om at avtaledokumentet utgjør en uttømmende regulering av rettsforholdet mellom partene, og integrasjonsklausuler¹⁰⁷ er det uttrykket norsk teori benytter om slike klausuler. Det er vanlig å skille mellom integrasjonsklausuler i snever, og integrasjonsklausuler i vid forstand.¹⁰⁸ Integrasjonsklausuler i snever forstand omfatter klausuler som sier at avtaledokumentet regulerer rettighetene og pliktene til partene på en uttømmende måte, mens integrasjonsklausuler i vid forstand også inneholder erklæringer om at partene ikke har bygget på opplysninger eller erklæringer som ikke fremgår av kontrakt dokumentet. Videre behandles integrasjonsklausuler i vid forstand, ettersom det er slike klausuler som er mest utbredt i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører.

Grunnen til at kommersielle aktører inntar integrasjonsklausuler i deres kontrakt er at de ønsker å forsikre seg om at domstolene ikke tilkjenner partene rettigheter, og pålegger dem plikter som ikke fremgår av avtalen. Forutsetningen for at partene skal oppnå sin målsetting om forutberegnelig rettsstilling er at domstolene gir rettsvirkning til slike klausuler.¹⁰⁹ I det foreliggende undersøker oppgaven hvorvidt engelske domstoler gir rettsvirkning til integrasjonsklausuler.

Avtalefrihetsprinsippet gjør at utgangspunktet er at i tilfeller hvor partene har bestemt at kontrakt dokumentet foretar en uttømmende regulering av rettsforholdet mellom partene, skal domstolene legge det til grunn.

¹⁰⁷ Jf. Haaskjold (2013) s. 185, 355.

¹⁰⁸ Jf. *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law* (2011) s. 136-138.

¹⁰⁹ *Ibid* s. 138

Innholdet i integrasjonsklausuler avgjøres imidlertid i likhet med andre kontraktbestemmelser med utgangspunkt i den alminnelige tolkningslæren i engelsk rett. Det fremgår av *Investors v West Bromwich*¹¹⁰ at domstolene kan legge vekt på alle forhold som var tilgjengelige på avtaleinngåelsestidspunktet, og at forarbeider og bevis om partenes intensjoner ikke kan tillegges vekt. Spørsmålet i det foreliggende blir således om det at partene har inntatt en integrasjonsklausul gjør at domstolene ikke kan ta i betraktning forhold utenfor avtalen.

Rettspraksis viser at engelske domstoler behandler integrasjonsklausuler som en uttrykkelig regulering av «the parol evidence rule»¹¹¹, og det innebærer at slike klausuler gir en presumsjon for at partenes avtale foretar en uttømmende regulering av partenes rettigheter og plikter etter avtalen.¹¹² Integrasjonsklausuler fører med andre ord ikke til at domstolene ikke kan ta andre tolkningsmomenter enn avtaledokumentet i betraktning, når domstolen skal avgjøre om avtalen innebærer en uttømmende regulering av rettsforholdet mellom partene. Terskelen for å avvike ordlyden i partenes avtale med henvisning til forhold utenfor avtaledokumentet vil imidlertid være høyere enn om avtalen ikke hadde hatt en slik regulering, og det vil særlig gjelde i kontraktsforhold hvor begge parter har hatt juridisk bistand.¹¹³

Det neste spørsmålet som reises er om integrasjonsklausuler gjør at domstolene ikke kan utfylle partenes avtale.

Det følger av praksis og teori at en integrasjonsklausul ikke er til hinder for at domstolene kan utfylle avtalen med rettigheter og plikter, men terskelen for å utfylle avtalen er imidlertid høy. For eksempel vil domstolene kunne foreta en konkret utfylling av avtalen når partenes avtale ikke regulerer et forhold.¹¹⁴ Det er en rimelig regel, ettersom det er lite sannsynlig at partenes avtale regulerer alle potensielle forhold som kan oppstå som følge av avtalen. I tillegg følger det av teori og praksis at praksis tolker integrasjonsklausuler strengt, og ofte møter ikke

¹¹⁰ Jf. [1998] 1 WLR 896.

¹¹¹ Jf. McMeel (2011) s. 691

¹¹² Ibid s. 691-692. Se også *Chitty on Contracts* (2012) s. 966.

¹¹³ Jf. McMeel (2011) s. 732.

¹¹⁴ Ibid s. 372.

integrasjonsklausulene de klarhetskravene praksis har oppstilt for å akseptere at partene har ment å ekskludere deklarasjonsregler som gjelder på et område.¹¹⁵

3.6.3 Anvendelsen av «boilerplate clauses» i norsk rett

3.6.3.1 Konvensjonalbøter

Konvensjonalbøter er det norske uttrykket for klausuler som forhåndsberegner erstatning for mulige kontraktsbrudd, og dagmulkt er betegnelsen som benyttes for forhåndsfastsatt erstatning for forsinkelse.¹¹⁶ I motsetning til engelsk rett skiller ikke norsk rett mellom utmålingsklausuler som gis rettsvirkning (liquidated damage clauses), og utmålingsklausuler som ikke gis rettsvirkning (penalty clauses).¹¹⁷ Hovedregelen i norsk rett er således at partene står fritt til å innta utmålingsklausuler som tilkjenner erstatning utover det som kan sies å være en rimelig forhåndsberegning av tapene i forbindelse med et kontraktsbrudd. Partene kan imidlertid ikke påberope seg avtalefrihetsprinsippet som grunnlag for å sette preseptoriske regler til side, og norske domstoler kan dermed sette en utmålingsklausul til side når den er urimelig etter avtl. § 36.¹¹⁸

Rt. 1934 s. 507 gjør rede for adgangen til å sette en konvensjonalbot til side i norsk rett, og siden avtl. § 36 viderefører rettstilstanden før bestemmelsen ble vedtatt er dommen fortsatt relevant.¹¹⁹ Saken omhandler et skipsverfts krav om lempning av dagmulkt som verftet var forpliktet til å betale til medkontrahenten som følge av forsinket utførelse av reparasjonsarbeider på et hvalkokeri. Det følger av dommen at avtl. § 36 oppstiller en snever adgang til å sette en konvensjonalbot til side, og at avtl. § 36 kun gir hjemmel til å sette en konvensjonalbot til side når det vil innebære misbruk av rett å gjøre konvensjonalboten gjeldende. Hvorvidt det vil være urimelig å gjøre en konvensjonalbot gjeldende beror videre på en konkret helhetsvurdering, og urimelighet på et punkt kan erstattes av rimelige vilkår på andre punkter. Størrelsen på konvensjonalboten sammenlignet med de faktiske tap den part

¹¹⁵ Ibid s. 728-729.

¹¹⁶ Jf. Hagstrøm (2012) s. 651

¹¹⁷ Ibid s. 672.

¹¹⁸ Ibid. s. 654.

¹¹⁹ Ibid s. 659.

som er berettiget til konvensjonalboten er påført, vil bare være et element i vurdering etter avtl. § 36, og ikke avgjørende slik som i læren om penaltyklausuler i engelsk rett. Det viser at det skal mer til for å sette en konvensjonalbot til side fordi den er for høy etter avtl. § 36 enn etter læren om penaltyklausuler i engelsk rett, og det kan tale for at norsk rett gir størst sikkerhet for at en konvensjonalbot tillegges rettsvirkning.

På den andre siden fremgår det av teori og praksis at avtl. § 36, i motsetning til læren om penaltyklausuler i engelsk rett, også gir hjemmel til å tilsidesette urimelig lave konvensjonalbøter. Slike klausuler kan bli ansett som ansvarsfraskrivelse i norsk rett, og kan sensureres med hjemmel i avtl. § 36.¹²⁰ Størrelsen på konvensjonalboten, og grovheten av kontraktsbruddet vil være sentrale elementer i urimelighetsvurderingen. Det følger av rettspraksis og teori at en konvensjonalbot kan settes til side når den er så lav at et objektivt sett alvorlig kontraktsbrudd blir uten følger om konvensjonalboten tillegges rettsvirkning.¹²¹

3.6.3.2 Integrasjonsklausuler

I motsetning til engelsk rett har ikke norsk rett bevisavskjæringsregler tilsvarende «the parol evidence rule» i engelsk rett.¹²² Utgangspunktet i norsk rett er således fri bevisføring, og partene er i motsetning til engelsk rett ikke avskåret fra å føre bevis som motbeviser det som følger av kontrakten.¹²³ Avtalefrihetsprinsippet gir imidlertid partene rett til å innta en slik klausul i avtalen deres, og spørsmålet er om det at avtalen inneholder en integrasjonsklausul innskrenker norske domstolars adgang til å ta i betraktning forhold utenfor avtalen.

Høyesterett har ikke tolket integrasjonsklausuler dithen at de innskrenker de tolkningsdataene norske domstoler kan ta i betraktning. Rt. 1992 s. 796 omhandler en avtale som inneholdt en integrasjonsklausul, og en lovvalgklausul til fordel for staten New Yorks rett. Tvisten gjaldt det økonomiske oppgjøret i forbindelse med oppsigelse av en tappekontrakt. Høyesterett uttalte at det at avtalen inneholdt en integrasjonsklausul ikke kunne tillegges avgjørende

¹²⁰ Jf. Hagstrøm (2012) s. 650

¹²¹ Ibid s. 662.

¹²² Ibid. s.127.

¹²³ Ibid s. 140.

betydning, og spørsmålet i saken måtte avgjøres på bakgrunn av en helhetlig tolkning i samsvar med den alminnelige tolkningslæren i norsk rett. Høyesterett kom til at spørsmålet om det økonomiske oppgjøret ikke var avgjort i kontrakten, og at kontrakten måtte utfylles på dette punktet. En slutning som kan tenkes fra avgjørelsen er at det at partene har inntatt en integrasjonsklausul i avtalen ikke gir sikkerhet for at domstolene ikke vil ta i betraktning forhold utenfor avtalen. Juridisk teori påpeker imidlertid at en integrasjonsklausul kan få betydning for hvilken vekt domstolene vil tillegge forhold utenfor avtalen.¹²⁴

En annen slutning som kan trekkes fra dommen er at integrasjonsklausuler heller ikke er til hinder for at domstolene skal kunne utfylle avtalen med rettigheter og plikter, men kun får betydning for hva domstolene velger å utfylle med, og at domstolene i slike tilfeller ofte vil utfylle avtalen med en bestemmelse som virker fornuftig og rimelig etter en helhetsvurdering.¹²⁵ Kort oppsummert foretrekker norsk rett i likhet med engelsk rett å foreta en konkret utfylling av partenes avtale.

I tillegg gjelder det en generell lojalitetsplikt i norsk rett, og partene er bundet av denne uavhengig av om en slik plikt er inntatt i kontrakten. Den alminnelige lojalitetsplikten gir med andre ord adgang til å innfortolke rettigheter og plikter i partenes avtale. Det at det gjelder en alminnelig lojalitetsplikt i norsk rett kan tale for at norske domstolers terskel for å utfylle partenes avtale er lavere, ettersom domstolene ikke foretar tilføyelser til avtalen. Det taler igjen for at det er mer sannsynlig at norske domstoler ikke vil respektere integrasjonsklausuler enn engelske domstoler.

Videre anser Høyesterett rimelighet som det overordnede formålet med tolkningen. Rt. 1922 s. 308 omhandler spørsmålet om heving i en tilvirkningskontrakt inngått mellom kommersielle aktører. Etter den opphevede kjøpsloven av 1907 § 21 utgjorde enhver forsinkelse i kommersielle avtaler et vesentlig kontraktsbrudd, slik at den parten som ble utsatt for forsinkelsen kunne heve. Høyesteretts flertall kom til at kjøperen ikke kunne heve avtalen. Sentralt i begrunnelsen var at kontrakten gjaldt maskiner som var tilvirket for

¹²⁴ Jf. Haaskjold (2013) s. 191 i petitavsnitt.

¹²⁵ Ibid s. 190, 355.

kjøperen, og det gjorde at deres omsettelighet var begrenset. En heving ville således ramme selgeren hardt. I tillegg var kjøperens interesser ved forsinkelse vernet i avtalen i form av en dagmulktklausul. Det at Høyesterett har satt uttrykkelige lovregler til side med henvisning til generelle rimelighetsbetraktninger viser at generelle rimelighetsbetraktninger også kan lede til at integrasjonsklausuler ikke tillegges virkning i norsk rett.

Avtl. § 36 er preseptorisk regel, og partene kan således ikke benytte en integrasjonsklausul som middel for å sikre at urimelige avtaler gis rettsvirkning i norsk rett.

3.6.4 Oppsummering

Den generelle slutningen om anvendelsen av «boilerplate clauses» som kan trekkes på bakgrunn av behandlingen overfor er at slike klausuler ikke alltid vil bli tillagt virkning i norsk rett. For eksempel viser rettspraksis at norske domstoler anser rimelighet som et formål med tolkningen, og at uttrykkelige kontraktbestemmelser kan settes til side når det vil være urimelig å håndheve dem.

I likhet med norsk rett er engelske domstoler også opptatt av rimelighet i kontraktsforhold, men i motsetning til Høyesterett setter ikke engelske domstoler uttrykkelige kontraktbestemmelser til side med henvisning til generelle rimelighetsbetraktninger. Det gjør at «boilerplate clauses» vil tillegges rettsvirkning i engelsk rett, med mindre de omfattes av de uttrykkelige unntakshjemplene som gjelder for en slik klausul. Eksempelvis vil konvensjonalbøter komme til anvendelse når de ikke er å anse som penalties. Det at «boilerplate clauses» bare fratras rettsvirkning i tilfeller hvor det gjelder et uttrykkelig unntak gjør det mulig for partene å forutberegne sin rettsstilling.

4. Er norsk eller engelsk rett best egnet til å regulere internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører?

4.1 Innledning

Sammenligningen av norsk og engelsk rett på disse fire punktene har vist at det er flere likheter mellom norsk og engelsk rett. For eksempel har rettspraksis i begge rettssystemene utviklet rettsgrunnlag som gir partene hjemmel til å fragå en avtale, når forholdene utvikler seg på en uventet måte etter avtaleinngåelsestidspunktet.

På den andre siden er rettsvirkningen av frustrasjonslæren i engelsk rett, og forutsetningslæren i norsk rett forskjellig. Eksempelvis gir ikke førstnevnte domstolene adgang til å tilkjenne vederlagsøkning, og anvendelsen av frustrasjonslæren medfører således at avtalen tilsidesettes i sin helhet. Forutsetningslæren gir imidlertid domstolene adgang til å tilkjenne vederlagsøkning, og det at vilkårene for forutsetningslæren er oppfylt betyr dermed ikke at domstolene må sette avtalen til side.

Det er forskjellene mellom norsk og engelsk rett på disse fire punktene som er tema for dette avsnittet. Spørsmålet er hvilken betydning de forskjellene som er påvist i sammenligningsdelen har for de tre hensynene som gjør seg gjeldende på kontraktsrettens område: forutberegnelighet, fleksibilitet og paretoeffektivitet. Fremstillingen videre er inndelt i fire underpunkter, og hvert underpunkt behandler forskjellene på et av sammenligningspunktene.

4.2 Tolkingslæren

4.2.1 «The parol evidence rule» gjelder ikke i norsk rett

Fravær av «the parol evidence rule» i norsk rett gjør at domstolene kan ta i betraktning alle forhold i tolkningsprosessen, også forhold som kaster lys over partenes intensjoner og

forhandlingsdokumenter. Avtaleforarbeider og bevis om partenes intensjoner avskjæres på den andre siden i engelsk rett jf. «the parol evidence rule». Fordelen med fri bevisføring er at det øker sannsynligheten for at domstolene kan finne frem til hva partene faktisk har ment. Eksempelvis kan e-postkorrespondansen vise at en part har orientert den andre parten om at han forsto avtalen på en bestemt måte. En regel som sikrer at partenes faktiske forståelse legges til grunn er rimelig, og tolkningslæren i norsk rett er dermed mer fleksibel enn engelsk rett.

En annen fordel med en regel om fri bevisføring er at partene kan spare forhandlingskostnader. Det at domstolene kan ta i betraktning tidligere e-postkorrespondanse og avtaleforarbeider gjør at partene ikke trenger å utforme detaljerte avtaler, ettersom forhandlingsdokumentene er relevante når domstolene skal ta stilling til partenes rettsstilling. Begge parter sparer penger, og det gjør at det oppnås paretoforbedring.

På den andre siden inneholder forhandlingsdokumenter uttalelser som trekker i ulik retning, og det kan føre til at prosesskostnadene i forbindelse med en eventuell rettssak øker. En part som vet at han vil tape saken kan fremsette motsigende uttalelser for å kjøpe seg tid får tid til å samle midler han eventuelt må betale motparten som følge av en avgjørelse i mot seg.

Det at domstolene kan legge vekt på forhold som ikke fremgår av dokumentet gjør at en part ikke kan være sikker på at avtaledokumentet regulerer rettsforholdet mellom partene på en uttømmende måte. «The parol evidence rule» gjør at engelsk tolkningslære er mer forutberegnelig enn tolkningslæren i norsk rett. Engelsk rett mer egnet til å regulere kontrakter som er gjenstand for overdragelse til tredjemann, som for eksempel internasjonal råvaresalg som inngås i spekulasjonsøyemed.

4.2.2 Rimelighet er ikke et overordnet formål med tolkning etter engelsk rett

Rimelig byrdefordeling er et overordnet formål med tolkningsprosessen i norsk rett. Nyere rettspraksis viser at Høyesterett har utviklet en tilbakeholden holdning hva gjelder å

tilsidesette klar ordlyd med henvisning til rimelighetsbetraktninger.¹²⁶ Det taler for at norsk rett tilnærmer seg engelsk rett på dette punktet, og spørsmålet i det foreliggende er således om det er en positiv utvikling.

Fordelen med denne rettsutviklingen er at rettstilstanden blir mer forutberegnelig, ettersom domstolene ikke tilsidesetter klar ordlyd med henvisning til generelle rimelighetsbetraktninger. Internasjonale kommersielle transaksjoner mellom profesjonelle aktører er ofte resultat av omfattende forhandlinger, og de klausuler som er inntatt er som regel velfunderte. Hertil kommer at kommersielle parter ofte innretter seg etter avtalen.

På den andre siden er ikke internasjonale kommersielle transaksjoner homogene, og det er ikke alltid gitt at forutberegnelighetshensynet må gis gjennomslag. I noen kontraktsforhold kan hensynet til å oppnå rimelige resultater være tungtveiende. Eksempelvis tilvirkningskontrakter. Forutsatt at avtalen mellom selger og kjøper gir sistnevnte hevingsrett som følge av en forsinkelse, og førstnevnte blir forsinket med å levere. Forsinkelsen er videre uten betydning for kjøper, mens selgeren blir sittende igjen med omfattende tap som følge av at han ikke får solgt varen. Det viser at streng ordlydsfortolkning kan medføre at domstolene ikke kan komme frem til rimelige resultater i en konkret tvist.

Forutsatt at kjøperen fremdeles trenger varen vil streng ordlydsfortolkning i det overnevnte eksemplet også være i strid med paretokriteriet. Kjøperen vil bli påført forhandlingskostnader når han skal inngå avtale med en annen part, mens selgeren sitter igjen med en ting han ikke trenger. Gjennomføringen av kontrakten er således i begges interesse, og en paretoforbedring kan således oppnås dersom ordlyden tilsidesettes.

4.3 Lojalitetsplikten

I norsk rett gjelder en generell lojalitetsplikt, og når Høyesterett utleder rettigheter og plikter med hjemmel i lojalitetsplikten medfører det ikke noen tilføyelser til partenes avtale. I

¹²⁶ Cordero-Moss, Giuditta. *Europeisk og norsk kontraktsrett i utakt*. Lov og Rett 2012 (sisert via Lovdata). s.1-2

engelsk rett kan domstolene utfylle avtalen konkret med en slik plikt, og det kreves således holdepunkter for at partene har ment å innta en slik plikt i avtalen. Det kan tale for at terskelen for å utlede rettigheter og plikter med hjemmel i lojalitetsplikten er høyere i engelsk rett enn i norsk rett, og det taler igjen for at norsk rett er mer rimelig enn engelsk rett.

I tillegg bidrar en generell lojalitetsplikt til å skape forutberegnelighet, fordi når partene vet at en plikt eksisterer kan de rette seg etter den. I engelsk rett må spørsmålet om det gjelder en lojalitetsplikt avgjøres etter en tolkning, og partene vet således ikke hva domstolene vil komme til. Norsk retts regulering av lojalitetsplikten er mer forutsigbar enn engelsk rett.

I følge Coase-teoremet er samarbeid mellom partene en forutsetning for at effektivitet skal oppnås. Det at terskelen for å pålegge partene rettigheter og plikter etter lojalitetsprinsippet er høyere i engelsk rett enn norsk rett taler for at norsk rett er mer i samsvar med paretokriteriet.

4.4 Forutsetningslæren og avtl. § 36

4.4.1 Forutsetningslæren og frustrasjonslæren

Hovedforskjellen mellom forutsetningslæren og frustrasjonslæren er at sistnevnte ikke gir domstolene hjemmel til å tilkjenne vederlagsøkning. Norsk rett er således mer fleksibel, fordi den gir domstolene mulighet til å ikke tilsidesette avtalen i tilfeller hvor det vil være urimelig overfor den andre parten, etter en konkret vurdering. Det vil for eksempel være tilfellet når en part har gjort omfattende investeringer i kontrakten.

Når avtalen blir tilsidesatt må partene finne seg en ny medkontrahent, og det søket påfører dem transaksjonskostnader. Gjennomføring av avtaleforholdet med endrede betingelser skaper paretoforbedring, og fleksibiliteten avtl. § 36 skaper gir rom for å oppnå paretoeffektivitet.

På den andre siden er terskelen for å tilsidesette en avtale med hjemmel i frustrasjonslæren høyere enn terskelen for å tilsidesette en avtale med hjemmel i forutsetningslæren. Førstnevnte gir således større sikkerhet for at avtalen gis rettsvirkning, og er bedre egnet til å ivareta forutberegnelighetshensynet.

4.4.2 Engelsk rett har ikke en generell urimelighetsregel tilsvarende avtl. § 36 i norsk rett

Det at engelsk rett ikke har en generell urimelighetsregel tilsvarende avtl. § 36 gjør engelsk rett mer forutberegnelig, ettersom avtaler vil tillegges rettsvirkning med mindre det finnes en uttrykkelig hjemmel som tilsier det motsatte. Riktignok er det kun unntaksvis at avtl. § 36 vil lempe avtaler mellom profesjonelle aktører, men bare det at det er en mulighet skaper uforutsigbarhet.

Det at norske domstoler har en generell hjemmel til å tilsidesette urimelige avtaler og urimelige avtalevilkår gjør at norsk rett er mer fleksibel.

Dersom paretoeffektivitet er en målsetting må domstolene praktisere urimelighetsvilkåret slik at de kun tilsidesetter avtaler som ikke er paretoeffektive.

4.5 «Boilerplate clauses»

4.5.1 Konvensjonalbøter

Konvensjonalbøter gis rettsvirkning i engelsk rett, såfremt de ikke er penalty. Det gjør at engelsk rett er mer forutberegnelig enn norsk rett, hvor spørsmålet om en konvensjonalbot gis rettsvirkning beror på avtl. § 36.

På den andre siden er rettstilstanden etter norsk rett mer fleksibel, ettersom avtl. § 36 også gir hjemmel til å tilsidesette konvensjonalbøter som gir anvisning på erstatning som er lavere enn skadelidtes sannsynlige tap.

Fleksibiliteten som avtl. § 36 og vektleggingen av rimelighetsbetraktninger skaper gjør at norske domstoler kan tilsidesette konvensjonalbøter, når paretoforbedring kan oppnås.

4.5.2 Integrasjonsklausuler

Det at det overordnede formålet med tolkningen etter norsk rett er rimelig byrdefordeling i avtaleforholdet gjør at integrasjonsklausuler ikke alltid vil tillegges rettsvirkning i norsk rett. Rimelighet er på den andre siden ikke et overordnet formål med tolkningen etter engelsk rett, og det gjør at integrasjonsklausuler ofte tillegges rettsvirkning i engelsk rett. Engelsk rett er således mer foruteberegnet enn norsk rett.

På den andre siden er norsk rett mer fleksibel, ettersom norsk rett gir domstolene mulighet til å se bort fra integrasjonsklausuler, når det ikke fører til et rimelig resultat.

Paretoeffektivitet tilsier at integrasjonsklausuler tillegges rettsvirkning kun når den ressursallokeringen avtalen foretar er effektiv.

5. Konklusjon

Både norsk og engelsk rett ivaretar de tre hensynene som gjør seg gjeldende i internasjonale transaksjoner mellom kommersielle aktører. Engelsk rett er imidlertid mest forutberegnelig, og norsk rett er mest fleksibel. Det at norsk rett er mer fleksibel enn engelsk rett bidrar videre til at førstnevnte er mer egnet enn sistnevnte til å oppnå paretoeffektivitet. Kommerielle aktører er opptatt av profitt, og det er transaksjonskostnadene som gjør at partenes avtale ikke allokterer partenes rettigheter og plikter på en paretoeffektiv måte. Norsk rett ivaretar således interessene til partene i internasjonale kommersielle transaksjoner, og det er et tungtveiende argument for at norsk rett er velegnet til å regulere slike transaksjoner.

Om det er norsk eller engelsk rett som er mest egnet til å regulere internasjonale transaksjoner mellom kommersielle parter beror videre på hvilket hensyn som er viktigst i en type transaksjon. Eksempelvis er forutberegnelighetshensynet sentralt i internasjonal råvaresalg som inngås i spekulasjonsøyemed, fordi tredjemenn bygger sin rettsposisjon på slike avtaler. Engelsk rett legger mer vekt på ordlyden enn norsk rett, og det taler for at engelsk rett er mer egnet enn norsk rett til å regulere slike transaksjoner. Flexibiliteten i norsk gjør det mulig for norske domstoler å avsi avgjørelser som er rimelige i konkrete tilfeller, og det gjør at norsk rett er mer egnet for kontraktsforhold som bygger på tillit mellom partene.

Litteraturliste

- Anson, William Reynell og Jack Beatson. *Anson's law on contracts*. 29th ed. Oxford, 2010.
- Brownsword, Roger. *Contract Law: themes for the twenty-first Century*. 2ed. Oxford 2006.
- Bridge, Michael. *UNIFORMITY AND DIVERSITY IN THE LAW OF INTERNATIONAL SALE*. I: 15 Pace International Law Review 2003, s. 55-88 (siteret fra HeineOnline).
- Chitty on Contracts*. Vol I: General principles. Joseph Chitty... 31st ed. London, 2012.
- Cooter, Robert and Thomas Ulen. *Law & Economics*. sixth ed. Boston, 2012.
- Cordero-Moss, Giuditta. *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable law*. Cambridge, 2011.
- Cordero-Moss, Giuditta. *Europeisk og norsk kontraktsrett i utakt*. I: Lov og Rett 2012 s.1-2 (siteret via Lovdata).
- Eide, Erling og Endre Stavang. *Rettsøkonomi*. Oslo, 2008.
- Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*. 2 utg. Oslo, 2013.
- Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke. *Obligasjonsrett*. 2 utg. Oslo, 2012.
- Hov, Jo. *Avtaleslutning, og ugyldighet: Kontraktsrett I*. 3 utg. Oslo, 2002.
- MacNeil, Iain. *Uncertainty in Commercial Law*. I: 13 Edinburgh Law Review 2009 s. 68-100. (siteret fra HeineOnline)
- McMeel, Gerrard. *The Construction of Commercial Contracts: Interpretation, Implication and Rectification*. 2nd ed. Oxford, 2011.
- Mikelsen, Anders. *Henvisninger til engelsk rett i kontrakter underlagt norsk rett*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2008 s. 532-560 (siteret fra Lovdata).
- Takashi, Koji. *Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities*. Journal of Business Law 2003, s. 102-130. (siteret fra HeineOnline).
- Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 7 utg. Oslo, 2009.
- Zhou, Qi. *CISG Versus English Sales Law: An Unfair Competition (October 10, 2011)*. Tilgjengelig på SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1941845> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1941845>

Norske dommer

Rt. 1922 s. 308
Rt. 1971 s. 144.
Rt.1987 s. 1022.
Rt. 1988 s. 1078.
Rt. 1988 s. 276
Rt. 1992 s. 796.
Rt. 1999 s. 922.

Rt. 1996 s. 1696.
Rt. 2002 s. 1155.
Rt. 2005 s. 268.
Rt. 2010 s. 961.
Rt. 2011 s. 1553.
Rt. 2012 s. 1649

Engelske dommer

Taylor v Caldwell [1863] 122 E.R. 309

Krell v Henry [1903] 2 K.B. 740

Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd [1915] A.C. 79

Jydsk Andels Fodersstofforretning v Grands Moulins de Paris [1931] 39 Ll.L.Rep. 221

Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd [1943] A.C. 32

Tsakiroglou & Co Ltd v Noblee Thorl GmbH [1962] AC 93

Wickman Machine Tools Sales Limited v Schuler AG [1974] AC 235

National Carriers v Panalpina (Northern) Ltd [1981] A.C. 675

Walford v Miles [1992] 2 AC 128

Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society [1998] 1 WLR 896

Rainy Sky SA v Kookmin Bank [2011] 1 WLR 2900

Yam Seng Pte Limited v International Corporation Limited [2013] EWHC 111 (QB)

Norsk lovgivning

1907 Lov om kjøb (kjøpsloven av 1907) av
24. mai 1907 nr. 2

1918 Lov om avslutning av avtaler,
om fuldmagt og ugyldige

viljeserklæringer (avtaleloven) av
31. mai 1918. nr. 4.

1988

Lov om kjøp (kjøpsloven av 1988) av 13. mai
1988 nr. 27.

Norske lovforarbeider

NOU 2009:4

Tiltak mot skatteunndragelser

