

Rettslige konsekvenser av koronavirusutbruddet:

Avtalerevisjon

I vår artikkel i Revisjon og Regnskap 3-2020, redegjorde vi for hovedtrekkene i den kontraktsrettslige reguleringen av force majeure og såkalte «change of law»-klausuler. I denne artikkelen skal vi gi en oversikt over reglene om kontraktsrevisjon.



Advokat
Gro Løge
Advokatfirmaet Selmer



Advokat
Eirik Høiby
Advokatfirmaet Selmer

Utbruddet av koronaviruset vil føre til at oppfyllelsen av en rekke kontrakter blir betydelig vanskeligjort, og at mange kontrakter ikke vil la seg oppfylle i det hele tatt. I tillegg har utbruddet dramatiske konsekvenser for verdensøkonomien, og har sammen med det tilnærmede sammenbruddet i oljeprisen ført til store fall i aksjemarkedene og økt konkursrisiko i en rekke bransjer. Dette kan aktualisere krav om avtalerevisjon i flere og ulike typer kontraktsforhold.

Spørsmålet vi behandler nedenfor er hvordan de norske reglene om avtalerevisjon er utformet, og hvordan disse reglene kan komme til anvendelse på kontrakter som utvikler seg annerledes enn det partene forventet da de ble inngått. Vår analyse vil fokusere på avtaler som er inngått før koronavirusutbruddet ble kjent. For kontrakter som er inngått etter utbruddet, vil det neppe være grunnlag for å benytte avtalerevisjonsreglene. Dette skyldes at begge parter fra dette tidspunkt må anses for å ha kjent til virusutbruddet, med den konsekvensen at de som den klare hovedregelen selv må bære risikoen for hvordan utbruddet påvirker kontraktsoppfyllelsen.

Fremstillingen nedenfor er basert på norsk rett. Både Danmark og Sverige har imidlertid relativt like regler som Norge. Utenfor Skandinavia vil reglene om avtalerevisjon i stor grad avvike fra de norske reglene, og i mange jurisdiksjoner vil avtalerevisjon være et tilnærmet ukjent begrep.

Endring av kontraktsforpliktelser grunnet koronavirusutbruddet

Uventede og ekstraordinære hendelser, slik som utbruddet av koronaviruset, som griper inn i partenes muligheter til å oppfylle sine kontraktsforpliktelser, kan i unntakstilfeller gi grunnlag for revisjon eller endring av avtalen på ulike grunnlag.¹ Den klare hovedregelen er imidlertid at avtaler er undergitt partenes avtalefrihet og at inngåtte kontrakter skal oppfylles i tråd med sitt innhold. Dette gjelder særlig avtaler inngått mellom profesjonelle parter. Vi vil komme nærmere tilbake til dette nedenfor.

Selv om norske domstoler tradisjonelt har vært svært tilbakeholdne med å sensurere profesjonelle parters avtaler som følge av etterfølgende forhold, har koronavirusutbruddet medført en så altomfattende og inngripende krise at vi ikke utelukker at vurderingene nå kan bli noe annerledes. Etter vår oppfatning kan dermed avtalelovens § 36 og/eller læren om bristende forutsetninger få fornyet aktualitet som følge av den globale krisen vi nå opplever.

Det er likevel bare i unntakstilfeller det kan bli tale om kontraktsrevisjon av

kommersielle avtaler.² At avtalen på grunn av etterfølgende forhold har blitt så ugunstig at man ikke ville inngått den dersom utviklingen hadde vært mulig å forutse, er klart ikke tilstrekkelig.³

Et grunnvilkår for kontraktsrevisjon i medhold av avtaleloven § 36 og den ulovfestede læren om bristende forutsetninger, er at balansen i kontraktsforholdet er forrykket. Ubalansen i kontraktsforholdet må i tillegg være så stor at det alle forhold tatt i betraktning er riktig å rette på den.⁴

Det er store likheter, men også enkelte forskjeller, mellom avtalerevisjon i medhold av henholdsvis avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger. Ett og samme forhold kan imidlertid omfattes av begge grunnlagene. I tillegg vil kontraktsreguleringer om force majeure kunne være relevante dersom kontrakten inneholder slike regler.⁵ Dette innebærer at en irregulær kontraktsutvikling som følge av for eksempel koronavirusutbruddet, både kan gi grunnlag for suspensjon av kontraktsforpliktelsene etter reglene om force majeure og bortfall/justering av kontraktsforpliktelser etter læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36.

Bristende forutsetninger

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at den enkelte avtaleparten selv har risikoen for sine egne forutsetninger på

² Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2. utgave) («Hagstrøm») side 259.

³ Op.cit.

⁴ Op.cit.

⁵ For en oversikt over force majeure-reglene, se vår artikkel i *Revisjon og Regnskap* nr. 3 side 18–23, særlig sidene 20–22.

¹ Se vår artikkel i *Revisjon og Regnskap* nr. 3 på side 18, en mer detaljert oversikt finnes i Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2. utgave), side 254 flg.



Utbruddet av koronaviruset vil føre til at oppfyllelsen av en rekke kontrakter blir betydelig vanskeligere, og at mange kontrakter ikke vil la seg oppfylle i det hele tatt.

avtaletidspunktet. At oppfyllelsen av avtalen blir vanskeligere eller dyrere enn forutsatt, vil dermed som den klare hovedregel ikke utgjøre noen fritaksgrunn for avtaleparten. Dette gjelder som utgangspunkt også eventuelle uforutsette konsekvenser forårsaket av koronautbruddet. Gjennom rettspraksis og juridisk teori har det imidlertid over tid utviklet seg et ulovfestet unntak fra denne hovedregelen, gjerne omtalt som «læren om bristende forutsetninger».

Vilkår

For at læren om bristende forutsetninger skal komme til anvendelse oppstilles det fire vilkår som alle må være oppfylt:⁶

1. Kontrakten er inngått under en bestemt *forutsetning*,
2. forutsetningen må ha vært *motiverende (kausal)* for løftegiver,
3. forutsetningen og kausaliteten må ha vært *synbar* for den andre parten, og
4. forutsetningen må etter en rettslig vurdering være relevant.

Høyesterett har beskrevet vilkårene slik:

«For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling [...]»⁷

Vi vil nedenfor kort redegjøre for hva som ligger i de ulike vilkårene.⁸

Vilkåret om at det må foreligge en bestemt *forutsetning*, favner vidt. Det omfatter både forhold kontraktsparten har hatt bevisste forestillinger om da avtalen ble inngått, men også forhold som løftegiver overhodet ikke har vurdert spesifikt eller hatt i tankene ved kontraktsinngåelsen, slik som at kontrakten skal oppfylles i en eller annen

form for normalsituasjon (altså uten påvirkning av en pandemi for eksempel).

Vilkåret om at forutsetningen må ha vært *motiverende*, krever ikke at avtaleparten ville avstått fra å inngå kontrakten dersom forutsetningen ikke var til stede, men det kreves noe mer enn at løftegiver ikke hadde inngått kontrakten på samme vilkår.

Vilkåret om *synbarhet* innebærer at den bristende forutsetningen må ha vært synlig for løftemottakeren. I dette ligger det ikke et krav om at forutsetningen eksplisitt er formulert eller forelagt den annen part, men avtalemotparten må ha forstått at den aktuelle omstendigheten var en forutsetning for avtalen.

Når det gjelder de tre første vilkårene, må man i de fleste avtaleforhold kunne legge til grunn at kontrakten ble inngått basert på en forutsetning om at de generelle globale forholdene ville forbli relativt normale og like som på avtaletidspunktet, og motsetningsvis at det ikke ville skje helt ekstraordinære hendelser under kontraktsforløpet med omfattende og inngripende konsekvenser for mer eller mindre all global virksomhet, som for eksempel koronautbruddet. Når det gjelder i hvilken grad forutsetningen om fraværet av helt ekstraordinære hendelser som koronautbruddet har vært motiverende for avtaleparten, må det normalt legges til grunn at denne har vært motiverende for parten. Det kan heller ikke være tvilsomt at en slik forutsetning i de fleste tilfellene må anses synbar eller typisk for den andre part. I forhold til koronautbruddet vil nok derfor de tre første vilkårene ovenfor normalt være oppfylt.

Når det gjelder det siste vilkåret om *relevans*, er dette gjerne omtalt som det vanskelige vilkåret. Vurderingen forutsetter at de øvrige tre vilkårene er oppfylt, altså at avtaleparten har inngått avtalen basert på en gitt og for den annen part synbar forutsetning, og at denne var motiverende for avtaleinngåelsen. Spørsmålet blir så hvem av

⁷ Rt. 2010 s. 1345 i avsnitt 64.

⁸ For en mer detaljert redegjørelse, se Kåre Lilleholt Kontraktrett og obligasjonsrett («Lilleholt») på side 248 flg. og Hagstrøm, side 260 flg.

partene som skal bære risikoen for at denne forutsetningen bortfaller («brister»)⁹ I Høyesterettsdommen sitert ovenfor formulerte Høyesterett vurderingstemaet som «*hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling*». Denne vurderingen er relativt lik den vurderingen som må foretas etter avtalelovens § 36, jf. nedenfor.

Rettsvirkninger

Dersom vilkårene i henhold til den ulovfestede læren om bristende forutsetninger er oppfylt, er rettsvirkningen normalt at den parten som er rammet, kan kreve at avtaleforpliktelsen bortfaller for fremtiden. Den annen parts forpliktelse bortfaller da tilsvarende.¹⁰ Læren om bristende forutsetninger gir imidlertid også hjemmel for avtalerevisjon eller modifikasjon av forpliktelsesinnhold slik at avtalen opprettholdes, men med et nytt innhold. I slike tilfeller vil den andre parten normalt kunne velge om han ønsker at avtalen opprettholdes i revidert form, eller om hele avtalen skal bortfalle.

Avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 fastslår at en avtale kan settes til side eller endres dersom det vil virke urimelig å gjøre den gjeldende. I tillegg til avtaler som er urimelige i seg selv, kommer bestemmelsen også til anvendelse **når** avtalen som sådan var rimelig da den ble inngått, men hvor gjennomføringen senere blir urimelig på grunn av uforutsette hendelser.¹¹ Det er derfor klart at bestemmelsen i prinsippet vil kunne anvendes **når** konsekvensene av koronautbruddet medfører at en avtale inngått før koronautbruddet, blir urimelig tyngende å gjennomføre for en av partene.

De sentrale delene av avtaleloven § 36 lyder slik:

«En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville vir-

ke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

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

For næringsdrivende kan det være verdt å merke seg at avtaleloven § 36 er et resultat av et nordisk lovsamarbeid, og både Sverige og Danmark har derfor tilsvarende bestemmelser. Fremstillingen nedenfor har derfor en viss relevans også for avtaler undergitt svensk og dansk rett.

Som nevnt innledningsvis er det grunn til å understreke at terskelen for avtalerevisjon eller lemping er svært høy i avtaler mellom profesjonelle parter. I forhold til avtaleloven § 36 har Høyesterett blant lagt til grunn at en avtale mellom næringsdrivende må være *kvalifisert urimelig* for at det skal være aktuelt med avtalerevisjon i medhold av avtaleloven § 36.¹² Selv om koronautbruddet har meget inngripende og omfattende konsekvenser for en rekke avtaler mellom profesjonelle parter, er det altså langt fra gitt at man vil tilfredsstillende kravene til avtalerevisjon etter avtaleloven § 36.

Urimelighetsvurderingen

Hvorvidt avtalelovens § 36 kommer til anvendelse, vil bero på en totalbedømmelse av det relevante avtaleforholdet, altså en konkret rimelighetsvurdering. Det følger av rettspraksis at det er avtalens samlede resultat som skal vurderes – altså avtalens virkning på oppfyllesesstadiet. Det er også viktig å understreke at det er avtalen som helhet som skal vurderes. Det er derfor ikke tilstrekkelig å se på ett avtalenvilkår, for eksempel en valutaklausul, isolert fra avtalens øvrige reguleringer.

Det er en rekke momenter og avveiningen som vil være relevante ved fastleggelsen av om avtaleloven § 36 kommer til anvendelse på et konkret kon-

traktforhold. Det er umulig å gå i detalj på disse innenfor rammene av denne artikkelen. Nedenfor vil vi derfor nøye oss med å peke på noen forhold av særlig relevans i lys av koronautbruddet.

Et sentralt moment for vurderingen er om kontrakten i realiteten er ensidig fastsatte standardvilkår. Dette gjelder særlig når styrkeforholdet mellom partene er skjevt. Dersom koronautbruddet skulle medføre at avtalen blir urimelig tyngende for den parten som ikke har forfattet standardvilkårene, vil det i kvalifiserte tilfeller kunne tilsi at man tilfredsstillende vilkårene for avtalerevisjon i medhold i avtaleloven § 36. Det kan her tenkes en rekke eksempler, men vi ser ofte internasjonale selskaper som i sine standardvilkår har inntatt bestemmelser som gir selskapet ensidig rett til å avgjøre ulike spørsmål (typisk «in Company's sole opinion» eller lignende formuleringer). Slike reguleringer vil bli møtt med betydelig skepsis i norske domstoler dersom de brukes til å oppnå fordeler for den sterke parten.

Ellers vil norske domstoler legge vekt på mer alminnelige rettferds- og rimelighetsbetraktninger.¹³ Som fremhevet ovenfor er det imidlertid ikke tilstrekkelig at partene kunne funnet en mer rimelig løsning, det er den kvalifiserte urimeligheten som rammes av avtalelovens § 36.

Fordi bedømmelsen av avtalens rimelighet vil bero på en helhetsvurdering, vil ulike forhold som i seg selv ikke tilfredsstillende kravene til revisjon etter avtaleloven § 36, sammen kunne tilsi revisjon.

I langvarige kontraktsforhold som forutsetter samarbeid mellom partene, kan det være lettere å nå frem med krav om avtalerevisjon enn i korte kontrakter, hvor konsekvensene av en eventuelt urimelig byrdefull kontrakt er av begrenset varighet. Dette gjelder nok særlig i kontrakter der man har avtalt en utgiftsfordeling mellom partene som i ettertid viser seg å bli urimelig tyn-

9 Lilleholt, side 251.

10 For en mer detaljert redegjørelse se Hagstrøm side 262–263.

11 Lilleholt, side 256.

12 Rt. 2012.s. 1537 (avsnitt 46).

13 Hagstrøm, side 298.

gende for den ene parten, for eksempel som følge av koronautbruddet.

Motsetningsvis er det grunn til å tro det ikke vil være adgang til revisjon av avtaler med et klart spekulasjonselement, som for eksempel finansielle konstruksjoner med betydelig gevinst- og tapspotensial. Tilsvarende vil avtalte valuta-klausuler neppe kunne revideres utelukkende med den begrunnelsen at kronekursen har svekket seg mot andre valutaer. Dersom partene har valgt oppgjør i en annen valuta enn norske kroner, er dette en risiko de selv normalt må bære. I den sammenheng vil det nok også være relevant at valutarisiko enkelt kan sikres gjennom kjøp av egnede finansielle instrumenter. At en part, mer eller mindre gjennomtenkt, unnlater å sikre denne risikoen, vil normalt anses å være partens egen risiko.

Avslutningsvis nevner vi at krav om avtalerevisjon i medhold av avtaleloven § 36 som utelukkende er basert på manglende eller sviktende betalings-evne, for eksempel på grunn av bortfall av inntekter som følge av koronautbruddet, neppe vil føre frem. Vi utelukker imidlertid ikke at økonomiske forhold sammen med andre relevante forhold kan tillegges vekt som ledd i den helhetsvurderingen som skal foretas.

Rettsvirkningene

Avtaleloven § 36 gir mer fleksible rettsvirkninger enn læren om bristende forutsetninger (og force majeure-bestemmelser). I hovedsak er det imidlertid snakk om ulike former for avtalesensur, revisjon eller lemping, for eksempel i form av at:

- Det urimelige vilkåret endres eller tilsidesettes, mens avtalen for øvrig opprettholdes uforandret.
- Det urimelige vilkåret endres sammen med en endring eller tilsidesettelse av andre vilkår.
- Det urimelige vilkåret opprettholdes uforandret mot at andre av avtalens vilkår endres eller tilsidesettes.
- Hele avtalen tilsidesettes.

Rettsvirkningen vil fastsettes konkret ut fra en vurdering av hva som er nødvendig for å eliminere eller redusere den etablerte urimeligheten og å gjenopprette balansen i avtaleforholdet. Revisjon i medhold av avtalelovens § 36 skal imidlertid ikke gå lenger enn det som er nødvendig for at avtalen ikke lenger kan anses som (kvalifisert) urimelig.

Endringer i barnehageloven

I en proposisjon 96 L foreslår regjeringen blant annet at alle barnehageeiere skal ha internkontroll med barnehagens virksomhet for å sikre at barnehagen oppfyller kravene i barnehageloven med forskrifter. Det foreslås også å opprette et nasjonalt tilsyn med økonomiske forhold for private barnehager, og tilhørende reguleringer om dokumentasjon, tilgang til opplysninger, reaksjoner mv.



Statsautorisert revisor
Ruben Bjerketveit
Revisorforeningen

Proposisjonen om endringer i barnehageloven ble fremlagt 29. april, og lovendringene blir vedtatt av Stortinget før sommerferien.

I høringsrunden om endringer i barnehageloven, skapte flere av forslagene debatt i fagmiljøene. Særlig gjaldt det

forslagene om at en barnehage skal organiseres som en egen juridisk enhet og forbud mot å drive annen virksomhet i den juridiske enheten.

Proposisjonen som nå er til behandling, tar i hovedsak for seg de mindre konfliktfylte forslagene fra høringsrunden i april fjor, mens en del av de mer kontroversielle temaene er utsatt til et senere tidspunkt. Proposisjonen inneholder likevel flere endringer som får betydning for styring av barnehagevirksomheter fremover.

Internkontroll med barnehagens virksomhet

En barnehageeier skal etter forslaget tilpasse internkontrollen til egen barnehagevirksomhet. Departementet ser for seg at den baseres på risikovurderinger, slik at den er effektiv og målrettet uten at den blir mer omfangsrik og ressurskrevende enn nødvendig. Det stilles ikke krav til en bestemt systematikk eller dokumentasjonsmåte. Målet er at brudd på regelverket forebygges, avdekkes og følges opp på en hensiktsmessig måte.