

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Øyvind Bjørndal

Forsknings- og
utviklingskontrakter innenfor
energisektoren

411

Forsknings- og utviklingskontrakter innenfor energisektoren

Øyvind Bjørndal



Marlus nr. 411
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2012
ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
Universitetet i Oslo
Nordisk institutt for sjørett
Postboks 6706 St. Olavs plass
N-0130 Oslo

Telefon: 22 85 96 00
Telefaks: 22 85 97 50
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internett: www.jus.uio.no/nifs

Redaktør: Postdoktor Alla Pozdnakova

Abonnement og løssalg: www.audiatur.no - post@audiatur.no

Trykk: 07 Xpress as

Forord

Denne avhandlingen ble skrevet i perioden august 2010 til april 2011 mens jeg var ansatt som vitenskapelig assistent ved Nordisk Institutt for Sjørett, Avdeling for petroleums- og energirett. Avhandlingen publiseres i all hovedsak slik den ble innlevert til sensur som 60 studiepoengs masteroppgave for masterstudiet i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

Først og fremst vil jeg takke min veileder, professor dr. juris Knut Kaasen, som med sine innsiktsfulle kommentarer og, ikke minst, trefende spørsmål har gjort oppgaven til det den er i dag. Hans evne til å kombinere velvalgte, oppmuntrende ord og konstruktiv kritikk gjorde ham til en uvurderlig støttespiller.

Året som vit.ass. var mitt mest givende år ved Det juridiske fakultet, og jeg ønsker å takke hver og en ved instituttet for at jeg fikk være en del av det faglige og sosiale miljøet der. En særskilt takk går til vit.ass.-miljøet ved Nordisk Institutt for Sjørett, Avdeling for petroleums- og energirett og Senter for Europarett som under hele mitt opphold ved instituttet var fantastisk godt.

Det er også grunn til å takke alle innenfor sektoren som velvillig har bidratt med kontraktmateriale og som diskusjonspartnere; uten slik hjelp vil en studentavhandling av denne typen naturligvis ikke la seg gjennomføre. Her vil jeg særlig takke juridisk direktør i Statnett Astrid Skjønborg Brunt som har vært til stor hjelp. Også advokat Øyvind Hennesstad i SINTEF fortjener en særlig takk.

Jeg vil også takke mine sensorer, førsteamanuensis dr. juris Ivar Alvik og advokat PhD Harald Irgens-Jensen for konstruktive og innsiktsfulle kommentarer og tilbakemeldinger. Dessverre har en hektisk hverdag som advokatfullmektig medført at jeg ikke fullt ut har klart å yte deres forslag til forbedringer det gjennomslag de utvilsomt hadde fortjent.

Til sist vil jeg takke mine foreldre, Hanne og Knut Bjørndal, og mine to brødre, Jørgen og Håkon Bjørndal, for den fantastiske støtten de alltid har gitt meg.

Oslo, januar 2012

Øyvind Bjørndal

Innhold

1	INNLEDNING.....	9
1.1	Kontrahering av forskning og utvikling – forskningssamarbeid ...	9
1.2	Nærmere om temaet og avgrensning.....	10
1.3	Begrepsavklaring – hva ligger i «forskning og utvikling»	12
1.4	Metode – herunder om utvalget av kontraktsmateriale	13
1.5	Kort om de to viktigste støtteprogrammene for forskningssamarbeid.....	16
2	GRUNNLEGGENDE OM PARTENE OG AVTALT FELLESKOMPETANSE.....	18
2.1	Innledning	18
2.2	Nærmere om partene og plikt-/rettighetsrelasjonen.....	18
2.3	Avtalehemlet felleskompetanse	24
2.3.1	Behovet for, og bruken av, flertallsstyring av kreditorkompetansen.....	24
2.3.2	Nærmere om grensene for «Fellesskapets» kompetanse.....	28
3	NÆRMERE OM KONTRAKTSUTFORMINGEN	31
3.1	Innledning	31
3.2	Behovet for avveining av motstående hensyn ved kontraktutformingen.....	32
3.3	Standardvilkår.....	33
3.3.1	Ulike standardvilkår.....	33
3.3.2	Ensidig utviklede standardvilkår	34
3.3.3	Avtalte standardvilkår.....	34
3.4	Ulike kontraktselementer og -dokumenter	35
3.4.1	Spesifisering av hovedforpliktelsen	35
3.4.2	Hoveddokumentet.....	36
3.4.3	Bakgrunnsdokument.....	36
3.4.4	Andre dokumenter.....	38
3.4.5	Spesielt for prosjekter som delfinansieres av Forskningsrådet	38
4	DET ORGANISATORISKE ELEMENT	39
4.1	Innledning	39
4.2	Forholdet til selskapsloven	40
4.3	Styringsstruktur.....	44
4.3.1	Valg av styringsstruktur.....	44

4.3.2	Generalforsamling	46
4.3.3	Underkomiteer	47
4.3.4	Styre	48
4.3.5	Prosjektadministrasjon	49
4.4	Saksbehandlingsregler og materielle kompetansebegrensninger	50
4.4.1	Innledning	50
4.4.2	Saksbehandlingsregler	50
4.4.3	Materielle begrensninger på utøvelsen av stemme- og vetorett	53
5	HOVEDFORPLIKTELSEN	59
5.1	Innledning	59
5.2	Betalingsforpliktelsen	60
5.3	Realforpliktelsen	61
5.3.1	Hvordan skal realforpliktelsen nærmere beskrives	61
5.3.2	Skillet mellom innsats- og resultatforpliktelse	63
5.3.3	Særlig om hvilken norm som gjelder for forskningsarbeidet – innsatsforpliktelse med resultatelementer	65
5.3.4	Kort om utnyttelse av resultatene og sikring av disse	67
6	BIFORPLIKTELSENE	70
6.1	Innledning	70
6.2	Lojalitetsplikt og utfylling av kontrakten	72
6.3	Nærmere om informasjonsutveksling og konkrete varslingsplikter	78
6.3.1	Behovet for informasjonsutveksling	78
6.3.2	Ordinære mekanismer for flyt av informasjon	80
6.3.3	Varslingsplikter	85
6.3.4	Konfidensialitet og utnyttelse av ervervet knowhow	89
7	ET DYNAMISK ELEMENT I KONTRAKTSFORHOLDET	93
7.1	Innledning	93
7.1.1	Endringsavtaler og ensidig endringskompetanse	96
7.1.1.1	Endringsbegrepet	96
7.1.1.2	Endringskompetanse med hjemmel i avtalen – endringsordre	96
7.1.1.3	Endringer som ikke kan hjemles i den opprinnelige avtalen	98
7.1.2	Informasjonsflytens betydning for endringsarbeider	100
7.1.3	Drøftelses- og reforhandlingsplikter	103
7.1.4	Virkningene av at det ikke er gjennomført reforhandling eller mekling	108

8	MISLIGHOLD	110
8.1	Mislighold i forsknings- og utviklingskontrakter	110
8.1.1	Misligholdsbegrepet og hensiktsmessigheten av dette i forskningssamarbeider	110
8.1.2	Kort om misligholdsvurderingen	114
8.1.3	Særlig om funksjonsfordelingen og risikospørsmål knyttet til realforpliktelsen	118
8.1.4	Bristende forutsetninger for samarbeid – herunder grensen mot ordinært mislighold	121
8.2	Misligholdssanksjoner	122
8.2.1	Innledning	122
8.2.2	Misligholdserklæring og avhjelpsrett	124
8.2.3	Overføring av arbeid	125
8.2.4	Heving	126
9	REGULÆR AVSLUTNING AV SAMARBEIDET	133
9.1	Situasjonen	133
9.2	Plikter som består etter avslutning av kontraktsforholdet	134
10	EN NY STANDARDAVTALE BASERT PÅ AVTALTE STANDARDVILKÅR?	135
	LITTERATURLISTE	138
	Lov	138
	Forskrift	138
	Forarbeider	139
	Rettsavgjørelser	139
	Høyesterettsavgjørelser	139
	Underrettsavgjørelser	140
	Litteratur	140
	Øvrige kilder	145
	Annet	145
	Rettsakter relatert til fellesskapsretten	146
	Utenlandske forarbeider	146
	SJØRETTSFONDETS UTGIVELSER	147

1 Innledning

1.1 Kontrahering av forskning og utvikling – forsknings samarbeid

Temaet for denne avhandlingen er den rettslige relasjonen som oppstår mellom ellers uavhengige parter som gjensidig forplikter seg til å utføre forskningsarbeid for eller finansiere et forskningsprosjekt. Det vil si at forskningsarbeidet foregår helt eller delvis utenfor organisasjonen til den eller de partene som finansierer arbeidet. Denne måten å organisere forsknings- og utviklingsarbeid på kalles gjerne *forsknings samarbeider*.¹ Et typisk eksempel på et slikt forsknings samarbeid er der en forskningsinstitusjon påtar seg å utføre et nærmere angitt forskningsarbeid, mens en gruppe industrielle aktører påtar seg å betale forskningsinstitusjonen vederlag for dette arbeidet. De industrielle aktørenes interesse ligger da i muligheten for at forskningsarbeidet skal resultere i ny kunnskap, som så kan utnyttes av deltakerne gjennom et på forhånd fastsatt system av eierskap og bruksrettigheter.

Innenfor denne gruppen av avtaleforhold vil man finne et stort spenn i typetilfeller; fra forholdsvis ukompliserte oppdragsforhold med to parter, til store og komplekse samarbeidsprosjekter med flere forskningsinstitusjoner og mange industrielle aktører som bidrar med finansiering. Felles for alle disse forsknings samarbeidene er at det er én eller flere privatrettslige kontrakter som regulerer rettigheter og plikter mellom partene. Det er disse rettslige instrumentene – *forsknings- og utviklingskontraktene* – og den rettslige kontekst disse står i denne avhandlingen søker å gi et bilde av.

Det er først og fremst private foretaks investeringer i, og samarbeid, om forskning og utvikling som skaper behovet for disse forsknings- og

¹ Fordi samarbeidsaspektet i disse kontraktsforholdene uansett er svært fremtredende brukes dette begrepet i denne avhandlingen både om rene kjøp av forskningstjenester, hvor hele forskningsprosjektet utføres for én aktørs regning og risiko, og om faktiske samarbeidsprosjekter – hvor minst to av partene deler risikoen for resultatet.

utviklingskontraktene.² Og fordi en stadig større andel av næringslivets investeringer i forskning og utvikling skjer på denne måten får disse kontraktene stadig større økonomisk betydning, både for næringslivet og for storsamfunnet.³

Private investeringer i forskning og utvikling gir gjennomgående høy avkastning, og er i mange tilfeller avgjørende for bedrifters konkurranseevne, innovasjonstakt og markedsposisjon. Bedrifter som satser på forskning og utvikling bygger kompetanse, tiltrekker seg gjerne attraktiv arbeidskraft⁴ og utvikler nye produkter og produksjonsmetoder⁵ som gjør virksomheten sikrere, mer miljøvennlig og mer lønnsom.

Samtidig gir private investeringer i forskning og utvikling store samfunnsøkonomiske gevinster,⁶ og er en viktig forutsetning for storsamfunnets evne til å møte nye utfordringer. Her kan man for eksempel tenke på private aktørers satsning på utvikling av teknologi for fangst og lagring av karbondioksid og nye energikilder som saltvannskraftverk og vindmøller til havs.

1.2 Nærmere om temaet og avgrensning

Gjennom denne avhandlingen søker jeg å beskrive hovedtrekkene ved rettsforholdet mellom medkontrahentene i forskningssamarbeider. Dette innebærer både å identifisere de sentrale kontraktsrettslige pro-

² Men gjennom statlige og kommunale foretak, offentlige forskningsinstitusjoners samarbeid med private aktører og offentlige innkjøp av for eksempel utredningsarbeid er privatrettslig kontrahering av forskning og utvikling også et viktig verktøy for det offentlige.

³ I 2008 kjøpte norske bedrifter forsknings- og utviklingstjenester for i overkant av 5,4 milliarder kroner. Dette utgjorde en vekst på hele 13 prosent i forhold til 2007. Innenfor sektoren «kraftforsyning» var veksten på bemerkelsesverdige 124 prosent, til i overkant av 165 millioner kroner. Se Indikatorrapporten (2010) side 35.

⁴ St.meld. nr. 7 (2008–2009) *Et nyskapende og bærekraftig Norge* side 102

⁵ Hele 27 prosent av norske foretak introduserte nye eller vesentlig forbedrede produkter eller produksjonsprosesser i løpet av treårsperioden 2006–2008, se Indikatorrapporten (2010) side 38.

⁶ Se St.meld. nr. 30 (2008–2009) *Klima for forskning* side 10 med videre henvisninger og NOU 2005:4 *Industrien mot 2020 – kunnskap i fokus* side 26.

blemstillingene kontrahering av forskning og utvikling reiser, og å plassere disse i sammenheng med bakgrunnsretten. Det finnes mange innfallsvinkler, et utall rettslige spørsmål og en lang rekke områder man kan velge å fokusere på når man skal nærme seg et tema som dette. Spørsmålet blir så hva som skal vektlegges, hva som kun skal behandles overfladisk og hva som må velges helt bort. I denne avhandlingen rettes fokus særlig mot to hovedområder; det helt grunnleggende, og tradisjonelle, kontraktsrettslige *utvekslingselementet* mellom partene, og mot det man kan kalle *det organisatoriske element* i avtaleforholdet, altså den avtalte struktur for organisering og drift av arbeidet.

Det er viktig å være oppmerksom på at en slik tilnærming, hvor fokuset rettes mer eller mindre utelukkende på rettsforholdet mellom partene, innebærer at fremstillingen av denne måten å organisere forskningsarbeid på får en viss skjevhet. Disse avtaleforholdene eksisterer naturligvis ikke i et vakuum; partenes posisjoner og innretning påvirkes av den omkringliggende alminnelige lovgivningen på et utall måter. Listen over bestemmelser og rettsområder man i en ideell verden skulle ha behandlet og trukket inn er derfor svært lang, og spenner fra skattelovgivning til panterett og insolvens. Heller ikke forholdet til tredjeparter, typisk spørsmål knyttet til felles og selvstendig deliktsansvar,⁷ vil bli behandlet.

De aller fleste norske forskningssamarbeider mottar offentlig støtte i form av finansieringsbidrag. Dette finansieringsbidraget tildeles som den klare hovedregel gjennom en privatrettslig avtale med én eller flere av deltakerne i forskningssamarbeidet. Forholdet til disse offentlige støtteprogrammene faller i utgangspunktet utenfor avhandlingens tema, men fordi disse avtalene i betydelig grad påvirker forholdet mellom partene, både direkte og indirekte, trekkes de til en viss grad inn i avhandlingen.⁸

Utenfor forsknings- og utviklingskontraktene, slik jeg har valgt å

⁷ Dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1665 er et eksempel på at ansvar overfor tredjemenn slett ikke bare er en teoretisk problemstilling ved oppdragsforskning.

⁸ I punkt 1.5 nedenfor gis en, svært overfladisk, innføring i de to viktigste støtteordningene.

bruke begrepet, faller de tilfeller hvor kontraktsforholdet kun er ment å regulere fordelingen av kostnader og rettigheter mellom en gruppe kjøpere av forskningstjenester – altså en kontrakt som ikke direkte regulerer realytelse i form av forskningsarbeid. «Forsknings samarbeidet», eller mer treffende finansierings- eller utgiftssamarbeidet,⁹ består da typisk av flere industrielle aktører som går sammen for å kunne få mer ut av de ressurser de bruker på forskning og utvikling.

Avhandlingen avgrenses mot de tilfeller hvor samarbeidet organiseres gjennom et eget rettssubjekt – ofte kalt *equity joint venture*.

Mange viktige, interessante og vanskelige spørsmål mellom partene har jeg blitt nødt til å prioritere bort, og flere spørsmål kunne blitt forfulgt og utdypet i mye større grad enn hva rammene for en slik avhandling tillater. Det er derfor viktig å poengtere at avhandlingen, selv ikke for forholdet mellom partene, på ingen måte pretenderer å være en uttømmende behandling av dette rettsområdet. Forhåpentligvis gir avhandlingen allikevel en innføring i, og et rammeverk for å forstå, et til tider svært komplisert kontraktsområde med enorm økonomisk betydning.

1.3 Begrepsavklaring – hva ligger i «forskning og utvikling»

Det kan i utgangspunktet være vanskelig å forestille seg hva som omfattes av «forskning og utvikling.» Kjernen i begrepet, den «rene» grunnforskning, har man ingen problemer med å se for seg, og alle vil være enig i at dette faller inn under begrepet. Utfordringene oppstår, her som ellers, i begrepets randsoner. Det er imidlertid vanlig å legge til grunn OECDs definisjon av forskning og utvikling.¹⁰ OECD definerer forskning og utvikling slik:

«Forskning og utviklingsarbeid (FoU) er kreativ virksomhet som utføres systematisk for å oppnå økt kunnskap - herunder kunnskap

⁹ Se nærmere Nordtveit (1992) side 254.

¹⁰ Andre definisjoner og innfallsvinkler kan naturligvis være vel så formålstjenelige. Se for eksempel Givold (1983) side 238.

om mennesket, kultur og samfunn - og omfatter også bruken av denne kunnskapen til å finne nye anvendelser.»¹¹

For å operasjonalisere denne definisjonen oppstilles en lang rekke kriterier for hva som faller innenfor og utenfor begrepet, og et hovedkriterium:

«Hovedkriteriet for å skille FoU fra beslektede aktiviteter er at FoU inneholder et erkjennbart element av nyskaping og reduksjon av vitenskapelig og/eller teknologisk usikkerhet. Usikkerhet foreligger når løsningen på et problem ikke er umiddelbart åpenbar for en person som kjenner den grunnleggende kunnskapsmassen og teknikkene innenfor det aktuelle området.»¹²

En helt firskåren definisjon av forskning og utvikling er imidlertid ikke nødvendig i en fremstilling som denne.¹³ Her er formålet å beskrive den rettslige reguleringen av en gruppe avtaleforhold med store variasjoner, både rettslig og faktisk – avtaleforhold som alle omhandler arbeid og tjenester som utvilsomt faller inn under begrepet forskning og utvikling.¹⁴ Man bør derfor heller fokusere på de konkrete omstendigheters betydning i den enkelte avtalesituasjon, typisk graden av usikkerhet knyttet til arbeidet, enn å låse seg til en definisjon man så utleder rettsvirkninger av.

1.4 Metode – herunder om utvalget av kontraktsmateriale

Grunnleggende sett er kontrahering av forskningstjenester en del av den alminnelige kontraktsrett. Det vil altså være de *alminnelige kontraktsrettslige prinsipper*¹⁵ som danner det rettslige bakteppe for forsknings- og utviklingskontrakter, og som utfyller kontraktene der disse

¹¹ Se «Utdrag fra OECDs ”Frascati Manual” i norsk oversettelse» side 7.

¹² Se «Utdrag fra OECDs ”Frascati Manual” i norsk oversettelse» 2004 side 13.

¹³ Så også Gisvold (1983) side 238.

¹⁴ Se allikevel petit nedenfor i punkt 5.3.2.

¹⁵ Selvig (1993) side 315 følgende.

er uklare eller hvor et spørsmål ikke er regulert. Samtidig er det enkelte aspekter ved disse kontraktsforholdene som har så sterke forbindelseslinjer til, og grenseflater mot, andre rettsområder, typisk selskaps- og sammenslutningsretten, at også alminnelige rettsprinsipper og løsninger fra disse kontraktsområdene bør eller må trekkes inn for å belyse rettsforholdet mellom deltakerne.

For å kunne identifisere og illustrere disse problemstillingene er fremstillingen knyttet opp mot et innsamlet utvalg av forsknings- og utviklingskontrakter. Kontraktene er innhentet fra en avgrenset samfunnssektor, energisektoren. Med energisektoren menes her den delen av samfunnet som er tilknyttet produksjon og fremføring av energi unntatt olje og gass.

Sannsynligvis har det liten betydning at avhandlingen tar utgangspunkt i en konkret sektor i stedet for å abstrahere til forsknings- og utviklingskontrakter generelt. Det er først og fremst faktorer uavhengig av det konkrete samfunnsområdet som påvirker kontraktsutformingen, typisk antallet deltakere og prosjektets varighet.

Disse kontraktene er ikke forsøkt brukt som rettskilde¹⁶ – til det er dette utvalget ikke i nærheten av å være representativt nok. De innsamlede kontraktene er brukt som en ledesnor for vektlegging av spørsmål, og som et fremstillingsteknisk grep. Ved å benytte kontraktspraksis på denne måten løftes rettsspørsmålene over fra det abstrakte tankeprodukt og inn i «den virkelige verden». Forhåpentligvis sikrer man seg da at spørsmålene som behandles oppleves som sentrale, og tildels problematiske, av de «praktikere» som benytter disse kontraktene. Ideelt sett medfører bruk av kontraktspraksis at problemstillinger blir synliggjort og illustrert – og eksempler på presumptivt balanserte og gode løsninger

¹⁶ Om kontraktens rettskildemessige relevans og vekt se for eksempel Aarbakke (1965) side 439 følgende og i motsatt retning Eckhoff/Helgesen (2001) side 25. Se også Huser (1983) side 127 følgende som viser hvordan kontrakter har en dobbeltfunksjon som rettskilde. På et område som dette, hvor kutymene ikke kan utledes av rettspraksis eller rettsteori, vil denne dobbeltfunksjonen være særlig viktig. Jeg mener allikevel at det, med enkelte unntak, ikke kan forsvares å bruke et så spinkelt utvalg av kontrakter som rettskilde.

ger på disse problemstillingene blir lansert.¹⁷

Men dersom man skal kunne oppnå disse målsetningene må kontraktsutvalget, selv om det ikke stilles like strenge krav som om man hadde ønsket å bruke disse som rettskilde, allikevel i noen grad være representativt. Denne representativiteten er forsøkt ivarettatt ved å innhente kontraktseksemplarer fra de viktigste industrielle aktørene innenfor norsk energisektor, fra de institusjonene som typisk utfører forskningsarbeid for disse industrielle aktørene og de for norske aktører mest anvendte standardavtalene¹⁸ for forskning og utvikling. Til en viss grad bygger arbeidet og innretningen av avhandlingen også på samtaler med jurister og andre med praktisk erfaring fra denne måten å organisere forskningsarbeid.

I alt er det snakk om tolv kontrakter. Spennvidden i omfanget og innretningen av de forskningssamarbeidene avtalene regulerer eller er innrettet for å regulere – blant annet med hensyn til antall deltakere, varighet og budsjettammer – er stor. Men selv om kontraktsutvalget naturligvis bærer preg av disse variasjonene har de sterke likhetstrekk, og deler i stor grad grunnstruktur. Det har derfor i stor grad vært mulig å trekke ut «minste felles multiplum» i de fleste spørsmål. Samtidig har det enkelte steder, for å kunne få til en noenlunde fornuftig fremstilling, vært nødvendig å trekke frem enkelte deler av kontraktsmaterialet på bekostning av andre løsninger eller innretninger. På denne måten forenkles og standardiseres de løsningene kontraktsmaterialet gir uttrykk for noe. Det er allikevel mitt håp at jeg har klart å finne balansen mellom behovet for å forenkle, og faren for å skape en teoretisk modell uten tilknytning til virkeligheten.

Enkelte av disse kontrakter har blitt utlevert helt uten noen begrensninger, mens det for andre kontraktens vedkommende har blitt satt som vilkår for innsyn at det ikke skal siteres fra noen deler av avtalen, eller at det, dersom det skal siteres, ikke skal gjøres kjent hvilken aktør som bruker avtalen. Dette innebærer at det gjennomgående i avhandlingen

¹⁷ Se nærmere om bruk av kontraktspraksis i rettsvitenskapelige fremstillinger i Huser (1991) side 36 følgende.

¹⁸ Se nærmere nedenfor i punkt 3.3.3.

ikke er opplyst hvor konkrete eksempler er hentet fra, og at det i noen tilfeller refereres til løsninger uten at disse understøttes med konkrete eksempler.

1.5 Kort om de to viktigste støtteprogrammene for forskningssamarbeid

Det er to offentlige støtteprogrammer for forskning og utvikling som, på grunn av sitt omfang, har særlig stor betydning for norske aktører. Dette er Norges Forskningsråds ulike former for prosjektstøtte – NFR-prosjekter – og EUs «syvende rammeprogram».

Norges Forskningsråd – Forskningsrådet – er et regjeringsoppnevnt råd underlagt Kunnskapsdepartementet med særlige oppgaver knyttet til å støtte og følge opp norsk forskning. Forskningsrådet har for 2011 et budsjett på cirka 7 250 millioner kroner, hvorav omtrent halvparten skal deles ut som prosjektstøtte.¹⁹ Forskningsrådets ulike programmer har ulikt omfang, de er rettet inn mot ulike fagfelt og næringer og deltagelse krever ulik grad av delfinansiering fra private aktører.

Støtte fra Forskningsrådet deles normalt ut ved at Forskningsrådet, etter søknad med prosjektbeskrivelse og tentativt budsjett, inngår en tildelingsavtale med en aktør – for eksempel en forskningsinstitusjon. Den aktøren som inngår avtale med Forskningsrådet kalles *Prosjektansvarlig*. Gjennom denne avtalen reguleres hvilke rettigheter og plikter Forskningsrådet og *Prosjektansvarlig* har overfor hverandre. For eksempel påtar *Prosjektansvarlig* seg å holde Forskningsrådet oppdatert om fremdrift og problemer knyttet til prosjektet. I tillegg påtar *Prosjektansvarlig* seg å sørge for at samarbeidsavtalen mellom deltakerne i forskningssamarbeidet er i samsvar med enkelte materielle krav,²⁰ og at de øvrige deltakerne er kjent med innholdet i avtalen mellom *Prosjektansvarlig* og Forskningsrådet.²¹ Av deltakerne i forskningssamarbeidet er det altså kun *Prosjektansvarlig* som blir forpliktet overfor Fors-

¹⁹ <http://www.forskningsradet.no/no/Nokkeltal/1138785797239> (brukt 18.02.2011)

²⁰ For eksempel fri bruksrett til *prosjektbakgrunn*, se nedenfor.

²¹ Forskningsrådets generelle avtalevilkår punkt 2.2

kningsrådet.²² Deltakerne i forskningssamarbeidet De øvrige deltakerne i forskningssamarbeidet er kun forpliktet av avtalen – forsknings- og utviklingskontrakten – seg imellom.²³

EUs «syvende rammeprogram»²⁴ – *Rammeprogrammet* – er EUs viktigste virkemiddel for å fremme forskning og utvikling i perioden 2007 til 2013. Budsjettet for denne perioden er på cirka 54 milliarder Euro, noe som gjør dette til verdens største forskningsprogram målt i midler.²⁵ Norges deltakelse i programmet er nedfelt i EØS-avtalen. For å kunne søke om støtte fra *Rammeprogrammet* kreves det at de som skal delta i forskningssamarbeidet allerede har inngått en samarbeidsavtale som regulerer forskningssamarbeidet dersom man får tildelt støtte.²⁶ Ved utformingen av denne avtalen står partene forholdsvis fritt, men det er gitt enkelte bestemmelser om punkter avtalen må og bør dekke.²⁷ Etter forhandlinger med Kommisjonen, som administrerer dette særprogrammet, inngår så én av deltakerne avtale med Kommisjonen. De øvrige deltagerne slutter seg så til denne avtalen. Samtlige deltakere i forskningssamarbeidet får altså, i motsetning til i NFR-prosjekter, rettigheter og plikter overfor den utdelende myndighet – Kommisjonen. Denne avtalen mellom Kommisjonen og deltakerne – kalt *Tildelingsavtalen* – inneholder enkelte materielle bestemmelser om forholdet mellom deltakerne i prosjektet. Men det er allikevel først og fremst samarbeidsavtalen mellom deltakerne som regulerer dette.

Både i NFR-prosjekter og *Rammeprogram*-prosjekter får man altså en situasjon hvor det foreligger minst to avtaler; én avtale om tildeling av støtte – og hvilke plikter og rettigheter som er knyttet til denne –, og minst én avtale som utelukkende regulerer forholdet mellom deltakerne

²² Men *Prosjektansvarlig* vil normalt kreve at avtalen med Forskningsrådet blir gjort til en del av avtalen som regulerer forskningssamarbeidet, se nedenfor i punkt 3.4.5.

²³ *Prosjektansvarlig* kan i teorien inngå separate avtaler med de øvrige deltakerne i forskningssamarbeidet, men som den klare hovedregel slutter samtlige deltakere seg til den samme avtalen.

²⁴ «*The Seventh Framework Programme for research and technological development*».

²⁵ Andrée (2008) side 14.

²⁶ Jf EC No 1906/2006, artikkel 24.

²⁷ DESCA-avtalen, se under i punkt 3.3.3, er utviklet for å brukes som en slik underliggende samarbeidsavtale til utfylling av avtalen med Kommisjonen.

i prosjektet. Som påpekt ovenfor faller avtaleforholdet mellom den utdelende myndighet og deltakerne i utgangspunktet utenfor avhandlingens tema.

2 Grunnleggende om partene og avtalt felleskompetanse

2.1 Innledning

Store forskningssamarbeider er gjerne temmelig kompliserte «dyr». De inkluderer mange parter, strekker seg over lang tid, endrer gjerne fokusområde flere ganger underveis og har nødvendigvis et forholdsvis komplisert system for å regulere utveksling²⁸ og fordeling av knowhow og immaterielle rettigheter.²⁹ I tillegg til dette vil man normalt finne en avtalehjemlet felleskompetanse.

Formålet her er å først gi en kort innføring i grunnstrukturen og utvekslingselementet i forsknings- og utviklingsavtaler, og deretter hvorfor dette skaper et behov for felles utøvelse av kreditorcompetansen. Fordi det her er nødvendig å forenkle noen aspekter ved avtaleforholdet må dette kapitlet i noen sammenhenger holdes sammen med de øvrige kapitler for å gi et dekkende bilde.

2.2 Nærmere om partene og plikt-/rettighetsrelasjonen

Det er, som for de fleste andre goder som omsettes, to hovedgrupper av aktører som kontraherer forsknings- og utviklingstjenester innenfor energisektoren – de som normalt har sin hovedtilknytting til forskningsprosjekter gjennom leveranser av forskningstjenester, tilsvarende

²⁸ Se straks under om utvekslingen av *prosjektbakgrunn*.

²⁹ For en gjennomgang av knowhow-begrepet, se for eksempel Irgens-Jensen (2008) side 164 følgende med videre henvisninger.

selgere, og de som normalt har sin hovedtilknytning til forskningsprosjekter gjennom finansieringsbidrag, tilsvarende kjøpere. Til den første gruppen tilhører først og fremst universiteter og høyskoler, men også for eksempel forskningsintensive bedrifter og andre organisasjoner, som SINTEF, er viktige tilbydere av forskningsarbeid. På kjøpersiden kan i prinsippet en hvilken som helst privat eller offentlig enhet med behov for forskningstjenester opptre. Det er naturligvis allikevel slik at noen aktører, fordi de investerer særlig mye i forskning og utvikling, har en mer fremtredende rolle på kjøpersiden – for eksempel Statkraft og Statnett. I sin enkleste form er en forsknings- og utviklingskontrakt en avtale hvor for eksempel et universitet påtar seg en plikt til å levere et nærmere angitt forskningsarbeid, mens en kjøper, en industriell aktør – som for eksempel Statkraft – påtar seg en korresponderende betalingsforpliktelse. Det er altså grunnleggende sett snakk om vanlige tjenesteavtaler.³⁰

I tillegg til denne utvekslingen av real- og betalingsytelser vil man som den klare hovedregel finne en utveksling av det man med en samlebetegnelse kan kalle *prosjektbakgrunn*. Dette er den kunnskapen, inkludert immaterielle rettigheter, som kontraktspartene stiller til rådighet for hverandre til bruk innenfor prosjektet. Typisk vil det være snakk om patenter, tekniske løsninger, metoder, prosedyrer og/eller prosesser den eller de som skal utføre forskningsarbeid innenfor prosjektet må ha tilgang til for å få gjennomført dette, eller som det har blitt avtalt at arbeidet skal baseres på. I et forskningssamarbeid hvor kun én part skal utføre forskningsarbeid vil det kun være de industrielle deltakerne som overleverer prosjektbakgrunn – realdebitor har naturligvis selv tilgang på egen relevant prosjektbakgrunn.³¹ Har man derimot et forsknings-samarbeid med flere enn én realdebitor vil også disse normalt stille prosjektbakgrunn til rådighet.

³⁰ I enkelte kontraktsforhold vil utvekslingen av løsøre og immaterielle goder være så fremtredende at forholdet faller inn under kjøpslovgivningen jf særlig NOU 1976:34 *Lov om kjøp* side 43 følgende. Se også Krüger (1999) side 8.

³¹ Men det må naturligvis bero på en konkret vurdering hvorvidt realdebitor har forpliktet seg til å anvende denne i dette konkrete prosjektet.

Begrepet har i teorien ingen begrensninger, for eksempel er det klart at beskrivelser av vær- og vindforhold for et gitt område er prosjektbakgrunn dersom dette skal benyttes i et prosjekt. Utvekslingen av prosjektbakgrunn foranlediger enkelte særlige spørsmål knyttet til misligholdsvurderingen. Dette behandles nærmere i punkt 7.1.3.

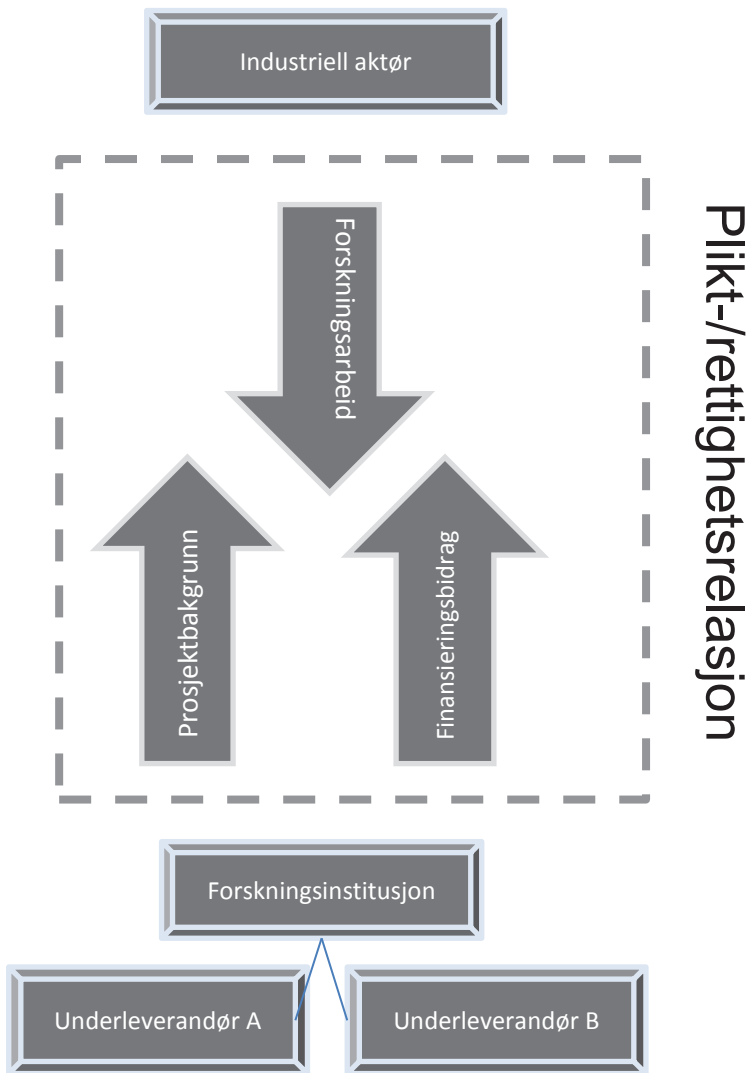
Forholdet mellom deltakerne i et forskningssamarbeid med to deltakere kan oppstilles i en figur som den inntatt på neste side. Man kan her peke på en klar plikt-/rettighetsrelasjon – både hvem som er forpliktet og hvem som er berettiget i relasjon til det enkelte utvekslingsgode.³²

Selv om rettsforholdet mellom partene blir mer komplisert i forskningssamarbeider med flere enn to deltakere er utvekslingsforholdet grunnleggende sett det samme. Forskjellen ligger først og fremst i at flere parter binder seg til den samme avtalen.

Et praktisk viktig eksempel på store forskningssamarbeider er de såkalte «*Sentre for Forskningsdrevet Innovasjon*» – *FI-sentre*. Dette er forskningssamarbeid som strekker seg over lang tid, nå åtte år, «*i et nært samarbeid mellom forskningsintensive bedrifter og fremstående forskningsmiljøer*», altså både deltakere som bidrar med forskningstjenester og deltakere som primært bidrar med finansiering.³³ Innenfor energisektoren er de såkalte «*Forskningscentre for miljøvennlig energi*», som for alle praktiske formål kan sammenlignes med *FI-sentre*, eksempler på slike samarbeider – men kompliserte samarbeider med lignende strukturer og oppbygning finnes naturligvis også utenfor disse rammene.

³² For å illustrere at denne relasjonen ikke kompliseres av flere parter så lenge disse kommer inn som underleverandører er det tegnet inn to underleverandører: A og B. Nærmere om bruk av underleverandører se for eksempel Torvund (1997) side 93.

³³ Se St.meld. nr. 20 (2004–2005) *Vilje til forskning* og Norges forskningsråds beskrivelse av ordningen av 21. oktober 2009 tilgjengelig på Forskningsrådets nettsider: <http://www.forskningsradet.no/servlet/Satellite?c=Page&cid=1224067021140&pagename=sfi%2FHovedsidemal> (brukt 28.02.2011).



I avtalen mellom alle deltakerne, gjerne kalt samarbeidsavtalen, fremkommer det hva den enkelte skal bidra med – finansiering, forskningsinnsats og/eller prosjektbakgrunn – og hva den enkelte skal ha som motytelse – typisk at alle parter har rett på en ubegrenset og vederlagsfri bruksrett til frembrakte prosjektresultater og, da for realdebitorene, vederlag for sitt arbeid.³⁴ På denne måten får samtlige deltakere rettskrav på at de øvrige oppfyller i henhold til avtalen.

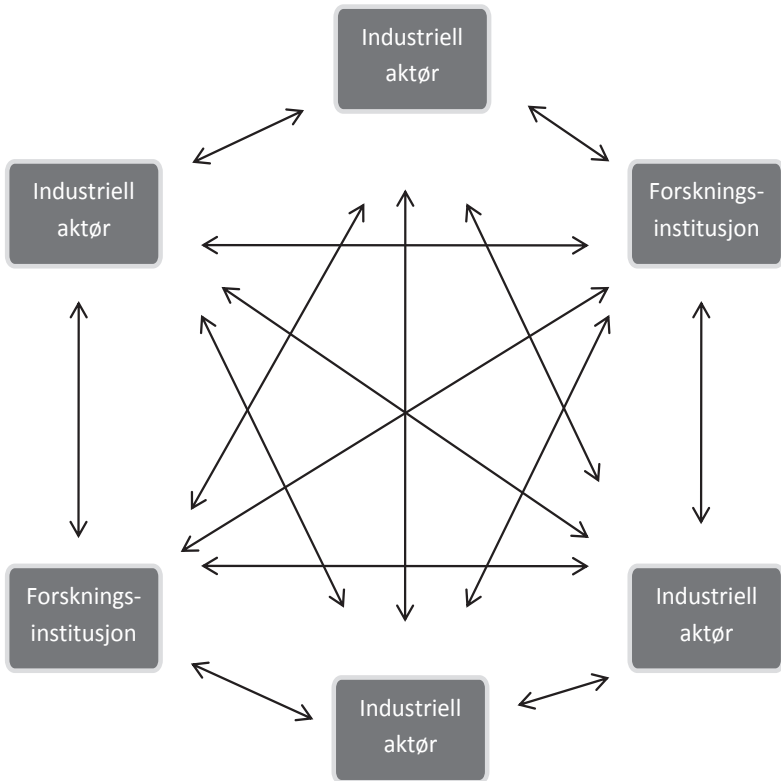
Dersom man har et avtaleforhold hvor det fremkommer «par» eller klare grupper av berettigede og forpliktete parter har man i realiteten å gjøre med et felles organisatorisk overbygg, og kontraktsrettslig rammeverk, for en rekke mer eller mindre uavhengige utvekslingsforhold med klare plikt-/rettighetsrelasjoner. Dette er ikke situasjonen her. Her er poenget at samtlig deltakere er tilknyttet ett avtaleverk som regulerer den enkeltes forhold – uten at det oppstilles en forpliktet eller berettiget motpart. Avtaleforholdet sett under ett er imidlertid naturligvis utformet slik at alle rettigheter og plikter kombinert dekker hverandre.

Her kunne man sett for seg at man gikk konkret inn i det enkelte avtaleforhold og dannet slike par eller grupper uavhengig av avtalens ordlyd, da basert på hvem som rimeligvis må oppfattes som berettiget eller forpliktet overfor hverandre. Dette kan som den klare hovedregel ikke være løsningen. Det vil by på store praktiske og juridiske vanskeligheter å avgrense hvilke interesser som skal kunne begrunne en plass i et slikt plikt-/rettighetsforhold. Det er for eksempel klart nok at forskningsinstitusjonene er berettiget overfor den industrielle aktør som er forpliktet til å yte et gitt finansieringsbidrag – men hva med de øvrige finansieringsdeltakere som gikk inn i prosjektet med en forventning om delfinansiering fra denne finansielle bidragsyteren? På samme måte kan man klart peke på de industrielle aktører som motparter for den enkelte forskningsinstitusjons forpliktelse – men hva med de øvrige forskningsinstitusjoner som regner med å bruke knowhow fra dennes del av prosjektet i en annen sammenheng? Dette synspunktet

³⁴ Se til illustrasjon tegningen i punkt 2.2.1. Dette samarbeidet består av to industrielle aktører – A og B inntegnet øverst på figuren –, og to forskningsinstitusjoner – I og II inntegnet nederst på figuren.

understøttes av at slike forskningssamarbeider som hovedregel, som vi skal se, er innrettet med *felles kreditorcompetanse*.

Når samtlige deltakere altså er forpliktet og berettiget overfor hverandre får man et «edderkoppnett» av rettigheter og plikter:



2.3 Avtalehjemlet felleskompetanse

2.3.1 Behovet for, og bruken av, flertallsstyring av kreditorkompetansen

Utgangspunktet i et typisk forskningssamarbeid med flere enn to parter er altså at samtlige deltakere er kreditor for de øvrige deltakernes forpliktelser. Man kunne da i teorien ha sett for seg at deltakere selv forfulgte sine rettigheter overfor de øvrige med en brøk tilsvarende dennes engasjement i samarbeidet. En slik løsning ville imidlertid blitt håpløst komplisert og svært lite egnet til å optimalisere resultatene av prosjektet. Grunnen er enkel nok – utøvelse av kreditorposisjonen beror alltid på en viss grad av skjønn.

Dette kan best illustreres med et eksempel. Man kan se for seg at en deltaker oppdager at han ved å legge om sitt arbeide med stor sannsynlighet vil oppnå resultater med større kommersielt potensial enn det opprinnelig avtalte arbeid. Om man skal velge å akseptere denne endringen av hva som er kontraktsmessig oppfyllelse bør, dersom man skal få optimale resultater, bero på om man alle forhold tatt i betraktning mener det er *riktig* å gjøre dette – ikke hva den opprinnelige kontrakten eventuelt sier eller ikke sier om spørsmålet. Disse avgjørelsene må altså fattes av kreditor uten at man på forhånd kan eller bør legge føringer på hvordan kreditorkompetansen skal utøves.

Dette restelementet av skjønn vil bli langt mindre effektivt dersom man er avhengig av å få full oppslutning om alle avgjørelser; at ni av ti rettighetshavere ønsker et gitt endringsarbeid lar seg ikke forene med sistemanns rettskrav etter avtalen på leveranse av det avtalte gode. Av den grunn avtaler man normalt at kreditorposisjonen, herunder utøvelsen av kreditorbeføyelsene, skal utøves av, og dermed i realiteten overføres til, partene i fellesskap gjennom egne organer – typisk en «generalforsamling».³⁵ Den enkelte deltaker kan da forholde seg utelukkende til dette eller, dersom kompetansen helt unntaksvis er spredd på flere, disse organene, og kan se bort ifra eventuelle kreditorhandlinger

³⁵ Se nedenfor i punkt 4.3.2.

direkte fra andre deltakere.³⁶ Hvordan denne felleskompetansen skal utøves avgjøres gjennom flertallsbeslutninger. På denne måten «bindes» samtlige deltakere til en avgjørelse, også mindretallet som har stemt i mot. DESCAs-avtalen³⁷ gir en god illustrasjon på en slik løsning:

«The General Assembly shall consist of one representative of each Party [...] Decisions shall be taken by a majority of two-thirds (2/3) of the votes.

[...]

The following decisions shall be taken by the General Assembly:

[...]

(i) Declaration of a Party to be a Defaulting Party

(j) Remedies to be performed by a Defaulting Party

(k) Termination of a Defaulting Party's participation in the Consortium and measures relating thereto

[...]»

Som en logisk konsekvens av en slik innretning får man imidlertid en mer omfattende kompetanseavståelse enn hva som direkte fremkommer av en slik bestemmelse. Kompetanse til å opptre som kreditor, typisk til å avgjøre om man skal benytte seg av retten til å erklære mislighold, omfatter naturlig nok en viss kompetanse til å inngå endringsavtaler knyttet til de samme rettigheter og plikter. Har man kompetanse til å binde utøvelsen av kreditorposisjonen – for eksempel til å ikke møte en endring av realytelsen med en misligholdserklæring – har man jo nettopp kompetanse til å inngå en endringsavtale. På denne måten får man altså implisitt en, i noen tilfeller ikke ubetydelig, ytterligere kompetanseavståelse.

I noen sammenhenger nedenfor vil det være nødvendig å omtale denne felleskompetansen og hvilke plikter og rettigheter denne «har». Det vil være lite presist å knytte dette opp mot navnet på ett eller flere organer – hvordan man i det enkelte avtaleforhold utøver denne kompetansen, for eksempel delvis gjennom et styre og delvis gjennom en

³⁶ Se allikevel nedenfor i punkt 2.3.2 om et mulig unntak for visse biforpliktelser.

³⁷ Se nedenfor i punkt 3.3.3 om avtalen. Det følgende er en sammenstilling av flere artikler.

generalforsamling, er et helt annet spørsmål. Jeg har derfor valgt å benytte et eget begrep om denne felles kompetanseposisjonen – «*Felleskapet*». Her må man være klar over at uttrykket *Fellesskapet* kun er et hjelpebegrep for å beskrive en felles rettsposisjon. Man kan altså, for å sette dette på spissen, si at *Fellesskapet* egentlig ikke «er» noe.³⁸

Et særlig spørsmål er hvorvidt dette *Fellesskapet* også trer inn i debitorforpliktelsen – altså om denne måten å innrette et kontraktsforhold på implisitt innebærer en felles, altså solidarisk, kreditorposisjon overfor den enkelte. Spørsmålet kommer på spissen dersom en deltaker misligholder sine forpliktelser uten at dette rammer deltakerne likt, altså der en større eller mindre gruppe vil være tjent med å fordele de økonomiske konsekvensene av misligholdet likt på samtlige deltakere.

Selv om dette prinsipielt sett må bero på en konkret tolkning av avtalen vil det ha en klar formodning mot seg at deltakerne skulle ha ment å påta seg en så tyngende forpliktelse uten at dette fremkommer klart og tydelig i kontrakten – noe jeg ikke har funnet spor av i noen av kontraktene. Deltakernes felles forpliktelse kan da ikke gå lenger enn en plikt til å legge til rette for utveksling av partenes ytelser. Dette betyr for eksempel at *Fellesskapet* vil ha plikt til å videreformidle vederlag til realdebitorerne, forutsatt at dette har blitt innbetalt fra betalingsdebitorerne. Dersom *Fellesskapet* ikke videreformidler dette betalingsinnskuddet vil dette utgjøre et mislighold av *Fellesskapets* forpliktelser overfor den enkelte.

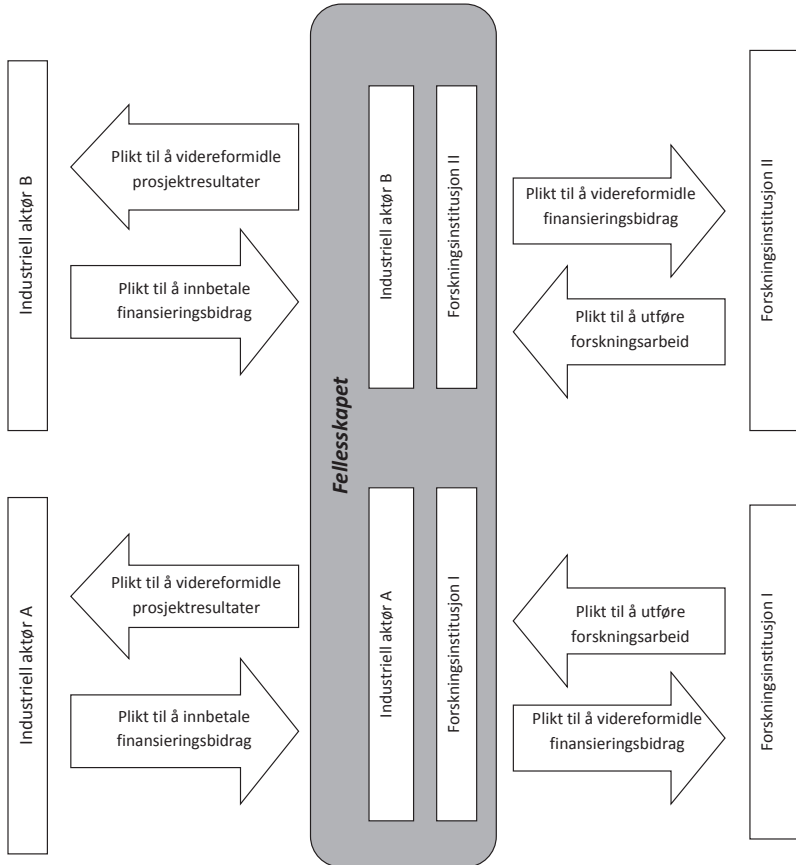
Den viktigste siden av plikten til å legge til rette for utveksling av ytelser er imidlertid *Fellesskapets* plikt til å reagere på en *adekvat*, og fornuftig, måte på mislighold. Dersom man for eksempel har en situasjon hvor realdebitorerne ikke får fullt vederlag fordi en av betalingsdebitorerne ikke oppfyller sine forpliktelser vil altså *Fellesskapet* ha plikt til å reagere overfor den misligholdende part. Skulle *Fellesskapet* misligholde denne plikten, typisk som en følge av maktmisbruk,³⁹ vil de parter som på grunn av dette ikke får oppfylt sine rettigheter kunne gjøre

³⁸ De terminologiske, og til dels filosofiske, spørsmål denne påstanden åpner for velger jeg å la ligge.

³⁹ Se under i punkt 4.4.3.

gjeldende de alminnelige misligholdssanksjoner overfor *Fellesskapet*.⁴⁰

Denne konstitueringen av et eget ledd «mellom» deltakerne kan illustreres slik:



Deltakerne er inntegnet både som «medlemmer» i *Fellesskapet*, og som kontraktspartener for dette – på samme måte som man for eksempel kan være både deltaker i og kontraktspart overfor et

⁴⁰ Se nærmere i punkt 8.2.4.3.

ansvarlig selskap.⁴¹

Av praktiske hensyn har alle parter stemmerett i alle spørsmål, uavhengig av hvor stor betydning avgjørelsen har for denne – å kvantifisere dette ville blitt umulig. Dette innebærer både at samtlige deltakere har stemmerett selv om et mislighold kun rammer én part, og at en deltaker har stemmerett ved avgjørelsen om de selv skal anses for å være i mislighold.⁴²

At stemmene på denne måten er likt fordelt uavhengig av den enkeltes økonomiske interesse kan naturligvis gi uheldige utslag. For eksempel kan man se for seg at et flertall av *Fellesskapet* velger å benytte seg av sin kompetanse på en slik måte at det går urimelig hardt utover én eller et mindretall av de øvrige. Denne problemstillingen fanges imidlertid opp av det *maktmisbruksforbudet* som må antas å gjelde mellom partene.⁴³

2.3.2 Nærmere om grensene for «Fellesskapets» kompetanse

Hvilken kompetanse *Fellesskapet* har beror grunnleggende sett på en tolkning av avtalen. Dersom en konkret forsknings- og utviklingsavtale riktig tolket og utfylt må forstås som at et gitt flertall av deltakerne for eksempel har rett til å pålegge en deltaker å øke sitt finansieringsbidrag er dette naturligvis greit nok. Skal man forsøke å si noe generelt om hvilken kompetanse *Fellesskapet* har må dette derfor basere seg på hvordan slike forskningssamarbeider typisk er innrettet, og hvordan en slik kompetanse- og avtalestruktur *normalt* må forstås.

Skal man få et dekkende bilde av hvilke beslutninger flertallet kan fatte må dette sammenholdes med kapittel 3.4.3 nedenfor om misbruk av de rettigheter partene er gitt som deltakere i dette

⁴¹ På figuren er kun betalings- og hovedrealforpliktelsen inntegnet. Jo flere av de forpliktelsene *Fellesskapet* er kreditor for man inntegner, jo mer dekkende vil figuren bli for kompetanseforholdet.

⁴² Se for eksempel DESCA-avtalen, om denne se punkt 3.3.3, artikkel 6.2.4.5 som klart forutsetter dette.

⁴³ Se under i punkt 4.4.3.

Fellesskapet – typisk av stemme- og vetorett. Fordi det må antas at det gjelder begrensninger på hvordan partene kan utnytte disse rettighetene – selv om dette ikke følger av avtalens ordlyd – vil man i realiteten få en materiell kompetansebegrensning som rammer visse urimelige beslutninger.

Også beslutninger om utøvelse av kreditorposisjonen som ikke oppfyller *Fellesskapets* forpliktelse til å reagere på mislighold på en adekvat måte blir i realiteten en begrensning på *Fellesskapets* kompetanse – selv om det ikke får ugyldighetsvirkninger.⁴⁴

Fellesskapet har altså i utgangspunktet kun den kompetanse som følger av kreditorposisjonen partene har overført, og eventuelle andre kompetansebestemmelser i avtalen – typisk rett til å gi nærmere spesifiserte årlige budsjetter og arbeidsplaner i prosjekter som strekker seg over lang tid.⁴⁵

Selv om deltakerne i en slik avtale etter avtalens ordlyd overfører kreditorkompetansen i alle spørsmål til dette *Fellesskapet* må man kanskje i noen sammenhenger tolke dette innskrenkende. Det er for eksempel nærliggende å anta at enkelte biforpliktelser, for eksempel konfidensialitetsplikter knyttet til forretningshemmeligheter den enkelte deltaker har delt med de øvrige deltakerne, i så stor grad verner den enkeltes interesser at man her beholder kreditorposisjonen. Dette utgjør i så fall en begrensning på *Fellesskapets* kompetanse.

Dette innebærer for eksempel at når det i DESCAs-avtalen heter at «*the General Assembly*» avgjør hvilke virkninger et mislighold skal få – «*the consequences thereof*»⁴⁶ – innebærer dette ikke mer enn at *Fellesskapet* har den valgfriheten en kreditor normalt har ved valg av misligholds-sanksjon. På samme måte må en bestemmelse om at *Fellesskapet* har rett til å overføre arbeid fra en misligholdende part til en annen deltaker,

⁴⁴ Se under i punkt 8.2.4.3 om heving av avtalen som følge av at *Fellesskapet* misligholder denne plikten.

⁴⁵ Se forøvrig Nordtveit (1992) side 229.

⁴⁶ DESCAs-avtalen, se nedenfor i punkt 3.3.3, artikkel 4.2.

som er en temmelig vanlig regulering av misligholdssituasjoner,⁴⁷ forstås som at *Fellesskapet* kun har kompetanse til å frata den misligholdende part dennes arbeid, dette er en avtalt misligholdsbeføyelse, men ikke pålegge en annen part å ta over.

I tillegg til dette må nødvendigvis *Fellesskapet* ha en viss kompetanse til å fravike kontraktens bestemmelser uten at dette kan hjemles direkte i avtalen.⁴⁸ Uten dette vil den enkelte deltaker kunne fastholde den opprinnelige avtalen i tilnærmet enhver situasjon, og kreve at denne blir gjennomført uten endringer. Dette ville for eksempel innebære at en part kunne vise til at den opprinnelige avtalen regulerer når finansieringsbidrag skal innbetales, og under henvisning til dette nekte flertallet å gi henstand med innbetalingen. På den måten ville utøvelse av kreditorposisjonen – her kompetansen til å gi en forlenget tidsfrist – på tross av kontraktens klare system allikevel være avhengig av enstemmighet. Det er klart nok at dette ikke har vært partenes intensjon.

Skal man forsøke å peke på en mulig norm for hvilke bestemmelser *Fellesskapet* har rett til å fravike er det nærliggende å anta at den opprinnelige fordelingen av rettigheter og plikter binder *Fellesskapet* i den utstrekning en endring vil være *urimelig* ovenfor én eller flere deltakere. Den viktigste faktoren for å avgjøre hvorvidt en endring vil være urimelig vil være om den enkelte har hatt en berettiget forventning om at bestemmelsen ikke omfattes av *Fellesskapets* endrings- og kreditor-kompetanse. Dette gjelder helt klart for eksempel for ansvarsbegrensninger, konfidensialitetsbestemmelser, stemme- og vetorettigheter og avtalt representasjon i styringsorganer. Praktisk viktigere er det imidlertid at dette må antas å omfatte den enkelte parts plikter og rettigheter – kjernen av dennes tilslutning. For eksempel vil en part ikke, med et naturlig unntak for endringsordrer,⁴⁹ måtte finne seg i å mot sin vilje få lagt om sin realforpliktelse – etter forholdene med unntak for rent ba-

⁴⁷ Se under i punkt 8.2.3.

⁴⁸ Se Nordtveit (1992) side 230 som ikke drøfter en slik regel men skriver at deltakerne vil «*vera bundne av det som positivt er fastsett i avtalen, til dømes om fordelinga av oppgåver, eller korleis det økonomiske utbytet av samarbeidet skal fordelast mellom deltakarane*».

⁴⁹ Se nedenfor i punkt 7.1.1.

gatellmessige endringer. På den annen side må det for eksempel antas at flertallet kan bestemme at et nytt medlem i forskningssamarbeidet skal gis styrerepresentasjon, selv om dette i teorien «vanner ut» den enkelte deltakers organisatoriske rettigheter. Grensdragningen vil i praksis kunne vise seg å bli svært vanskelig, men alternativet – en retts teknisk enkel og firkantet regel – vil medføre at samarbeidet mister all omstillingsevne.

Det forekommer tilfeller hvor det er mer naturlig å hjemle en slik forståelse av felleskompetansen direkte i en tolkning av partenes avtale. Et eksempel på dette er følgende vetobestemmelse, som gir partene rett til å nedlegge veto der deres interesser, altså deres rettigheter og plikter, blir påvirket i stor grad:

«A Party that [...] can document that its own work, performance schedule, costs, liabilities, intellectual property rights or other legitimate interests will be severely affected by a decision of a Consortium Body, may exercise a veto with respect to the corresponding decision or relevant part of the decision.» (min understrekning)

Implisitt – en part som kun får sine rettigheter påvirket i liten grad har ikke rett til å nedlegge veto, og dennes rettigheter kan altså endres gjennom flertallsbeslutninger.

3 Nærmere om kontraktsutformingen

3.1 Innledning

De konkrete forsknings- og utviklingskontraktenes omfang og utforming vil, naturlig nok, i stor grad dikteres av forskningssamarbeidets generelle kompleksitet. Det vil først og fremst si prosjektets varighet, antall deltagere, kontraktssum og hvordan resultatet skal utnyttes. Kontraktenes omfang og kompleksitet spenner derfor over et vidt spekter.

I noen tilfeller består kontrakten av kun to dokumenter – spesifikasjon av arbeidet og et standarddokument med vilkårene avtalen inngås på. Dette er typisk «oppdragsforskning» med to parter hvor den ene bidrar med en så stor del av finansieringen at denne i stor grad kan diktere vilkårene. Vanligere er det imidlertid at kontraktene er temmelig omfattende, med flere dokumenter og med bestemmelser om innbyrdes vekt og forrang.⁵⁰

Nedenfor skal det kort gjennomgås enkelte avtaledokumenter som typisk forekommer – dette må naturligvis ikke forstås som at alle, og kanskje heller ikke de fleste, avtaler inneholder alle disse dokumentene. Det er heller ikke slik at de nødvendigvis redaksjonelt er ordnet i ulike dokumenter, poenget er heller å peke på områder som typisk har blitt dekket. Først knyttes enkelte korte kommentarer til utformingen av kontraktene og bruk av standardvilkår.

3.2 Behovet for avveining av motstående hensyn ved kontraktsutformingen

Torvund formulerer sakens kjerne treffende:

«En kontrakt skal være oversiktlig, lett å finne fram i, alle viktige spørsmål skal være regulert på en klar, rimelig og hensiktsmessig måte, og den skal ikke være for lang. Men alle disse målsettinger lar seg ikke realisere samtidig, og man tvinges til å inngå en rekke kompromisser.»⁵¹

Kompromissene går langs to akser – mellom abstraksjon og konkretisering, og mellom å være for uttømmende og å overlate for mye til bakgrunnsrett og utfylling. Her er balansegangen særlig vanskelig fordi kontraktene søker å regulere en tidvis svært komplisert materie, samtidig som de som forholder seg til avtaleverket i det daglige normalt ikke

⁵⁰ Nedenfor behandles de ulike kontraktselementene i den rekkefølge jeg mener gir den mest hensiktsmessige fremstilling, ikke nødvendigvis slik de normalt er prioritert ved motstrid.

⁵¹ *Torvund* (1997) side 48.

er jurister, men i all hovedsak ingeniører, utviklere og forskere. Beveger man seg da for langt i retning av en omfangsrik og abstrakt kontrakt er faren stor for at den oppleves som lite relevant, og derfor ikke konsulteres når man i det daglige står overfor spørsmål knyttet til samarbeidet. En god kontrakt bør derfor, i tillegg til å oppstille en generalregulering av et spørsmål, gi konkrete eksempler på hva plikten nærmere går ut på.⁵² Samtidig er det naturligvis viktig at man ikke helt utelater abstrakte klausuler til fordel for de konkrete – kontrakten vil da lett få et kasuistisk preg, og gi liten veiledning der man kommer opp i uforutsette situasjoner.

På samme måte bør man tilstrebe å begrense kontraktens omfang – man skal være ganske ivrig for å lese hundre sider engelsk kontraktstekst for å sette seg inn i alle tenkelige aspekter rundt egne plikter. Er bakgrunnsretten klar, og man ikke har til hensikt å fravike denne, kan man i mange tilfeller nøye seg med å henvise til denne som generalregulering.⁵³ Igjen må man være forsiktig med å bevege seg for langt i motsatt retning. Har avtalen for mange huller, for eksempel bestemmelser om at man skal ha «*rett til å forhandle*» om noe, eller at en gitt situasjon som kan tenkes å oppstå, for eksempel at flere parter har ikke-forenbare rettigheter til et gitt prosjektresultat, skal løses «*på en rimelig måte*» etter at situasjonen – og normalt også tvisten – har oppstått, bør man være svært forsiktig med.

3.3 Standardvilkår

3.3.1 Ulike standardvilkår

Med standardvilkår menes kontraktvilkår som er utarbeidet på forhånd og som er tenkt anvendt i et ubestemt antall fremtidige kon-

⁵² Se for eksempel om varslingsplikter nedenfor i punkt 6.3.3.

⁵³ Et eksempel på dette er DESCA-avtalen, se under. Konsipistene, den såkalte «DESCA-gruppen», viser til det er nettopp på grunn av «*the principle of "good faith" [and] other characteristics of civil law systems*» at de har vært i stand til å holde avtalen så kort som den er.

trakter av en viss type.⁵⁴ Standardvilkår kan deles i to hovedgrupper – de som har blitt utarbeidet av én aktør eller en gruppe aktører med sammenfallende interesser, og de som har blitt utarbeidet i fellesskap mellom ulike interessegrupper. Til denne gruppen tilhører også standardvilkår utarbeidet av nøytrale tredjeparter – som for eksempel Forskningsrådet.

3.3.2 Ensiktig utviklede standardvilkår

De viktigste aktørene på dette området har alle, ikke overraskende, utviklet sine egne standardkontrakter. Dette gjelder både de industrielle aktørene og forskningsinstitusjonene. Hvor gunstige disse standardvilkårene er for parten selv vil variere – i noen tilfeller vil det være snakk om rene *forhandlingsutgangspunkter* man i noenlunde likevektige forhandlinger har lite håp om å få lagt til grunn, mens andre er så balanserte at de ligner til forveksling på standardvilkår utviklet i samarbeid mellom aktører fra begge sider. Normalt ligger de naturligvis et sted mellom disse ytterpunktene.

3.3.3 Avtalte standardvilkår

En norsk standardavtale basert på standardvilkår utarbeidet i samarbeid mellom ulike interessegrupper foreligger ikke. Det er imidlertid utviklet to avtaler som begge søker å være balanserte – «*Mal for Konsortieavtale*» utgitt av Forskningsrådet og «*Standardkontrakt for oppdragsforskning*» utgitt av Kunnskapsdepartementet. Særlig «*Mal for konsortieavtale*» synes å være temmelig mye i bruk. Denne samarbeidsavtalen oppfyller de minimumskrav Forskningsrådet stiller til samarbeidsavtalen mellom partene, og gir et utgangspunkt for videre regulering av samarbeidet. Avtalen kan benyttes mer eller mindre uten endringer og tillegg, men det presiseres at den ikke «*nødvendigvis er uttømmende*». Det kan argumenteres for at dette er en litt uheldig tilnærming.⁵⁵

⁵⁴ Haaskjold (2002) side 166 med videre henvisninger.

⁵⁵ Se nedenfor i kapittel 10 om mulige endringer av standardavtalen.

Det foreligger enkelte eksempler på standardavtaler som ikke er utviklet i Norge, men som allikevel har betydning for norske aktører. Den klart viktigste er den såkalte DESCA-avtalen.⁵⁶

DESCA-avtalen er utviklet gjennom et samarbeid mellom mange av de viktigste aktørene innenfor *Rammeprogrammet*, se over i punkt 1.6.⁵⁷ Avtalen er lagt opp modulært etter størrelsen på prosjektet, og med en egen modul for IKT-prosjekter. På den måten blir deltagerne «tvunget» til å ta stilling til hvilken struktur som passer deres prosjekt, og avtalen blir best mulig tilpasset dette. Man inngår altså et kompromiss mellom «skreddersøm» og standardvilkår. Det er viktig å merke seg at DESCA-avtalen er komplementær til *Tildelingsavtalen* med Kommisjonen – som altså inneholder materielle bestemmelser om forholdet mellom partene.⁵⁸ DESCA-avtalen må derfor tilpasses noe for å kunne benyttes i prosjekter utenfor *Rammeprogrammet*.

3.4 Ulike kontraktselementer og -dokumenter

3.4.1 Spesifisering av hovedforpliktelsen

Normalt skilles beskrivelsen av hovedforpliktelsene, og da først og fremst realforpliktelsen, ut i et eget dokument – ofte kalt «*Arbeidsbeskrivelse*» eller «*Scope of work*». Dette inneholder da gjerne en oversikt over målene for prosjektet og de konkrete oppgavene det skal jobbes med. Arbeidet vil ofte systematiseres i «*arbeidspakker*» – nærmere definerte deler av realytelsen. I tillegg til dette finner man normalt en tentativ fremdriftsplan – typisk med bestemmelser om hvilke nærmere definerte begivenheter, *milestones*, som senest skal inntre på gitte tidspunkter – og en finansieringsplan og/eller et budsjett. Dersom arbeidet strekker seg over flere år avtaler man gjerne at det hvert år skal utarbeides en arbeids- og fremdriftsplan. Dette blir da enten en spesifisering eller et avvik fra det overordnede arbeidsdokumentet.⁵⁹

⁵⁶ «*Development of a Simplified Consortium Agreement*».

⁵⁷ <http://www.desca-fp7.eu/about-desca/> (Brukt 03.09.2010).

⁵⁸ Se over i punkt 1.5 om *Tildelingsavtalen*.

⁵⁹ Dersom det er snakk om et avvik har man i realiteten å gjøre med en kompetansebestemmelse for *Felleskapet*, se over i punkt 2.3.2.

3.4.2 Hoveddokumentet

Hoveddokumentet i avtalen – ofte betegnet «*Samarbeidsavtalen*» eller «*The Cooperation agreement*» – er selve kjernen i avtaleverket. Normalt vil de aller fleste av partenes plikter, rettigheter og ansvar overfor hverandre følge av dette dokumentet. Dette inkluderer for eksempel organiseringen av samarbeidet, informasjonsutvekslingsrutiner og varslingsplikter, fordelingen av immaterielle rettigheter og konfidensialitetsbestemmelser. Hoveddokumentet er som den klare hovedregel gitt forrang ved motstrid.⁶⁰ Hoveddokumentet er altså avtalens klart viktigste dokument, og i mange tilfeller, sammen med arbeidsbeskrivelsen og *Tildelingsavtalen* eller avtalen med Forskningsrådet, også det eneste.

I kontraktsforhold hvor en av partene har en helt dominerende stilling, typisk fordi denne parten alene bidrar med all finansiering, vil dette hoveddokumentet kunne bestå av de generelle vilkårene til denne parten – typisk i form av en rammeavtale for innkjøp av forskningstjenester.⁶¹

3.4.3 Bakgrunnsdokument

For å minimere risikoen for at det skal oppstå tvister knyttet til immaterielle rettigheter og knowhow partene bringer med seg inn i prosjektet, da særlig etter at prosjektet har blitt gjennomført, er det ikke uvanlig å innta en egen oversikt over relevant bakgrunnskunnskap – *background* – partene sitter med før prosjektet starter.

Normalt sammenfaller dette med prosjektbakgrunnen,⁶² altså informasjon som stilles til de øvriges disposisjon, men ikke nødvendigvis. Også kunnskap og immaterielle rettigheter som ikke blir stilt til rådighet for de øvrige vil kunne inntas for å unngå tvilssituasjoner og uklarhet.

⁶⁰ Dette er litt upresist. *Tildelingsavtalen* i *Rammeprogram*-prosjekter, og normalt også avtalen med Forskningsrådet, har gjerne allikevel forrang. Har man fått et endringsvedlegg, se nedenfor i punkt 3.4.4, vil dette naturlig nok også få forrang.

⁶¹ Se for øvrig Gisvold (1983) side 284 om bruken av generelle vilkår for forsknings- og utviklingsarbeid innenfor petroleumssektoren. Se også Buller (2005) side 31.

⁶² Se over i punkt 2.2.

Ofte har parten rett på kompensasjon dersom hans bakgrunnskunnskap er nødvendig for å utnytte prosjektresultatene, og dersom bakgrunnskunnskapen ikke behøves i prosjektet vil han normalt beholde sin eksklusive rett til disse. Ved å innta disse i et eget dokument sikrer man seg mot tvil om hva som er bakgrunnskunnskap og hva som er prosjektresultater – *foreground*.

Et vanskelig spørsmål deltakere i forskningssamarbeider i noen tilfeller vil komme opp i, som riktignok ikke er av juridisk art, er hvorvidt man skal deklare et immaterielt gode eller knowhow som «background» selv om dette kan forringe kunnskapens verdi. Dette vil typisk kunne være situasjonen der kunnskapen ikke kan beskyttes gjennom patentering. Ved å gjøre denne kunnskapen kjent for samarbeidspartene vil man kunne risikere at disse utnytter kunnskapen – enten direkte eller som «inspirasjon» for sin egen forskningsinnsats utenfor prosjektet. At dette normalt vil være et mislighold er nok en mager trøst – sannsynligheten for at noe slikt skal bli oppdaget vil være forsvinnende liten. Spørsmålet kommer på spissen der det er fare for at lignende eller identisk kunnskap vil bli utviklet innenfor prosjektet. Og særlig prekært blir det i de tilfellene det er bestemt at alle resultater som ikke er inntatt i bakgrunnsdokumentet er å anse som prosjektresultater, uavhengig av om en part kan bevise at han satt med denne kunnskapen på forhånd. Dette blir som sagt en ren kommersiell risikoavveining for deltakerne.

Bakgrunnsdokumentet kan eventuelt suppleres ved at man inntar et eget dokument for såkalt omstridt bakgrunnskunnskap. Dette vil da kunne tjene som bevismiddel i en senere tvist der en part etter at prosjektet er kommet i gang oppdager at de ikke har fått lagt til bakgrunnskunnskap de mener å ha brakt inn. For de øvrige parter kan det være vanskelig å ta stilling til om et konkret immaterielt gode eller knowhow ble brakt inn av en part, og alle parter er tjent med å utsette en eventuell konflikt til prosjektet er sluttført.

I noen tilfeller inntas det egne dokumenter som presenterer partene, deres kompetanse og hvorfor de deltar, altså deres interesse i prosjektet. Slike dokumenter vil naturligvis ha begrenset juridisk betydning, men

kan i tvilstilfeller underbygge eller tjene som bevismiddel for en berettiget forventning.

3.4.4 Andre dokumenter

Det vil naturligvis være et hensiktsmessighetsspørsmål å skille ut deler av kontrakten i egne vedlegg. Grunnen til at man velger dette er typisk at man ønsker forholdsvis avanserte styrings- og rapporteringsverktøy, spesifikasjon av hvor det skal søkes patenter, systemer for suksessvederlag til forskningsinstitusjonene og egne verktøy for behandling av prosjektresultater eller lignende.

Dersom man får avtaleendringer vil disse, særlig dersom de er av stor betydning, gjerne inntas som et eget vedlegg til kontrakten – et endringsvedlegg. Et typisk eksempel på et slikt endringsvedlegg vil være vilkårene for en ny deltakers tilslutning til samarbeidet.

3.4.5 Spesielt for prosjekter som delfinansieres av Forskningsrådet

Som påpekt over er *Prosjektansvarlig*⁶³ forpliktet til å sørge for at samarbeidsavtalen er i overensstemmelse med avtalen med Forskningsrådet, og at de øvrige parter er kjent med innholdet i denne. For at *Prosjektansvarlig* skal kunne sikre seg mot diskrepanser mellom forpliktelsene overfor Forskningsrådet og innholdet i samarbeidsavtalen synes det å være en ikke uvanlig løsning å innta avtalen med Forskningsrådet som vedlegg til samarbeidsavtalen, og da med høyeste prioritet blant kontraktsdokumentene.

Dersom prosjektet hører inn under *Rammeprogrammet* vil *Tildelingsavtalen* binde samtlige deltakere, og man har derfor ikke behov for å innta denne som et eget vedlegg.

⁶³ Se ovenfor i punkt 1.5.

4 Det organisatoriske element

4.1 Innledning

Formålet med dette kapittelet er å gi en oversikt over det man kan kalle det *organisatoriske element* i disse forskningssamarbeidene.⁶⁴ Med dette menes den delen av rettsforholdet og/eller kontrakten som relaterer seg til organiseringen av samarbeidet mellom partene. Dette inkluderer både forhold knyttet til *styringsstrukturen* for prosjektet – opprettelsen av egne organer, deres funksjoner og saksbehandlingsregler for disse – og, der man har organisert seg med felleskompetanse, materielle begrensninger på utøvelsen av partenes stemme- og vetorettigheter.

En prosjektorganisasjon er ikke bare en nødvendig forutsetning for utøvelse av felleskompetansen, den fyller flere viktige funksjoner i forbindelse med selve utføringen av arbeidet – altså avtalenes utvekslings-element. Ved å organisere deltakerne i formaliserte grupper skaper man fora for koordinering og informasjonsflyt – hvor partene kan møtes og diskutere saker, ta opp potensielle problemområder, drøfte endringsmuligheter⁶⁵ og, under ideelle forhold, løse tvister. Dette er sentrale forutsetninger for et optimalt resultat.

En god illustrasjon av dette er, den foreløpig uprøvde, standardavtalen *Prosjektalliansekontrakt 1996* – NPA 96. Denne er beregnet på fabrikkasjonsoppdrag på sokkelen med mange leverandører som alle har inngått leveranseavtaler tilknyttet den samme fabrikkasjonen. Blant flere andre virkemidler for optimal prosjektgjennomføring skal man her opprette «*en Integrert Organisasjon [for å] bedre informasjonsutveksling [og] koordinere styringen av arbeidet under Kontrakten*».⁶⁶

Det er denne sammenhengen mellom utvekslingsforholdet og det

⁶⁴ Motsatsen til det organisatoriske element i avtalen er altså utvekslingselementet. Skillet er kun et systematiseringsgrep, og ofte vil en plikt eller rettighet kunne sees under begge synsvinkler.

⁶⁵ Se nedenfor i punkt 7.1.2 om denne siden av dynamikk i avtaleforhold.

⁶⁶ NPA 96 endelig versjon 1.3.97, se Kaasen (1997) side 147.

organisatoriske element som gjør at en styringsstruktur er fornuftig også i prosjekter uten felles kompetanse – altså først og fremst prosjekter med kun to parter.⁶⁷

Der partene har en felles kompetanseposisjon *må* det nødvendigvis opprettes minst ett organ hvor partene kan møtes for å diskutere spørsmål som kommer opp, og gjennom voteringer ta stilling til hvordan denne kompetansen skal utøves.

For å ivareta disse behovene må eller bør det opprettes en struktur av organer tilpasset omfanget og innretningen av prosjektet. Dette behandles nedenfor i punkt 3.3. I punkt 3.4 behandles enkelte eksempler på saksbehandlingsregler og de ulovfestede materielle begrensningene på partenes avtalte stemme- og vetorettigheter – *maktmisbruksforbudet*. Fordi disse forholdene i så stor grad vil påvirkes av om rettsforholdet faller inn under selskapslovgivningen behandles dette helt kort først.

4.2 Forholdet til selskapsloven

Det vil på flere måter ha betydning om et rettsforhold faller inn under selskapsbegrepet, og det er derfor viktig at deltakerne er oppmerksom på denne problemstillingen. For det første vil det innebære at selskapsloven⁶⁸ kommer inn som deklarasjonsrett. Dette er naturligvis ikke uheldig i seg selv, tvert i mot kan dette i noen tilfeller være en klar fordel – typisk der man har vært for lemfeldig ved utformingen av reglene for organiseringen. Og selv om rettsforholdet mot partenes vilje faller inn under selskapsbegrepet er selskapsloven i stor utstrekning deklarasjonsrett. Parter som har vært klar over problemstillingen, og vurdert den rettslige klassifiseringen korrekt, vil derfor i liten grad bli sjenert av dette. «Problemet» oppstår først og fremst der partene ikke har vært klar over problemstillingen, eller de har, feilaktig, gått ut ifra at samarbeidet ikke er å anse som et selskapsforhold. Samarbeidsavtalen vil da ikke ta høyde for selskapslovens deklarasjonsbestemmelser.

⁶⁷ For en nærmere drøftelse av enkelte særlige spørsmål i den situasjonen se Gissvold (1983) side 305 følgende.

⁶⁸ *Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper* av 21. juni 1985 nr. 83.

Satt på spissen vil dette kunne få uheldige konsekvenser – typisk solidarisk erstatningsansvar og «i verste fall» legitimasjonsvirkninger.

Også i relasjon til mer prosaiske bestemmelser har det betydning om rettsforholdet faller inn under selskapsbegrepet. Dette gjelder for eksempel hvorvidt rettsfellesskapet er underlagt regnskapsloven,⁶⁹ foretaksregistreringsloven⁷⁰ og en lang rekke andre bestemmelser.⁷¹ Her må man imidlertid være klar over at selskapsbegrepet kan variere i de ulike lovene – altså må man, med mindre loven viser til selskapslovens legaldefinisjon, i prinsippet undersøke forholdet til den enkelte lov individuelt.

Det er derfor viktig at deltakerne er oppmerksomme på spørsmålet, og foretar en realistisk vurdering av klassifiseringen – altså at man ikke i fellesskap «bestemmer seg for» at dette ikke er et selskap.⁷² Partenes egen oppfatning av forholdet til selskapsretten er kun et moment ved vurderingen,⁷³ og da med begrenset vekt.⁷⁴ Imidlertid er klausuler som «regulerer» forholdet til selskapsloven slett ikke uvanlig.⁷⁵ Følgende eksempel er representativt:

«[...] *No Representation, Partnership or Agency*

The Parties shall not be entitled to act or to make legally binding declarations on behalf of any other Party. Nothing in this Consortium Agreement shall be deemed to constitute a joint venture, agency, partnership, interest grouping or any other kind of formal business grouping or entity between the Parties.»

⁶⁹ Lov om årsregnskap m.v. av 17. juli 1998 nr. 56 § 1-2 (1) nr. 4.

⁷⁰ Lov om registrering av foretak av 21. juni 1985 nr. 78 § 2-1 (1) nr. 3.

⁷¹ Se Kaasen (2010) side 155 og Weitzenboeck (2010) side 252.

⁷² Et råd som er fornuftig i alle sammenhenger hvor man beveger seg i grenselandet mot selskapsdannelser. Se for eksempel Engesæth (2010) side 191 om leverandørsamarbeid.

⁷³ Ot.prp.nr.47 (1984-1985) side 16.

⁷⁴ Se Andenæs (2007) side 35 og Weitzenboeck (2010) side 242, mer utfyllende Nordtveit (1992) side 139 som i større grad synes å åpne for å legge vekt på dette i enkelte sammenhenger.

⁷⁵ Slik også Weitzenboeck (2010) side 232 og Nordtveit (1992) side 139 finner.

Til illustrasjon kan det nevnes at Skattedirektoratet har, ved vurderingen av et merverdiavgiftsspørsmål knyttet til et *FI-senter*⁷⁶ – som i praksis har samme struktur som samarbeidet denne klausulen er hentet fra – lagt til grunn at et *FI-senter* basert på Forskningsrådets «*Mal for konsortieavtale*» er å anse som et ansvarlig selskap. Altså i praksis motsatt konklusjon av hva partene i dette samarbeidet har lagt til grunn for forholdet seg imellom.⁷⁷

Hvorvidt et rettsfellesskap er å anse som et selskap beror på om det objektivt sett faller inn under definisjonen i selskapsloven § 1-2 jf § 1-1 (1):

«Loven gjelder når en økonomisk virksomhet utøves for to eller flere deltakeres felles regning og risiko, og minst en av deltakerne har et ubegrenset, personlig ansvar for virksomhetens samlede forpliktelser [...]»(mine understrekninger)

Store forskningssamarbeid, som *FI-sentre*, deler mange karakteristika med et ansvarlig selskap med hensyn til oppbygning og styring, og de oppfyller mange av vilkårene for å falle inn under selskapslovens saklige virkeområde. Den virksomhet de driver er klart nok av økonomisk karakter for de finansielle bidragsyterne,⁷⁸ de består av flere deltakere og med forholdsvis omfattende drift over flere år er også virksomhetsvilkåret oppfylt.⁷⁹ Allikevel er det særlig to forhold som tilsier at selv store og omfattende forskningssamarbeider som hovedregel faller utenfor selskapsloven.

For det første vil virksomheten normalt ikke foregå for *felles regning og risiko*. Det er ikke nok for å oppfylle dette vilkåret at partene rent faktisk har sammenfallende interesser, for eksempel der forskningsin-

⁷⁶ Se over i punkt 2.2.

⁷⁷ Skattedirektoratets brev til Forskningsrådet av 14. oktober 2009. Brevet er publisert på <http://www.forskningsradet.no/no/Samarbeidsprosjekter/1183468209272> (Brukt 22.01.2011).

⁷⁸ At disse mottar utbytte i form av naturalia har ikke betydning for vurderingen, se Nordtveit (1992) side 131, Woxholth (2005) side 33 og Kaasen (2010) side 159.

⁷⁹ Jf NOU 1980:19 *Lov om selskaper med videre* side 108.

stisjonen har rett på royalties fra viderelisensiering – de må i fellesskap være forpliktet til å dekke eventuelle underskudd. Forskningsinstitusjonene er uten unntak – i hvert fall i alle mine eksempler – sikret vederlag uavhengig av om prosjektet alle forhold tatt i betraktning går med overskudd. Som det heter i selskapslovens forarbeider: «*En som måtte være interessert i en virksomhet ved å ha krav på betaling uten hensyn til om virksomheten går med overskudd, er ikke ”deltaker” i et selskap.*» (min understrekning)⁸⁰ Dette må imidlertid nyanseres noe, en selskapsdeltaker kan ha krav på betaling uavhengig av resultatet, for eksempel godtgjørelse for styrearbeid, uten at dette utelukker at han er å anse som deltaker. Men det må nok kreves at deltakerens økonomiske hovedinteresse blir oppfylt gjennom resultatet av driften – og det vil klart nok sjelden eller aldri være tilfelle for en forskningsinstitusjon.

For det annet er det ikke gitt at forskningsinstitusjonens interesse kan sies å være av *økonomisk* art. Nordtveit skriver om dette:

«Det er vanskeleg å seia at eit universitet eller andre forskningsinstitusjonar som inngår slike avtalar har noko ordinær økonomisk interesse i samarbeidet. Rett nok får dei gjennom samarbeidet tilgang på meir midlar, og kan oppretthalda ein større stab og større aktivitet enn dei elles kunne, men dette kan neppe seiast å føra til at det vert tale om ei «økonomisk virksomhet». At det frå den andre parten si side er eit økonomisk motiv for å delta i samarbeidet, kan neppe endra dette, i dei tilfella der vedkommande får sitt eventuelle økonomiske utbyte gjennom utnytting av resultatet for eiga rekning. Ei verksemd kan nok vera «økonomisk» sjølv om berre den eine parten har økonomisk interesse i den, men i slike tilfelle som nemnt vil det verka kunstig å tala om økonomisk verksemd. Normalt vil slike avtalar falla utanfor selskapsomgrepet.»⁸¹

Som den klare hovedregel vil altså slike kontraktsforhold ikke falle inn under selskapslovens saklige virkeområde. Men unntak kan tenkes, for eksempel kan man se for seg at de finansielle bidragsyternes fellesskap isol<ert sett oppfyller vilkårene for å falle inn under selskapsbegrepet.

⁸⁰ Jf NOU 1980:19 *Lov om selskaper med videre* side 108.

⁸¹ Nordtveit (1992) side 131-132.

At det er flere avtaleparter i den konstituerende avtalen kan klart nok ikke utelukke at noen av deltakerne i denne konstituerer et selskap – men det er da kanskje mest nærliggende å anse dette for å være et indre selskap.

En nærmere grensdragning og klassifisering av de ulike typetilfellene vil helt sprengte rammene for denne fremstillingen – jeg må derfor nøye meg med å vise til annen litteratur om spørsmålet.⁸²

4.3 Styringsstruktur

4.3.1 Valg av styringsstruktur

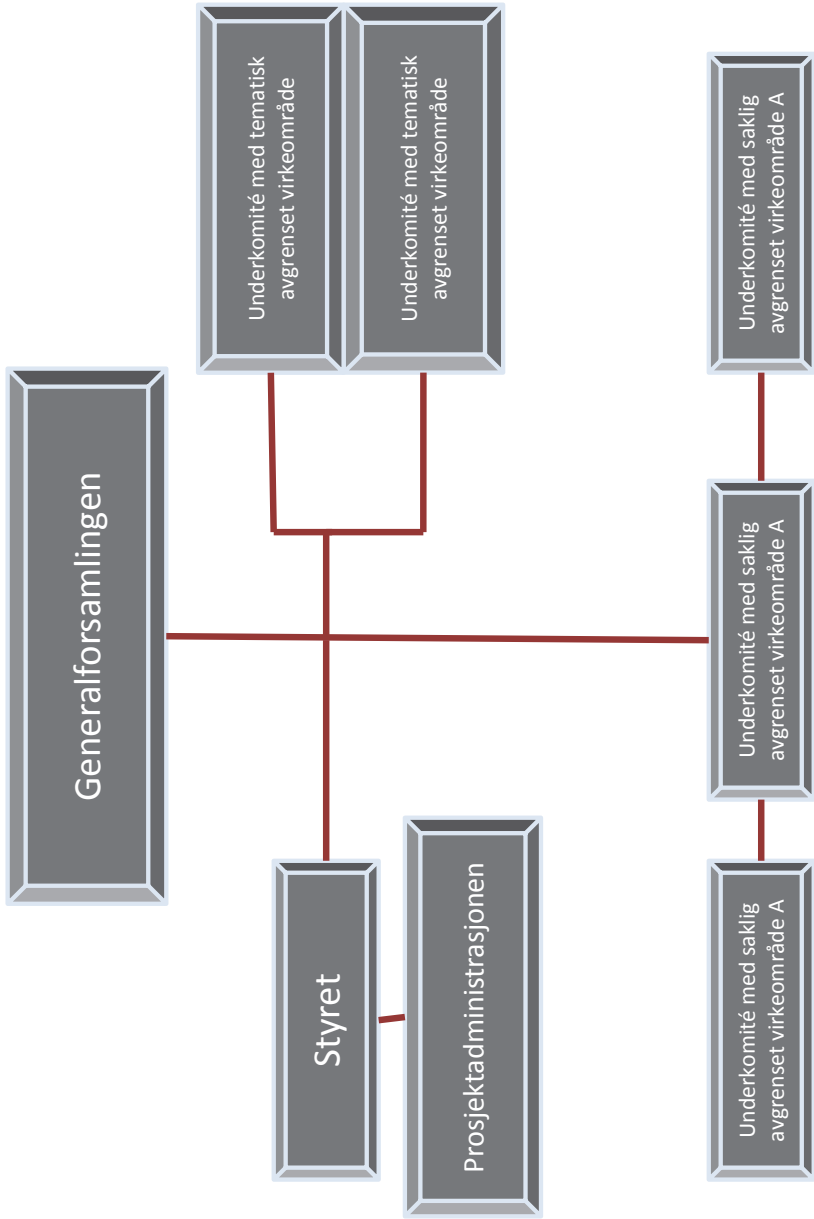
Hvilken struktur, og hvilket omfang, man velger på organisasjonen vil naturligvis variere, og i praksis vil man støte på alle tenkelige kombinasjoner med hensyn til vertikal og horisontal organisering. I enkle samarbeidsforhold vil man kun ha behov for ett organ, som da fyller beslutnings- og koordineringsrollen, i tillegg til en «dag-til-dag»-administrasjon. Denne holdes da gjerne av en av deltakerne, for eksempel den part som er *Prosjektansvarlig* overfor Forskningsrådet.

Jo større og mer komplekst samarbeidsprosjektet er, jo større og mer kompleks blir naturligvis organisasjonen. I de største prosjektene vil man gjerne finne en struktur av faggrupper og underutvalg med saklig eller tematisk avgrenset virkeområde, i tillegg til en «generalforsamling». Her har man også normalt et eget styre uten materiell kompetanse, og egne ansatte i «dag-til-dag»-administrasjonen.

Nedenfor gjennomgås de vanligste organene helt kort. At samtlige behandles må ikke tolkes som at alle prosjekter har disse organisasjonsleddene – tvert imot er dette heller unntaket.

Denne figuren representerer et tenkt eksempel på en styringsstruktur som inkluderer samtlige av de organisasjonsleddene som behandles nedenfor:

⁸² Se særlig Nordtveit (1992) side 118 følgende, Weitzenboeck (2010) side 232 følgende, Lund (1991) side 165 følgende og Woxholth (1987) side 492 følgende.



4.3.2 Generalforsamling

Kjernen i organisasjonsstrukturen vil være en generalforsamling – normalt betegnet «Styringskomiteen», «Styringsgruppen» eller rett og slett «The General Assembly». Typisk er dette organet også – avhengig av om det er naturlig å se på prosjektadministrasjonen som et eget organ – også det eneste. Det er først og fremst to hovedfunksjoner generalforsamlingen oppfyller. Kontrollfunksjonene – godkjenning av regnskaper, rapporter og planer som legges frem av *prosjektledelsen*⁸³ eller, i mindre kontraktsforhold, av realdebitor(ene) – og utøvelsen av felleskompetansen dersom man har slik. Avgjørelser fattes ved simpelt eller, i noen tilfeller, kvalifisert flertall. Samtlige deltakere er representert med forslags-, tale- og stemmerett. Misligholdende parter mister normalt stemmeretten, men, med mindre avtalen heves, beholder ofte møteretten.

Et eksempel på en bestemmelse om generalforsamlingens oppgaver:

«[...]Styringsgruppen er Konsortiets besluttende organ som skal sørge for Prosjektets overordnede koordinering og fremdrift i henhold til Prosjektbeskrivelsen og fremdriftsplanen.»

I tillegg til en slik generalregulering har man gjerne konkretisert enkelte eksempler på plikter og oppgaver for generalforsamlingen.

Man finner ofte bestemmelser om at generalforsamlingen har «kompetanse» til å endre partens plikter etter avtalen, men da med et absolutt enstemmighetskrav. Vedtak i generalforsamlingen blir da i realiteten et formalisert system for endringsavtaler. For å unngå uenighet og usikkerhet knyttet til hvilke fullmakter partenes representanter har inneholder flere kontrakter eksplisitte bestemmelser om at representantene skal anses for å ha fullmakt til å binde parten i alle saker som angår forskningssamarbeidet.

Hvor ofte generalforsamlingen møtes vil variere. Der det er oppret-

⁸³ Altså styret og/eller prosjektadministrasjonen, se nedenfor i punkt 4.3.5.

tet et eget styre vil man normalt ikke ha behov for å holde ordinære møter oftere enn én gang i året. Skulle styret ha behov for, eller plikt til, å få behandlet en sak utenom disse må man kalle inn til et ekstraordinært møte.

Saksbehandlingsregler for organene, for eksempel adgangen til å avholde møter i generalforsamlingen uten at representantene fysisk samles, behandles samlet nedenfor.

4.3.3 Underkomiteer

I større prosjekter opprettes gjerne egne underkomiteer uten materiell kompetanse.⁸⁴ Disse er normalt opprettet med et saklig avgrenset virkeområde – typisk knyttet til et underprosjekt. Underkomiteen skal da holde øye med fremgangen i underprosjektet, utarbeide anbefalinger til styret og generalforsamlingen og ta stilling til konkrete henvendelser fra disse – for eksempel hvordan generalforsamlingen bør forholde seg til diskrepanser mellom fremdriftsplaner og faktisk fremgang. Lederen av underkomiteen vil ofte ha plass i styret og/eller være tilknyttet prosjektadministrasjonen. Underkomiteene fyller i tillegg en viktig funksjon ved at de skaper et hensiktsmessig forum for informasjonsutveksling og koordinering mellom parter som jobber på den samme, saklig avgrensede, del av prosjektet.

En spesiell form for underkomiteer er de som har sin funksjon og virkeområde løsrevet fra en konkret del av prosjektet – underkomiteer med det man kan kalle et *tematisk avgrenset* virkeområde. Her har man opprettet egne grupper, i noen tilfeller med eksterne medlemmer, som skal holde fokus på spørsmål som angår alle deler av prosjektet, men som allikevel bør adresseres i arbeidsgrupper med en viss ekspertise og kontinuitet. Dette kan for eksempel være en gruppe av akademikere som skal gi strategiske råd om prioriteringer for forskningsarbeidet, eller en «kvalitetssikringsgruppe» som jobber med å sikre at man i alle ledd jobber mot kommersielt interessante mål.

⁸⁴ Med et unntak for DESCА-avtalen hvor underkomiteene har kompetanse til å endre arbeidsfordelingen mellom medlemmene i underkomiteen «*when such exchange has no impact beyond the scope of the Sub Project and its budget.*»

4.3.4 Styre

I større prosjekter er det vanlig å opprette et eget styre som sammen med prosjektadministrasjonen forestår den daglige driften av prosjektet. Dette styret kan på mange måter sammenlignes med styreorganer i andre sammenslutninger, men har altså, som tidligere nevnt, verken materiell kompetanse eller kompetanse til å på andre måter binde medlemmene. Styrets oppgave er først og fremst å – gjennom kontakt med prosjektadministrasjonen og underkomiteer – løpende ta stilling til om utviklingen for prosjektet er slik generalforsamlingen forutsatte sist gang den var samlet og om dennes bestemmelser blir gjennomført som planlagt. Skulle dette ikke være tilfelle vil styret ha rett og plikt til å innkalle til et ekstraordinært møte i generalforsamlingen.

Som det blir presisert i flere avtaler er en av styrets viktigste funksjoner å arbeide for konsensus rundt driften av prosjektet, og å komme frem til forslag til vedtak for generalforsamlingen det er grunn til å tro at det vil være enighet om. På den måten strømlinjeformes driften av prosjektet mest mulig, potensielle konflikter avverges og man optimaliserer mulighetene for å få fattet vedtak:

«[...] *The Board shall:*

[...]

Seek consensus among the Parties in all strategic matters.

[...]»

Selv om styret ikke har formell makt, har det allikevel naturligvis betydelig innflytelse.⁸⁵ At styremedlemmene må bruke denne innflytelsen til å fremme det felles beste – herunder forholde seg til en uskreven inhabilitetsnorm – må sies å være en synlig og kausal forutsetning for at de øvrige deltakerne har valgt disse inn.⁸⁶

Det er den enkelte deltaker i avtalen som får rett til å være representert i styret, og selv om dette nødvendigvis må skje ved en fysisk person er ikke dette et tillitsverv for denne fysiske personen. Et personlig sty-

⁸⁵ Et poeng som blant annet blir trukket frem i kommentarene til DESCAs-avtalen.

⁸⁶ Se også Nygaard (1997) side 180.

reansvar – som utelukker arbeidsgiveransvar⁸⁷ og kontraktshjelperansvar – er det derfor ikke snakk om her.

4.3.5 Prosjektadministrasjon

Med prosjektadministrasjonen menes det «organet» som forestår den daglige driften av forskningssamarbeidets administrative funksjoner. I noen tilfeller består dette av én person – ofte kalt prosjektleder –, mens det i andre tilfeller er snakk om en egen administrasjonsenhet med opptil flere egne ansatte. Normalt er det en av partene som utnevner og har ansvaret for prosjektadministrasjonen.

Prosjektadministrasjonen skal typisk føre regnskap og forslag til budsjetter, innkalle til møter i styret og generalforsamlingen, skrive og sende ut referat fra generalforsamlings- og styremøter og ellers ta seg av det som måtte være nødvendig for den daglige drift. I tillegg til disse administrative oppgavene har naturligvis prosjektadministrasjonen en viktig overvåknings- og oppfølgingsfunksjon overfor de øvrige parter og underutvalg. Prosjektadministrasjonens oppgaver kan altså på mange måter sammenlignes med daglig leders oppgaver, men, igjen, helt uten legitimasjonsrett eller materiell kompetanse.

Prosjektadministrasjonen utgjør sammen med et eventuelt styre det man kan kalle *prosjektledelsen*. Som styret vil også prosjektadministrasjonen være forpliktet til å jobbe for å fremme prosjektet som sådant, uavhengig av interessene til den eller de som har oppnevnt denne – og som normalt også er dennes arbeidsgiver. I ethvert tilfelle er det vel grunn til å tro at prosjektadministrasjonen – i hvert fall i større prosjekter – i praksis vil identifisere seg med prosjektet selv.⁸⁸

⁸⁷ Høyesterett kom i Rt. 1996 s. 742 enstemmig til at *Lov om skadeserstatning* av 13. juni 1969 nr. 26 § 2-1 ikke hjemler erstatningsansvar for arbeidsgiver der et styremedlem som har fått vervet som følge av sitt arbeidsforhold har forsømt seg.

⁸⁸ Dette var også, den noe forsiktige, konklusjonen i en undersøkelse av *joint ventures* i norsk industri fra 1970-tallet. Se Jensen (1971) særlig side 38.

4.4 Saksbehandlingsregler og materielle kompetansebegrensninger

4.4.1 Innledning

Nedenfor behandles de krav som stilles til utøvelsen av partenes organisatoriske rettigheter. Det vil først og fremst si saksbehandlingsreglene, som typisk er kontraktsfestede, og de ulovfestede materielle begrensningene på partenes individuelle organisatoriske rettigheter – først og fremst deres stemme- og vetorettigheter.

Fordi deltakerne ikke på forhånd vil vite om de kommer i en situasjon hvor de selv risikerer å bli utsatt for et overtramp vil alle i utgangspunktet ha en interesse i at disse reglene er så robuste som mulig.⁸⁹ Samtidig vil det naturligvis være slik at jo strengere saksbehandlingsregler man oppstiller – jo mindre fleksibel og enkel blir prosjektstyringen. På samme måte må hensynet til mindretalls- og flertallsvern balanseres mot hverandre.

Formelle og materielle krav til utøvelse av organisatoriske rettigheter og organisasjonsdrift sikrer deltakerne et – om enn begrenset – vern mot overtramp, uavhengig av den konkrete situasjon.

4.4.2 Saksbehandlingsregler

De avtalte saksbehandlingsreglene, som det gjennomgående er forholdsvis få av, kan grovt sett deles i to. Den ene gruppen består av et forholdsvis kasuistisk sett av bestemmelser som er ment å sikre ryddig drift av forskningssamarbeidet – for eksempel sikre en viss notoritet rundt avgjørelsene. Dette er typisk regler om hvor ofte de ulike organene skal ha ordinære møter og hva som skal behandles; hvem som skal føre referat og distribuere disse til deltakerne; hvem som kan innkalle til ekstraordinære møter og med hvilket varsel; fremleggelse og behandling av regnskap og så videre. Det må antas at disse reglene etter forholdene kan utfylles med saksbehandlingsreglene innenfor selskapsretten, og, i begrenset grad, foreningsretten.

Den andre hovedgruppen av «saksbehandlingsregler» ligger i gren-

⁸⁹ Som Nordtveit (1992) side 229 påpeker om flertallsmisbruk.

seland mellom kompetansebestemmelser og saksbehandlingsregler. Disse er rettet inn mot å sikre at materielle vedtak er representative – det vil si at de ikke har blitt «sneket igjennom». Dette er typisk bestemmelser om hvor mange som må være representert på et møte i generalforsamlingen for at denne skal være beslutningsdyktig, hvordan saker skal annonseres og gjøres kjent for deltakerne på forhånd,⁹⁰ og visse bestemmelser om utvidet og etterfølgende vetorett der et vedtak er et resultat av forsert saksbehandling.

Ved å identifisere formålene med de ulike saksbehandlingsreglene kan man i stor grad kan lage unntak fra disse – typisk for å oppnå høyere omstillingsevne eller lette administrasjonen – dersom dette kan gjøres på en måte som allikevel sikrer disse formålene. Det er for eksempel ikke uvanlig at generalforsamlingen er vedtaksfør selv om den ikke er fysisk samlet – møtet foregår da ved hjelp av fjernkommunikasjon som telefonkonferanse eller sirkulasjon av forslag og avstemming via e-post – dersom ingen protesterer. På samme måte kan en sak ofte behandles selv om den har innkommet etter fristen dersom generalforsamlingsmøtet ikke motsetter seg dette. Fordi partene ikke har møteplikt betyr dette at en sak i teorien kan bli behandlet av generalforsamlingen uten at alle deltakere har blitt varslet om dette. For å avhjelpe virkninger som dette vil man gjerne avtale en utvidet vetorett, altså uavhengig av om parten ellers ville hatt rett til å nedlegge veto mot avgjørelsen, innenfor en kort tidsperiode etter at møtereferatet – hvor avgjørelsen fremkommer – blir oversendt parten.⁹¹ Følgen blir at generalforsamlingen har større kompetanse dersom det ordinære saksbehandlingsspor følges. Denne matrisen representerer et slikt system av vetorettigheter:⁹²

⁹⁰ Avtalene oppstiller her ofte bare et krav til *når* en sak må ha blitt innvarslet for at den skal kunne behandles på møter. Dette må klart nok tolkes som at varselet i noen grad må være dekkende for den saken som skal behandles, og at varselet om nødvendig må suppleres med den bakgrunnsinformasjon deltakerne vil trenge for å sette seg inn i saken. Se Woxholth (2008) side 296 med videre henvisninger.

⁹¹ Se også Woxholth (2004) side 159.

⁹² Matrisen representerer DESCA-avtalens system og er basert på en matrise inntatt i kommentarene.

	Saken oppført på møteinnkallingen		Saken ikke oppført på møteinnkallingen	
	Har rett til å nedlegge veto på møtet	Har rett til å nedlegge veto innen 15 dager etter at møtereferatet har blitt oversendt parten	Har rett til å nedlegge veto på møtet	Har rett til å nedlegge veto innen 15 dager etter at møtereferatet har blitt sendt
Parten er tilstede eller på annen måte representert på møtet	JA	NEI	JA	JA
Parten er verken tilstede eller på annen måte representert på møtet	N/A	NEI	N/A	JA

Virkningene av brudd på saksbehandlingsregler og formkrav vil normalt være ugyldighet. Dette kan imidlertid ikke gjelde uten unntak.

Er bruddet for eksempel helt bagatellmessig vil det være lite fornuftig å operere med en regel om at dette medfører ugyldighet. *Smith* skriver om brudd på privatrettslige saksbehandlingsregler:

«Slike regler har [...] ikke først og fremst sin verdi i seg selv; prosessuelle regler er mer å anse som midler til å nå forsvarlige og materielt riktige avgjørelser. Derfor vil det som regel ikke være grunn til å sette et vedtak til side hvis feilen ikke med rimelighet kan antas å ha påvirket innholdet i vedtaket. Dette er i samsvar med et nokså bredt anerkjent prinsipp, uttrykt bl.a. i fvl. § 41.»⁹³

I tillegg til ugyldighetsvirkninger⁹⁴ vil overtredelse av disse reglene, forutsatt at man anser de for å være mer enn rene ordensforskrifter, kunne sanksjoneres med de ordinære misligholdssanksjoner – overtredelse er brudd på pliktene etter avtalen.⁹⁵ Her vil i praksis erstatning eller heving av avtalen være de aktuelle misligholdsbeføyelser – altså vil misligholdsreaksjoner normalt forde forholdsviss eklatante brudd på saksbehandlingsreglene, eller et økonomisk tap.

4.4.3 Materielle begrensninger på utøvelsen av stemme- og vetorett

Partenes organisatoriske rettigheter knyttet til flertallsavgjørelser, det vil si deres stemme- og vetorettigheter,⁹⁶ er, som den klare hovedregel, etter sin ordlyd ubegrensete. Altså kan partene i utgangspunktet helt fritt benytte disse rettighetene som de selv ønsker uavhengig av hvilken motivasjon som ligger bak, og uavhengig av hvilke følger kompetanseutøvelsen får for de øvrige deltakere – naturligvis forutsatt, dersom dette direkte

⁹³ *Smith* (1979) side 635-36. Se også *Woxholth* (2008) side 313 med videre henvisninger. For selskapsretten se *Werlauff* (2006) side 458.

⁹⁴ Straks nedenfor i punkt 4.4.3 behandles spørsmålet om *Felleskapet* i noen tilfeller allikevel er legitimert til å binde den enkelte.

⁹⁵ Slik også for ansvarlige selskaper *Woxholth* (2004) side 159

⁹⁶ Misbruk av de organisatoriske rettigheter omfatter naturligvis også situasjoner med bestemmende mindretall. Med «vetorett» menes her alle de tilfeller hvor et mindretall kan blokkere en avgjørelse.

resulterer i et vedtak, at vedtaket ligger innenfor felleskompetansen.⁹⁷

Satt på spissen vil man altså kunne se for seg at en misfornøyd deltaker kunne tvinge gjennom en reforhandling av avtalen ved å gjøre det klart at denne ellers akter å benytte seg av en, i et tenkt eksempel, generell vetorett i alle spørsmål generalforsamlingen behandler, og på den måten velte hele prosjektet.⁹⁸ Eller, en mer tradisjonell situasjon, at et flertall benytter seg av sin stemmeovervekt til å gi seg selv en særfordel. Det typiske eksempelet på dette vil være at flertallet velger å avstå fra å erklære mislighold overfor en part, fordi dette er i overensstemmelse med deres egne interesser utenfor prosjektet. Fordi dette bare indirekte påvirker de øvrige deltakernes rettigheter og plikter vil en slik oppførsel normalt ikke kunne blokkeres av mindretallets vetorettigheter.

Det er klart nok at med mindre man finner klare holdepunkter i avtalen for det motsatte vil partenes organisatoriske rettigheter ikke strekke seg så langt.⁹⁹ En slik bruk av disse kontraktsrettighetene vil både utgjøre et brudd på den alminnelige, og i disse kontraktsforholdene svært fremtredende,¹⁰⁰ lojalitetsplikt mellom medkontrahenter,¹⁰¹ og være i strid med det alminnelige forbudet mot rettsmisbruk innenfor kontrakt. *Goode et al.* skriver om maktmisbruk:

«It is characterised by a party's malicious behaviour which occurs for instance when a party exercises a right merely to damage the other party or for a purpose other than the one for which it had been

⁹⁷ Man kan selvsagt ikke bruke flertallskompetansen til å «bestemme» at en deltaker skal bidra med et større finansieringsbidrag. Dette vil ikke bare rammes av maktmisbruksnormen men også ligge utenfor de ytre rammene for *Fellesskapets* kompetanse, se også ovenfor i punkt 2.3.2.

⁹⁸ Se også Nesdam (1997) side 73.

⁹⁹ Det vil være et spørsmål om terminologi om man velger å si at dette er et resultat av at retten ikke strekker seg så langt eller om den i det konkrete tilfelle begrenses. Se Truyen (2005) side 64 og petit straks nedenfor.

¹⁰⁰ Se nedenfor i punkt 6.2

¹⁰¹ Se allikevel Truyen (2005) side 66 følgende som mener den alminnelige lojalitetsplikt langt på vei «konsumeres» av rettsmisbruksforbudet.

granted,¹⁰² or when the exercise of a right is *disproportionate*¹⁰³ to the originally intended results.»¹⁰⁴ (min understrekning)

Man kan også velge å se disse begrensningene utelukkende som utslag av hvilken kompetanse som har blitt overført. Synspunktet vil da være at *Fellesskapet* aldri har fått overført kompetanse som strekker seg så langt som et flertallsmisbruk, slik at flertallsmisbruk ikke egentlig er en kompetansebegrensning, men i det hele tatt ligger utenfor den kompetanse *Fellesskapet* har fått overført fra deltakerne. Og, litt annerledes, at mindretallets rett til å reserve seg mot en beslutning, enten alene gjennom et veto eller som en del av et bestemmende mindretall, ikke er hjemlet i at man har fått denne retten overført av flertallet gjennom avtalen, men at den er et resultat av at den enkelte har beholdt retten til å reservere seg mot visse beslutninger. Synspunktet vil da være at denne restretten til å blokkere en beslutning ikke omfatter de tilfellene hvor en slik blokkering utgjør et mindretallsmisbruk – denne retten har blitt overført. Fordi de nærmere grensene for henholdsvis flertallets og mindretallets kompetanse uansett må fastlegges ved hjelp av de samme reelle hensyn som bærer forbudet mot rettsmisbruk og den alminnelige lojalitetsplikt kan jeg ikke se at resultatet vil bli et annet dersom man velger denne synsvinkelen.

Om man velger å se det ulovfestede selskapsrettslige maktmisbruksprinsipp om forbud mot å skaffe noen en urimelig fordel på fellesskapets bekostning, som må antas å gjelde her, som et utslag av dette forbudet, eller som en egen, selvstendig skranke i tillegg har ikke betydning.¹⁰⁵

Omfanget av partenes rettigheter følger av avtale, og etter forholdene

¹⁰² Om dette motivasjonsaspektet se RG 1994 s. 699 – som senere har blitt lagt til grunn i en rekke dommer fra underrettene, senest RG 1998 s. 294. Her oppstilles et ulovfestet krav om legitim motivasjon for utøvelse av kontraktuelle rettigheter.

¹⁰³ Se Truyen (2005) side 66 med videre henvisninger som vurderer dette proporsjonalitetskriteriet.

¹⁰⁴ Goode (2007) side 530.

¹⁰⁵ Se om dette forbudet Nesdam (1997) side 11-13 og side 84 følgende med videre henvisninger.

vil derfor også avtaleloven¹⁰⁶ § 36 kunne være relevant ved fastleggelsen av partenes kompetanse.¹⁰⁷ Dette vil særlig være aktuelt der en part har fått en utilsiktet bestemmende rolle gjennom vetorettigheter.¹⁰⁸

Hvilke disposisjoner som rammes av dette ulovfestede maktmisbruksforbudet må avgjøres konkret med hensyn til det enkelte samarbeid og forholdet mellom partene. Som *Andenæs* skriver: «*Til syvende og sist blir spørsmålet ofte om det er naturlig å godta dette vedtaket i dette rettsfellesskap.*»¹⁰⁹

Spørsmålet blir så hvilke følger det vil få at en eller flere parter – enten direkte gjennom et ulovlig veto eller indirekte gjennom et bestemmende mindretall eller et flertallsvedtak – har overtrådt grensene for sin kompetanse.

For det første vil en slik handling klart nok utgjøre et brudd på den enkeltes plikter overfor den eller de som blir rammet av maktmisbruket – og således utgjøre et mislighold som kan møtes med de alminnelige misligholdssanksjoner. Dette vil i praksis si heving eller erstatning.

I tillegg til å utløse misligholdsvirkninger vil en slik handling, fordi det her er snakk om begrensninger i kompetansen som tilligger den enkelte, være ugyldig.¹¹⁰

For mindretallsmisbrukssituasjoner innebærer dette at flertallet kan se bort ifra mindretallets veto – og dermed fatte vedtak som om dette ikke har blitt forsøkt blokkert.

Vanskeligere blir det der en avgjørelse krever enstemmighet, og en part urettmessig unnlater å stemme – man kan ikke her si at unnlatsen var ugyldig. Virkningen må da bli at intet vedtak kan fattes – og at den deltakeren som blokkerer et vedtak holdes ansvarlig for

¹⁰⁶ *Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer* av 31. mai 1918 nr. 4.

¹⁰⁷ Slik også Gjertsen (2010) side 89, se ellers Truyen (2005) side 64-65.

¹⁰⁸ Men allikevel først og fremst som en tolkningsfaktor, se for eksempel Rt. 1991 s. 220.

¹⁰⁹ *Andenæs* (1977) side 198.

¹¹⁰ Altså får det som påpekt over ikke betydning om man velger å legge til grunn en synsvinkel om at det her er snakk om kompetanse som aldri har blitt overført, eller om man ser på dette som ulovfestede kompetansebegrensninger i den allerede overførte kompetanse.

følgene av dette, for eksempel gjennom et erstatningskrav.¹¹¹ Dersom situasjonen blir alvorlig nok vil man naturligvis kunne heve avtalen med denne deltakeren, og på den måten oppnå enstemmighet.¹¹²

Der et maktmisbruk har gitt seg utslag i et vedtak – altså i praksis et flertallsmisbruk¹¹³ – vil dette vedtaket være ugyldig. I tillegg vil et slikt vedtak, typisk fordi det allikevel blir fulgt,¹¹⁴ etter forholdene kunne utgjøre et mislighold av *Fellesskapets* forpliktelser overfor én eller flere deltakere. På den måten kan altså et maktmisbruk utgjøre et dobbelt mislighold overfor en deltaker – både fra de deltakerne som sto for maktmisbruket og fra *Fellesskapet*.

Dette får først og fremst betydning der man har deltakere som ikke isolert sett har misligholdt sine forpliktelser gjennom maktmisbrukshandlingen – enten fordi de stemte imot, eller fordi de typisk ikke var kjent med at dette vedtaket ville utgjøre et maktmisbruk overfor en annen deltaker. Disse vil da måtte stå solidarisk ansvarlig overfor den eller de som har blitt utsatt for et mislighold fra flertallets side, men må da kunne søke regress hos de deltakerne som misligholdt sin avtale gjennom maktmisbruket.¹¹⁵

At *Fellesskapets* kompetanseutøvelse, typisk i form av et generalforsamlingsvedtak, er ugyldig innebærer i utgangspunktet at man skal se bort ifra det – det får ikke virkning etter sitt innhold. Problemet her er imidlertid at det kan knytte seg adskillig usikkerhet til hvorvidt et vedtak er ugyldig. Dette er spesielt uheldig der denne usikkerheten veltes over på en deltaker som ikke kan klandres for den situasjonen

¹¹¹ Så også Nesdam (1997) side 75.

¹¹² Se under i punkt 8.2.4.2.

¹¹³ *Nesdam* viser til at også et mindretallsmisbruk kan resultere i et faktisk vedtak; nemlig der et vedtak kommer som en direkte konsekvens av at et alternativt vedtak har blitt blokkert av en mindretallsmisbrukshandling. En slik situasjon virker lite praktisk. Se Nesdam (1997) side 75.

¹¹⁴ Se straks under.

¹¹⁵ Se noe videre i punkt 8.1.2.

som har oppstått, men som allikevel er tvunget til å forholde seg til vedtaket. Det typiske eksempelet på dette vil være et vedtak om å pålegge en realdebitor et endringsarbeid hvor én eller flere deltakere hevder at vedtaket er ugyldig på grunn av maktmisbruk. Realdebitoren må da i utgangspunktet på egen risiko avgjøre om han vil velge å forholde seg til endringsordren, eller om han velger å forholde seg som om vedtaket, og dermed endringsordren, er ugyldig. Sterke reelle hensyn tilsier at en deltaker som kommer i en slik situasjon har rett til å innrette seg som om vedtaket er gyldig, uavhengig av eventuelle protester.

Her må det tas to forbehold. For det første må det naturligvis være snakk om reel usikkerhet – er det klart for en normalt aktsom part at dette vedtaket er et resultat av maktmisbruk vil den beskyttelsesverdige interessen bortfalle. Den deltaker som da allikevel velger å innrette seg etter vedtaket risikerer å selv misligholde sine forpliktelser. For det annet må den deltaker som kommer i en slik situasjon så langt det er mulig lojalt innrette seg etter at det her er snakk om en usikker situasjon. Dette innebærer for eksempel at man avventer eventuelle investeringer dersom dette kan gjøres uten tap.

Det er særlig to grunner til at en slik regel basert på reelle hensyn er lite betenkelig. For det først vil eventuelle tap som følge av at «uskyldige» deltakere har rett til å innrette seg etter vedtaket måtte dekkes av den eller de deltakerne som svarer for maktmisbruket som et mislighold. Og, for det annet, den deltaker som mener at et vedtak er ugyldig, og at en annen deltakers innrettelse etter dette ugyldige vedtaket for eksempel vil medføre «*vesentlig skade eller ulempe*»,¹¹⁶ etter forholdene kunne kreve midlertidig forføyning for å unngå innrettelse. Den deltaker som sto i «limbo» vil da kunne forholde seg til den midletidige forføyningen.

¹¹⁶ Jf *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister* av 17. juni 2005 nr. 90 § 34-1.

5 Hovedforpliktelsen

5.1 Innledning

Med hovedforpliktelsen menes partenes primære forpliktelse overfor hverandre. Her først og fremst forsknings- og utviklingsarbeid og den korresponderende betalingsforpliktelsen. Hovedforpliktelsen skiller fra de øvrige pliktene partene har etter avtalen – disse pliktene, som svært ofte fremstår som aksessorium til hovedforpliktelsen, kalles *biforpliktelsene*. Skillet mellom hoved- og biforpliktelser er i utgangspunktet et systematiseringsgrep, slik er det også brukt i denne avhandlingen.¹¹⁷

I forsknings- og utviklingssamarbeid er det altså plikten til å levere arbeid, kontantfinansiering eller finansiering *in kind*, for eksempel ved at man stiller lokaler og forskningsutstyr til rådighet for prosjektet, som normalt betegnes som hovedforpliktelsen. Den nærmere grensdragningen, som riktignok ikke har særlig stor betydning, kan allikevel være uklar – for eksempel vil en plikt til å stille med prosjektbakgrunn i mange tilfeller kunne passe inn i begge kategorier.

Det er først og fremst realforpliktelsen det er komplisert å regulere uttømmende ved bruk av rettslige normer i en kontrakt. Betalingsforpliktelsen vil i stor grad, her som ellers, følge som en speiling av realforpliktelsen. Ved å beskrive hva som utgjør kontraktsmessig oppfyllelse av realforpliktelsen vil man derfor i stor grad ha trukket opp de nærmere grenser for plikten til å erlegge vederlaget. Betalingsforpliktelsen behandles derfor av plasshensyn helt overfladisk – det vil i praksis si kun hovedtrekkene ved den innretningen av betalingsforpliktelsen. Enkelte særlige spørsmål, som for eksempel hvordan vederlaget skal beregnes dersom dette ikke er avtalt – typisk ved endringsordrer uten forhånds-

¹¹⁷ Se for øvrig Hagstrøm (2003) side 114. Hagstrøm viser til at skillet kan få betydning ved en hevingsvurdering. Det er imidlertid ikke innlysende at dette er noe annet enn navn på et gitt resultat. De forpliktelser som har stor betydning ved hevingsvurdering vil man jo normalt klassifisere som hovedforpliktelser – nettopp fordi de har stor betydning. Se også Haaskjold (2002) side 217 som gir uttrykk for det samme.

bestemt vederlagsberegning – faller dermed utenfor.¹¹⁸

5.2 Betalingsforpliktelsen

I forskningssamarbeid med kun to parter er gjennomføringen av betalingsforpliktelsen forholdsvis ukomplisert. Betalingskreditor har normalt rett til å fakturere betalingsdebitor etterskuddsvis for visse perioder, for eksempel hver måned, etter medgåtte timer og andre kostnader det er avtalt at betalingsdebitor skal dekke. Hvor mye realdebitor har rett til å fakturere per time for ulike kategorier av personale fastsettes da på forhånd. I andre tilfeller er det avtalt at betalingskreditor skal utbetale realdebitor et fast beløp med jevne mellomrom, for eksempel en gang i kvartalet. Realdebitor skal da selv disponere over midlene i henhold til avtalen. Der realdebitor fakturerer etterskuddsvis avtaler man ytre budsjettrammer dette må ligge innenfor – skulle det være ønskelig å gå utover disse rammene må dette gjøres gjennom en endringsavtale. Dersom realdebitor misligholder sine forpliktelser må betalingsdebitor, etter det alminnelige prinsipp om detensjon, ha rett til å midlertidig innstille sine betalinger – men dette er, som vi skal se under, ikke løsningen der *Fellesskapet* er betalingskreditor.

Har man avtalt felles kreditorposisjon¹¹⁹ omfatter dette også betalingsforpliktelsen. Betalingsforpliktelsen blir da løsrevet fra realytelsen i den forstand at *Fellesskapet*, typisk representert ved generalforsamlingen, har rett til å fakturere de finansielle bidragsyterne uavhengig av fremdriften – så lenge *Fellesskapet* selv ikke misligholder sine forpliktelser. En motsatt løsning, at den enkelte betalingsdebitor beholder detensjonsretten uavhengig av hvordan *Fellesskapet* velger å forholde seg til et mulig mislighold fra en realdebitor, ville ikke latt seg gjennomføre – at et flertall i *Fellesskapet* velger å ikke gjøre gjeldende misligholdsvirkninger betyr lite dersom mindretallet allikevel har rett til å holde

¹¹⁸ Se om disse spørsmålene spesielt Hagstrøm (2003) kapittel 7 og Arnholm (1978) side 19 følgende. Gisvold (1983) side 478 følgende og Buller (2005) side 31 gir en oversikt over tilsvarende spørsmål for forsknings- og utviklingskontrakter innenfor petroleumssektoren.

¹¹⁹ Se over i punkt 2.3.

tilbake sine ytelser, og på den måten kan velte prosjektet.¹²⁰ Først der *Fellesskapet* misligholder sin plikt til å reagere på en adekvat måte på mislighold vil betalingsdebitorerne kunne holde tilbake sin egen ytelse – dette blir da en misligholdsbeføyelse overfor *Fellesskapet*.

Betalingsordningen mellom *Fellesskapet* og den enkelte realdebitor, som i forholdet til *Fellesskapet* er betalingskreditor, skiller seg ikke fra avtaler med to parter.

5.3 Realforpliktelsen

5.3.1 Hvordan skal realforpliktelsen nærmere beskrives

Realforpliktelsen – forskningsinnsatsen – er naturlig nok kjernen i et forskningssamarbeid.¹²¹ Det er, i hvert fall primært, gjennom denne partene søker å oppnå sine målsetninger. Allikevel er den *rettslige* reguleringen av omfanget av plikten gjennomgående viet liten plass i kontraktene. Med tanke på hvor komplekst, uforutsigbart og dynamisk forskningsarbeid, er, er dette kanskje ikke så fryktelig overraskende; en uttømmende regulering av hvilke egenskaper forskningsarbeidet skal ha vil være tilnærmet umulig. Dette gjelder både krav knyttet til kvaliteten på arbeidet – grensen mot mangler – og hva som skal anses for å være en kontraktsstridig forsinkelse. Samtidig synes det som aktørene i praksis i stor grad klarer å bli enige om pliktenes nærmere innhold, jf under i punkt 7.1.1 om den lave forekomsten av rettstvister.

Her skal to spørsmål behandles. Først skillet mellom resultat- og innsatsforpliktelser og deretter hvordan normen for innsatsforpliktelser nærmere kan eller skal utlegges. Realforpliktelsens innhold beskrives på denne måten gjennom de kriterier som skal legges til grunn ved vurderingen av om ytelsen er kontraktsmessig – for å få et best mulig bilde av realdebitors plikter bør man derfor se disse avsnittene i sammenheng med misligholdsvurderingen nedenfor i punkt 7.1.2 og 7.1.3.

¹²⁰ Se også Nordtveit (1992) side 343.

¹²¹ Se for en nærmere presisering av begrepet realforpliktelse Haaskjold (2002) side 208 følgende og Hagstrøm (2003) side 111.

I tillegg til hovedrealforpliktelsen vil man, som nevnt over, også finne en utveksling av prosjektbakgrunn, som er en realytelse, og, i noen tilfeller, ytelser det er naturlig å se på som finansieringsbidrag selv om de kommer *in natura*, for eksempel lokaler, kontorpersonele og øvrige støttefunksjoner. Dette behandles ikke særskilt.¹²²

Som vi under skal se er den klare hovedregel at realforpliktelsen er en innsatsforpliktelse. Skillet, eller egentlig plasseringen på skalaen mellom total oppfyllelsesrisiko og totalt fravær av dette,¹²³ kan derfor virke mindre praktisk. Det er imidlertid særlig to grunner til å allikevel se nærmere på det. For det første kan det ikke utelukkes at hele eller deler,¹²⁴ for eksempel en svært enkel arbeidspakke, av forpliktelsen i unntakstilfeller er å anse som en resultatforpliktelse. For det annet vil det for enkelte forpliktelser være en fruktbar tilnærming å se det slik at realdebitor har påtatt seg en resultatforpliktelse med hensyn til visse innsatsfaktorer, men en innsatsforpliktelse med hensyn til resultat.¹²⁵ Det er grunn til å tro at man gjennom å identifisere ulike resultatelementer i forpliktelsene, for eksempel en plikt til å bruke en gitt forsker, en dyktig prosjektleder eller å minst anvende en viss andel av forskningsinstitusjonens samlede resurser i prosjektperioden, får et langt klarere bilde av realforpliktelsen, og dermed et mer operasjonelt misligholdsbegrep.

I enkelte kontrakter kommer slike resultatelementer eksplisitt til uttrykk, som i dette eksempelet:

«Dersom Kontrakten utpeker nøkkelpersonell hos Leverandøren, skal utskifting av slikt personell godkjennes av [reakkreditor].[...]»

¹²² Se allikevel under i punkt 8.1.3 om feil ved prosjektbakgrunnen.

¹²³ Det kan diskuteres om skillet er rent terminologisk, uten at jeg vil følge det videre. Det gir uansett et godt utgangspunkt for vurderingen av om partenes ytelse er kontraktsmessig. Se for øvrig Gisvold (1983) side 318.

¹²⁴ En avtale kan naturligvis inneholde både resultat- og innsats-elementer. Se for øvrig kommentaren til UNIDROIT art. 5.1.4 og Hagstrøm (2003) side 115.

¹²⁵ Mestad (1991) side 13 og Dæhlin (1986) side 22.

5.3.2 Skillet mellom innsats- og resultatforpliktelse

For å bestemme om en forpliktelse er en innsats- eller en resultatforpliktelse må man naturligvis ta utgangspunkt i avtalen mellom partene. Det er først og fremst gjennom denne partene har fastlagt hvilke plikter de har overfor hverandre, og hvem som skal bære risikoen for at det viser seg umulig å nå målet for arbeidet gjennom den på forhånd forutsatte oppofrelse og innsats.

Som nevnt ovenfor er reguleringen av realforpliktelsen i stor grad innrettet mot hvilket konkret arbeid som skal utføres og hvilke mål man skal jobbe mot, og i liten grad hvilke normer som skal anvendes for å avgjøre om arbeidet eller resultatet er kontraktmessig. Allikevel finner man eksempler på formuleringer som etterlater liten tvil – for eksempel at arbeidet skal utføres «*on a reasonable effort basis*».¹²⁶

I de aller fleste tilfeller inneholder kontrakten ingen regulering av spørsmålet, eller formuleringene som er brukt gir ikke klare holdepunkter. Og selv om oppgaven sett under ett er en innsatsforpliktelse kan enkeltelementer altså være en resultatforpliktelse – og dette er, naturlig nok, uhyre sjeldent spesifisert i avtalen.¹²⁷ Resultatrisikoen må derfor ofte fastlegges gjennom en tolkning av alle de relevante tolkningsmomenter og relevant bakgrunnsrett på andre, lignende, kontraktsområder – altså gjennom en konkret helhetsvurdering. En lang rekke momenter vil da kunne være relevante slik som kontraktens ordlyd, vederlagets størrelse og innretning, normalrisikoen ved denne type arbeid, realkreditors forventninger basert på generelle utsagn fra realdebitor og hvorvidt realkreditor kan påvirke resultatet selv.¹²⁸

¹²⁶ Se for øvrig Gisvold (1983) side 314 som synes å gå langt i retning av å nedtone betydningen av slike generelle reguleringer av forpliktelsens innhold. Her må det sees hen til at *Gisvold* nok i større grad har forholdt seg til kontraktsforhold som ligger nærmere ordinære leveranser og vanlige tjenestekontrakter. Altså hvor usikkerheten knyttet til arbeidet og fremgangsmåten er langt mindre. Det er liten tvil om at klausuler som dette har betydelig vekt. Se forøvrig Woxholth (2006) side 408 følgende.

¹²⁷ Se allikevel nedenfor i punkt 6.3.2 om informasjonsutvekslingsplikter som et eksempel på en innsatsforpliktelse hvor resultatelementene er helt eksplisitt presisert.

¹²⁸ Se nærmere Haaskjold (2002) side 210 følgende, Hagstrøm (2003) side 116 følgende, Krüger (1989) særlig side 129 følgende og side 213 følgende og UNIDROIT art. 5.1.5 med kommentar.

Som det ene ytterpunkt kan man se for seg arbeid med betydelig usikkerhet, for eksempel at man skal komme frem til et patent som lar seg kommersialisere. At en part skulle ha påtatt seg en slik risiko er nærmest utenkelig, og det vil kreve helt klare holdepunkter for at dette er tilfelle for at man vil komme til dette.

På den annen side har man elementer realdebitor har full kontroll over, og som det er grunn til å regne med at det er skapt en forventning om at han vil klare å oppfylle. Vi kan tenke oss at en realdebitor i forhandlingssituasjonen har tilkjennegitt overfor de øvrige parter at denne akter å benytte seg av en gitt prosjektleder og en gitt stab av personale, og at dette derfor er priset inn i hans forhandlingstilbud. Her ligger en slutning om at dette er en resultatforpliktelse adskillig nærmere. I noen unntakstilfeller kan man også tenke seg at et gitt forskningsarbeide, for eksempel en arbeidspakke med et særlig høyt vederlag, er å anse som en resultatforpliktelse – typisk fordi det foreligger rutiner for arbeidet.¹²⁹

Der hele realforpliktelsen må anses som en resultatforpliktelse kan man spørre seg om det i det hele tatt er riktig å klassifisere rettsforholdet som et forskningssamarbeid. Et eksempel på at en kontrakt som partene selv har klassifisert som en utviklingsavtale har blitt ansett for å være et regulært «kjøp», og dertil en resultatforpliktelse, finner man i en enstemmig dom fra Borgarting lagmannsrett avsagt 13. oktober 2004.¹³⁰ Det var her snakk om en utviklingsavtale for et datasystem som skulle gi ruteopplysninger over telefon til NSBs kunder basert på at innringeren ga taleordre til datamaskinen. Systemet viste seg å være langt dårligere på å kjenne igjen stemmer enn hva partene hadde sett for seg. Selv etter omfattende forsøk på å utbedre dette kunne ikke systemet benyttes av NSB som forutsatt. For lagmannsretten forelå flere spørsmål, interessant i denne forbindelse er spørsmålet om det var snakk om en resultat- eller innsatsforpliktelse. Lagmannsretten går gjennom kontraktens tilblivelse og viser til flere utdrag fra kravspesifikasjonen, kontrakten og tilbudsdokumentene. Lagmannsretten uttaler at den legger stor vekt på at leverandøren, Steria, er en profesjonell aktør og at

¹²⁹ Gisvold (1983) side 311 med et eksempel fra petroleumsmarkedsrettens område.

¹³⁰ LB-2004-8893. Dommen ble anket, men anken ble nektet fremmet for Høyesterett – HR-2006-203-U

denne gjennom sin markedsføring har skapt en forventning om et positivt resultat: *«Retten har i denne sammenheng lagt vekt på at Steria sammen med sine underleverandører har hatt en spesialkompetanse på området som NSB ikke har hatt. Leverandørens faglige styrke og systemets fortreffelighet er sterkt understreket i kontraktsdokumentene og i markedsføringen av produktet ellers.»* Lagmannsretten oppsummerer sin drøftelse av klassifiseringsspørsmålet slik: *«Kravsspesifikasjonen, tilbudene og kontrakten med bilag sett i sammenheng innebærer etter lagmannsrettens syn at partene ikke inngikk en utviklingsavtale med usikkert utfall, men en regulær kjøpsavtale hvor NSB hadde ansvaret for å betale kjøpesummen og Steria påtok seg en resultatforpliktelse for totalløsningen.»* Selv leveransen hadde det usikkerhetsmoment som kjennetegner utviklingsarbeid ble denne risikoen fullt ut båret av Steria. Når dette usikkerhetsmomentet knyttet til resultatet helt flyttes ut av kontraktsforholdet er det klart nok at det her var snakk om et kjøp.

Selv om man i noen tilfeller vil finne forsknings- og utviklingsavtaler hvor deler av arbeidet skal vurderes som en resultatforpliktelse, og, langt vanligere, med resultatelementer innenfor den enkelte oppgave, vil altså denne typen tjenester som den klare hovedregel være innsatsforpliktelser.

5.3.3 Særlig om hvilken norm som gjelder for forskningsarbeidet – innsatsforpliktelse med resultatelementer

Normalt må altså vurderingen av hvorvidt ytelsen er kontraktsmessig bero på om realdebitor har oppfylt sin plikt til å yte en kontraktsmessig *innsats*, uavhengig av hvorvidt formålet med arbeidet blir oppfylt. Spørsmålet blir hvilken norm arbeidet skal vurderes opp mot. Igjen er de fleste avtalene tause. I de forholdsvis få tilfellene hvor man har inntatt bestemmelser om dette ligger det i sakens natur at de nødvendigvis må bli forholdsvis vage – og vise til standarder utenfor kontraktens rammer:

«[...] [Instituttet] er ansvarlig for å gjennomføre Oppdraget i samsvar med arbeidsprogram og budsjett og erklærer å ha kompetanse og kapasitet til å utføre Oppdraget på en profesjonell måte og i henhold til anerkjente standarder og normer ved arbeider av denne art. [...]» (min understrekning)

I noen tilfeller vil man i tillegg til dette ha relevante partsspesifikke tolkningsdata som etter forholdene må anses for å ha blitt gjort til del av avtalen – for eksempel opplysninger fra debitor om hvilke metoder de benytter seg av, personell som vil knyttes til prosjektet eller særlig kompetanse de måtte inneha. I tillegg til at slike opplysninger i noen tilfeller kan være grunnlag for konkrete resultatelementer vil de også kunne underbygge en forventning om en særlig skjerpet innsatsforpliktelse, eller, der opplysningen har vært av mer negativ art, en mildere norm. Også plikter som ikke kan knyttes direkte til partsspesifikke forhold kan være resultatelementer. For eksempel de tilfeller hvor realdebitor må forholde seg til et offentlig regelverk i forbindelse med arbeidet. Dette vil typisk være krav til dokumentasjon, prosedyrer og tester som skal utføres.

Slike offentlige regelverk og normer løsrevet fra det konkrete partsforholdet kan naturligvis også være relevant for vurderingen av om innsatsforpliktelsen er overholdt – typisk vil overtredelse av regelverk av ikke-bindende karakter, som for eksempel en bransje anbefaling, vanskelig i seg selv være et kontraktsbrudd, men overtredelse vil kunne være en indikasjon på svikt i arbeidet. At realdebitor har overtrådt «Forskningsetiske komiteers» retningslinjer «*God forskningspraksis*» kan være et eksempel på dette.¹³¹

Der intet følger av kontrakten eller andre partsspesifikke tolkningsdata må arbeidet være i samsvar med *vanlig god praksis* på området.¹³² Dette blir altså en kombinasjon av en objektiv vurdering av hvilke krav

¹³¹ Publisert på <http://www.etikk.no/Forskningsetikk/God-forskningspraksis/> (brukt 14.02.2011).

¹³² Se Hagstrøm (2003) side 156 med videre henvisning til *Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere* av 16. juni 1989 nr. 63 §5 (1) og *Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.* av 13. juni 1997 nr. 43 § 7 (1). Se også Hagstrøm (2004) side 289 og Krüger (1989) side 129 følgende.

som vanligvis stilles til denne typen tjenester¹³³ og en mer subjektiv vurdering av hvorvidt realdebitor alle forhold tatt i betraktning har gjort *det som er rimelig*. I vurderingen av dette inngår mange av de samme momentene som er relevante for skillet mellom innsats- og resultatforpliktelser.¹³⁴ Avgjørende vil bli en helhetsvurdering av den faglige kvaliteten på personellet som har blitt brukt i prosjektet, de vitenskaplige og faglige fremgangsmåter som har blitt fulgt og hvorvidt realdebitor har fulgt de kvalitetssikringsprosedyrer som er vanlige innenfor bransjen.

5.3.4 Kort om utnyttelse av resultatene og sikring av disse

For forsknings- og utviklingsarbeid vil resultatet, og et resultat i form av ny kunnskap vil man neste alltid ende opp med – selv om man kanskje ikke skulle nå målene for prosjektet fullt og helt –, som den klare hovedregel foreligge i form av et immaterielt gode. Selv om det er knyttet mange særegne spørsmål til immaterielle goder,¹³⁵ og selv om det kan vise seg å være krevende å få til en hensiktsmessig regulering av partenes rettigheter til disse – for eksempel der et gode ikke kan beskyttes gjennom patentering – skiller de seg grunnleggende sett ikke fra andre goder. På hvilken måte resultatene skal fordeles mellom partene, herunder hvordan disse skal beskyttes og tilgjengeliggjøres for de som har rettigheter knyttet til disse, må avgjøres av partene når de inngår forsknings- og utviklingskontrakten.

Dersom den overveiende del av eller hele finansieringen kommer fra de industrielle aktørene vil dette naturligvis gjenspeiles i reguleringen av de immaterielle goder – er deres forhandlingsposisjon sterk nok vil det, ikke overraskende, ofte være slik at samtlige prosjektresultater, mer eller mindre uten restrettigheter for forskningsinstitusjonen, skal tilfalle disse.

¹³³ Man kommer altså dessverre ikke utenom enn viss grad av sirkelargumentasjon, men dette er en svakhet ved alle obligasjonsrettslige prinsipper – som jo i stor grad baserer seg på deduksjon og induksjon.

¹³⁴ Haaskjold (2002) side 211.

¹³⁵ For eksempel forholdet til arbeidstakeropplinnelsesloven jf *Lov om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere* av 17. april 1970 nr. 21 § 1.

Forskningsinstitusjonens interesse i prosjektet vil da typisk være kompetansebygging, oppbygging av infrastruktur, finansiering av drift og muligheter for mer arbeid, for eksempel gjennom videreutviklingsprosjekter og såkalte *spin-off-prosjekter*. Dette er prosjekter man iverksetter for å kommersialisere et sideresultat eller forfølge en annen mulighet som har oppstått som en mer eller mindre tilfeldig følge av hovedprosjektet. Gjennomgående vil nok de industrielle aktører ha betinget seg en «*first right of refusal*» til å delta i slike prosjekter, men hvor aktuelt det faktisk vil være å benytte seg av denne retten skal være usagt – et slikt *spin-off-prosjekt* kan ligge langt unna kjernevirksomheten til de industrielle aktører, og som en ren finansiell investering utenfor bedriftens kompetanseområder vil det nok ligge langt inne for mange å delta.

Om dette skjer ved at de overtar eierskapet til prosjektresultatene i fellesskap, om det opprettes et eierselskap som forvaltes i fellesskap og/eller gir samtlige en vederlagsfri bruksrett, eller om man velger en helt annen løsning vil variere alt etter hva disse mener er en hensiktsmessig løsning for dette prosjektet.

På den andre siden av skalaen finner man prosjekter hvor realdebitor, forskningsinstitusjonen, har hatt en sterk posisjon under fremforhandlingen av avtalen. En typisk løsning er da at denne beholder eierskapet til prosjektresultatene, mens de finansielle bidragsyterne får en nærmere angitt, vanligvis ubegrenset og vederlagsfri, bruksrett. I tillegg vil disse i noen tilfeller få en viss royalty ved viderelicensiering. Normalt vil den største utfordringen med denne modellen være at de finansielle bidragsyterne ikke uten videre er garantert å få delta i forskningsprosjekter hvor resultatene skal videreutvikles. Er resultatene av en slik art at dette kan bli aktuelt bør de derfor, om de er i en posisjon til å stille slike krav, betinge seg en slik adgang – og da gjerne med en regulering av hvilken verdi «ny» finansiering skal ha i forhold til midler som allerede er investert i utviklingen.

Et særlig spørsmål er hvem som har rett til eventuelle sideoppfinnelser og mer tilfeldige resultater av arbeidet. Dette må avgrenses mot den generelle kompetansebyggingen som vil skje som en nødvendig følge av arbeidet også hos parter som ikke har rett til å utnytte prosjekt-

resultatene. Under en viss kvantitativ og kvalitativ grense – en part kan naturligvis ikke under påskudd av at det er snakk om generell kompetanse fritt utnytte prosjektresultater selv om disse ikke patentbeskyttes¹³⁶ – kan disse utnyttes kommersielt også hos den som ikke har rettigheter knyttet til prosjektresultatene.¹³⁷ Her er det snakk om tilfeldige resultater som er av en slik karakter at de egner seg for å utnyttes kommersielt, enten ved at man forfølger lovende resultater gjennom egne forskningsprosjekter som vist over, eller gjennom en ren kommersialisering – for eksempel gjennom patentering og viderelisensiering av et sideresultat. Igjen vil dette bero på partenes forhandlingsstyrke. Dette eksempel fra et forskningsinstitutt «*generelle vilkår*» viser en løsning med slagside i favør av realdebitor:

«[...] Partenes rettigheter er angitt i [en egen bestemmelse om rettighetene til resultatene]. Alle rettigheter til resultater som ikke uttrykkelig er angitt i denne bestemmelsen [...] eies av [Institusjonen].»

Det er lite nok trolig at realdebitor, med unntak for helt spesielle tilfeller, vil få gjennomslag for en slik løsning. Derimot er det nok mindre uvanlig at de finansielle bidragsyterne er i en slik posisjon at de kan diktere vilkårene – for eksempel i et rent oppdragsforskningsforhold.

I mange tilfeller er dette spørsmålet ikke eksplisitt regulert, men rettighetsklausulenes ordlyd er da gjerne så vid at man etter en naturlig tolkning vil si at de omfatter alle resultater, hva enten disse kommer i retning av prosjektmålet eller som et tilfeldig resultat av arbeidet.

I Irgens-Jensen (2008) side 223 drøftes eierskap til forskningsmateriale og forskningsdata som blir tilvirket av partene i fellesskap i et forskningsprosjekt hvor man ikke på forhånd har regulert eierskapsforholdet i slike situasjoner. Irgens-Jensen skriver blant annet at dersom partene har ytt noenlunde lik innsats vil det være mest naturlig å se dette som et sameie, men at dette naturlig nok må bero

¹³⁶ Se Irgens-Jensen *Bedriftshemmeligheter* (2010) side 268 om illojalitetsvurderinger knyttet til utnyttelse av ikke-patenterte immaterielle goder.

¹³⁷ Forutsatt at kunnskapen ikke utnyttes gjennom illojal konkurranse, se nedenfor i punkt 6.2.

på en konkret vurdering. En slik tilnærming virker fornuftig også her, med den presisering at også finansieringsbidrag må ansees som en nødvendig forutsetning for resultatet – altså må også finansielle bidragsytere etter forholdene kunne bli sameiere.

Deltakere i forskningssamarbeider er naturlig nok gjennomgående svært bevisste på rettighetsspørsmålene, og kontraktsreguleringen er derfor gjerne forholdsvis uttømmende. Det betyr at kommer man opp i situasjoner som ikke er regulert i avtalen vil man ofte kunne slutte ganske mye om partenes intensjoner og forventninger ut ifra kontraktsdokumentene.

6 Biforpliktelsene

6.1 Innledning

Biforpliktelser har normalt til formål å sikre og optimalisere utnyttelsen av hovedforpliktelsen.¹³⁸ På grunn av de store usikkerhetsmomenter som er knyttet til denne typen prosjekter – den lange kontraktsperioden, usikre målbeskrivelsen og behovet for konfidensialitet – og det store behovet for å løpende optimalisere hovedforpliktelsen har biforpliktelsene stor betydning for forskningssamarbeider.

Hvilke biforpliktelser som kan tenkes avtalt i forbindelse med oppfyllelsen av hovedforpliktelsen, eller, for den saks skyld, uten forbindelse med denne, er det bare fantasien som setter grenser for. I praksis er imidlertid variasjonene mellom de ulike kontraktene i mitt materiale ikke så altfor store. For eksempel har man i alle avtaler behov for å innta bestemmelser om biforpliktelser i forbindelse med sikring av prosjektresultatene:

«[...] Ved Felles Prosjektresultat der [Universitetet] er part, skal

¹³⁸ Se Hagstrøm (2003) side 112 med videre henvisninger.

[Universitetet] på felleseierens vegne være ansvarlig for å sikre rettighetene til de Felles Prosjekresultatene. [...]»

Eller som i dette eksempelet:

«[...] Leverandøren skal på forespørsel fra [Kjøper] bistå [Kjøper] i forbindelse med søknad om patent og oppfølging av patentsøknad. [Kjøper] skal dekke Leverandørens kostnader forbundet med dette. [...]»

Særlig er de mange biforpliktelsene knyttet til varsling og informasjonsutveksling gjennomgående i materialet. Disse er såpass viktige i denne typen avtaleforhold, og samtidig så godt egnet til å illustrere betydningen av utfylling av avtalen med biforpliktelser, at de behandles særskilt under.¹³⁹

Andre biforpliktelser er imidlertid skreddersydd for å ivareta behov ikke alle aktører har. Dette er typisk der en aktør må ta andre hensyn enn de rent kommersielle hensyn knyttet opp mot denne kontrakten. Dette kan for eksempel være omdømmehensyn som i dette eksemplet:

«[...] Leverandøren skal påse at all arbeidskraft som utfører arbeid under Kontrakten har ordnede lønns- og arbeidsvilkår. På forlangende skal Leverandøren dokumentere dette.»

Det kan også være snakk om utarbeidelse av målplaner, arbeidsplaner, plikter knyttet opp mot kontakten med det offentlige og så videre. Iva-retakelse av prosjektadministrasjonsfunksjonen er i realiteten et eksempel på et sett av slike biforpliktelser.¹⁴⁰

En generell katalog over eksempler på avtalte biforpliktelser vil ikke tilføre fremstillingen noe. Det interessante er først og fremst hvilke biforpliktelser som i konkrete situasjoner kan tenkes å følge av bakgrunnsretten, og tolkningen av vage eller uklare biforpliktelsesbestemmelser. Sentralt for begge disse spørsmålene står den generelle

¹³⁹ Nedenfor i punkt 6.3.

¹⁴⁰ Se over i punkt 4.3.5

lojalitetsplikt i kontrakt. Nedenfor behandles derfor lojalitetsplikten i kontrakter som dette i forbindelse med tolkning av, og utfylling med, biforpliktelser.

6.2 Lojalitetsplikt og utfylling av kontrakten

Den ulovfestede lojalitetsplikt er sentral ikke bare ved tolkningen av partenes eksplisitt avtalte biforpliktelser – og dermed den nærmere fastleggningen av omfanget av disse –, men også for de ulovfestede biforpliktelsene som etter forholdene utfyller den enkelte kontrakt. Grunnen er den nære sammenheng mellom de biforpliktelsene som stiller krav til «*aktsom og lojal*» opptreden, altså de som ligger i kjernen av alle samarbeids- og utvekslingsforhold, og den generelle lojalitetsplikt mellom medkontrahenter.¹⁴¹

Det er ikke tvilsomt at det i norsk rett oppstilles en lojalitetsplikt for partene i et kontraktsforhold, uavhengig av om dette er kommet til uttrykk i kontrakten.¹⁴²

Lojalitetsplikt er et felles prinsipp i kontinentaleuropeisk rett og man vil derfor, for eksempel i *Rammeprogram*-prosjekter, i stor grad finne lignende ulovfestede biforpliktelser også her. I UNIDROIT Principles artikkel 1.7 heter det således at «*[e]ach party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade*». Videre står det i kommentarene at «*good faith and fair dealing may be considered to be one of the fundamental ideas underlying the Principles*». Det virker lite praktisk at norske aktører skal inngå i forskningssamarbeid hvor engelsk rett, som i svært liten grad anerkjenner en generell lojalitetsplikt, velges som bakgrunnsrett. Det er allikevel verdt å merke seg at også her synes det å være en viss bevegelse i retning av en økende aksept av en

¹⁴¹ Se Hagstrøm (2003) side 112 som viser til et sitat fra en dom inntatt i Rt. 1988 s. 1078. Denne karakteristikken av biforpliktelser er senere gjentatt i Rt. 1995 s. 1460 på side 1469.

¹⁴² Se til illustrasjon Rt. 1984 side 28. Spørsmålet var her om en selvskyldnerkausjonserklæring var bortfalt som ugyldig på grunnlag av avtaleloven § 33. En samlet rett kom til at så var tilfelle. Førstvoterende uttalte i en sidebemerkning at erklæringen i alle tilfelle ville «*rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold*», og således være ugyldig.

generell lojalitetsplikt. Se for eksempel *Goode et al.* som bemerker at «*English law in particular is less hostile to the duty of good faith than it was twenty-five years ago.*»¹⁴³

Man finner eksempler på at partene har inntatt bestemmelser i kontrakten om at avtalen skal oppfylles på en «*lojal*» måte. Det kan naturligvis ikke utelukkes at dette etter omstendighetene kan få betydning ved fastleggingen av lojalitetskravet i den enkelte kontrakt, men normalt vil dette ikke være annet enn en påminnelse til partene om at prinsippet eksisterer.¹⁴⁴ Også her er det altså først og fremst bakgrunnsretten som må undersøkes for å kartlegge lojalitetspliktens omfang.

Lojalitetsplikten oppstår allerede før avtale har blitt inngått, men skjerpes ytterligere etter avtaleslutning.¹⁴⁵ Lojalitetsplikten vil særlig avhenge av kontraktsgjenstanden,¹⁴⁶ avtaleforholdets varighet og forholdet ellers mellom partene – typisk om partene tidligere har samarbeidet tett eller har særlig kjennskap til hverandres forretningsforhold.

Der avtaleforholdet har karakter av å være et samarbeidsforhold hvor partene jobber mot et felles mål vil forventningene om, og behovet for, gjensidig lojalitet være særlig sterkt. *Weitzenboeck* skiller mellom «*the exchange contract*» og «*the collaborative contract*». Sistnevnte innebærer «*additional good faith duties*» overfor de øvrige parter. *Weitzenboeck* beskriver en «*collaborative contract*» som en kontrakt hvor «*the parties are not, so to speak, at opposing ends, but one in which both parties collaborate to achieve a common end or result such as creating, developing, or producing a product or a service [...]*» (min understrekning). Den typiske forsknings- og utviklingskontrakt vil naturlig falle inn under denne kategorien.,

¹⁴³ Goode (2007) side 528. Se også Nazarian (2007) side 113 følgende og *Weitzenboeck* (2010) side 141 med videre henvisninger. *Weitzenboeck* bemerker at «*there is perhaps hope for the recognition of the good faith doctrine in English contract law*».

¹⁴⁴ Så også Mentzoni (2006) side 34 følgende med videre henvisninger.

¹⁴⁵ Haaskjold (2002) side 35.

¹⁴⁶ Nazarian (2007) side 310 som særlig peker på at innsatsforpliktelse fordrer større lojalitet enn resultatforpliktelse.

noe også Weitzenboeck selv påpeker.¹⁴⁷

Innenfor samlebetegnelsen forsknings- og utviklingskontrakter vil naturligvis forholdene kunne variere ganske mye – fra svært tette samarbeidsforhold til kontraktsforhold med klare likhetstrekk med regulære kjøp. Man må imidlertid være oppmerksom på at lojalitetsplikten generelt sett er særlig sterk ved kontrahering og utveksling av immaterielle goder.¹⁴⁸ Man vil altså uansett her ha en skjerpet lojalitetsforpliktelse. Også andre momenter som trekker i retning av en skjerpet lojalitetsplikt er typiske for alle disse kontraktsforholdene – normalt må for eksempel en eller flere av partene overlevere konfidensiell informasjon om egen organisasjon, kundeforhold, tekniske løsninger eller lignende.¹⁴⁹

Normalsituasjonen er at avtaleforholdet ikke bare særpreges av de momenter som er trukket frem over, men at de i tillegg i betydelig grad preges av et nært samarbeidsforhold. Dette gjelder både i relasjon til utvekslingselementet i avtaleforholdet og, særlig, det organisatoriske elementet – den felles kreditorposisjonen betinger normalt den samme type lojalitet man for eksempel finner i selskapsforhold.¹⁵⁰

Samlet sett er det altså god dekning for å si at deltakerne i forskningssamarbeid normalt er bundet sammen av sterke lojalitetsbånd; men man må naturligvis fastholde at partene fortsatt har en primær rett til å ivareta sine egne interesser i kontraktsforholdet – det er altså unntak fra denne retten som må kunne hjemles. Normen utlegges gjerne som at partene ikke har rett til å ivareta sine egne interesser på en måte som setter til side medkontrahentenes interesse på *en illojal måte* – altså «*a minimum level of behavior*».¹⁵¹

¹⁴⁷ Weitzenboeck (2010) side 258. Se også Nazarian (2007) side 306 følgende og Nordtveit (1992) side 11-12 og 23 følgende med videre henvisninger til blant annet Rt. 1935 s. 122.

¹⁴⁸ Bjørnebye (2008) side 21-22 med videre henvisninger

¹⁴⁹ Typisk i form av *prosjektbakgrunn*, se over i punkt 2.2.

¹⁵⁰ Se om såkalte *fiduciary relationships* og betydningen for lojalitetsplikten Weitzenboeck (2010) side 257 følgende og Nazarian (2007) side 307 følgende.

¹⁵¹ Weitzenboeck (2010) side 118 med henvisning til Nazarian (2007) side 42. Se også Marthinussen (2004) side 73 som påpeker dette.

Et særlig spørsmål er om man med *lojalitetsforpliktelser* utelukkende mener et reelt hensyn som etter omstendighetene kan begrunne en utfylling av kontrakten med ulike konkrete biforpliktelser, for eksempel opplysningsplikt, om man mener at det er snakk om en egen plikt med ulike «overflatebrytninger»,¹⁵² eller begge deler. Dersom man ser på lojalitetsplikt som en forpliktelse *sui generis* må man ta stilling til om det kreves at brudd på forpliktelser har fått virkning for medkontrahtenten, altså om det kreves en *innvirkningsrekvisitt*. Nazarian drøfter dette spørsmålet forholdsvis inngående.¹⁵³ Hun konkluderer med at «*adferden må være egnet til å påføre medkontrahtenten en negativ effekt for å kunne være illojal. Det må i tillegg stilles krav om at den negative effekten har betydning for partenes interesser i det konkrete kontraktsforholdet.*»¹⁵⁴ Dette skulle i teorien bety at man får et skille alt etter om man velger å se lojalitetsplikten som et reelt hensyn og som en samlebetegnelse på visse biforpliktelser, eller som en plikt i seg selv. Noen praktisk betydning har dette imidlertid ikke.¹⁵⁵ Nazarian bruker begrepet «*negative virkninger*» så vidt at det for eksempel også dekker et forsuret samarbeidsklima. Det er klart nok ikke mulig å tenke seg et brudd på en lojalitetsforpliktelse som ikke en gang er «*egnet til*» å gi et forsuret samarbeidsklima.

Lojalitetsplikten får altså ikke bare betydning for tolkningen av partenes avtale, men også ved fastleggelsen av biforpliktelser som ikke kan hjemles direkte i denne. Særlig gir dette seg utslag der kontraktsavviklingen ikke går som forutsatt. Partenes plikt til å ivareta medkontrahtentenes interesser kan da etter forholdene begrunne et initiativ utenfor dennes opprinnelige funksjonsområde.¹⁵⁶ Det er grunn til å anta at man på grunn av den sterke lojalitets- og samarbeidsplikt i disse avtaleforholdene normalt vil gå forholdsvis langt i denne retningen. En overdreven

¹⁵² Slik for eksempel Leonhardsen/Ringvoll i Leonhardsen (2007) side 43

¹⁵³ Nazarians drøftelse er grundig og god. Som en kuriositet kan imidlertid nevnes at hun har misforstått *Hagstrøm* i Zimmermann (2000) side 375, som hun på grunn av misforståelsen tar til inntekt for at det kreves en slik innvirkningsrekvisitt etter norsk rett. *Hagstrøm* tar, i beste fall, ikke stiling til spørsmålet.

¹⁵⁴ Nazarian (2007) side 245.

¹⁵⁵ Så også Thorsen (1991) side 658.

¹⁵⁶ Se Dæhlin (1984) side 67 og Hagstrøm (2003) side 113 følgende.

kontraktspolitisk tilnærming vil unektelig lett «virke som [en] møllestein[...] om kontraktspartenes hals»,¹⁵⁷ og forutsette en detaljregulering av biforpliktelser i ulike typesituasjoner som ville gjort kontraktsdokumentene utrolig omfangsrike og langt mindre «brukervennlige».¹⁵⁸

Samtidig er det prinsipielt sett grunn til å minne om at sterke hensyn også trekker i motsatt retning og taler for en viss tilbakeholdenhet når man på denne måten forrykker den arbeidsdeling som følger av kontrakten.¹⁵⁹

Hvilke biforpliktelser som kan tenkes å oppstå i en gitt situasjon vil bero på en konkret vurdering. Generelt sett vil det nok være slik at positivrettslige, omfattende og tyngende plikter, som for eksempel en plikt til å sikre patentresultater som i eksempelet over, kun forekommer helt unntaksvis. Helt på den andre siden av skalaen vil man finne basale plikter som ikke krever mye av parten, men som det har stor betydning for medkontrahenten å få utført – for eksempel konkret varsling. Her vil man heller si at parten som den klare hovedregel vil ha slike plikter, selv om de ikke følger direkte av kontrakten.¹⁶⁰ Det vil derfor normalt være slik at man ikke vil utfylle avtalen med en biforpliktelse dersom medkontrahentens interesser blir ivaretatt på en tilfredsstillende måte gjennom andre og mindre tyngende forpliktelser. For eksempel vil man ikke utfylle en avtale med en plikt til å sikre prosjektresultater gjennom patentering – men med en plikt til å varsle de øvrige deltakere om at man har oppdaget prosjektresultater som ikke har fått adekvat vern. Medkontrahentenes interesser vil da langt på vei få den samme beskyttelse. I tillegg vil for eksempel parten sannsynligvis også, mot et rimelig vederlag, være forpliktet til å bidra til utformingen av patentsøknader.

For enkelte av de ulovfestede biforpliktelsene vil den sterke lojalitetsplikten ikke først og fremst ha betydning for om man har en slik plikt – dette er da helt selvsagt – men hva det nærmere omfang av plikten er. Slik sett ligner disse på mange av de kontraktsfestede bifor-

¹⁵⁷ Leonhardsen (2007) side 38.

¹⁵⁸ Se kommentarene til DESCAs-avtalen punkt 4.1 som trekker frem dette poenget.

¹⁵⁹ Selvig (1968) særlig side 158 og 160.

¹⁶⁰ Se straks under.

pliktelsene. Viktige eksempler på dette er konfidensialitetsforpliktelsene¹⁶¹ og omfanget av begrensningene på retten til å konkurrere med medkontrahenter.

Det er grunn til å knytte noen korte kommentarer til konkurranseklausuler. Gjennomgående i materialet er partene svært tilbakeholdne med å forby deltakerne å delta i konkurrerende prosjekter. Dette har sannsynligvis sammenheng med at man frykter at det skal oppstå situasjoner hvor man uforvarende har overtrådt konkurranselovens¹⁶² generelle forbud mot avtalte konkurransebegrensninger. Konkurranseloven § 10 jf EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og EØS-loven¹⁶³ oppstiller etter sin ordlyd et klart forbud mot å avtale slike konkurransebegrensninger. Kommisjonen har imidlertid gitt et gruppefritak for visse forsknings- og utviklingssamarbeider gjennom en forordning av 14. desember 2010.¹⁶⁴

Forordningen avløste en tidligere forordning¹⁶⁵ med et forholdsvis likt innhold. Denne var gjennomført i norsk rett gjennom den nå opphevede «*Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av forsknings- og utviklingsavtaler.*»¹⁶⁶ Konkurransetilsynet opplyser at det i løpet av året vil bli fastsatt en ny forskrift som tar hensyn til de reviderte retningslinjene og som sannsynligvis vil bli gitt tilbakevirkende kraft for avtaler inngått mellom opphevelsen av den tidligere forskrift og ikrafttredelsen av den nye.

Dette unntaket fra konkurranseloven gjelder imidlertid som hovedregel ikke for avtaler som begrenser konkurransen *etter* at samarbeidet er avsluttet.

¹⁶¹ Som drøftes nærmere under i punkt 6.3.4.

¹⁶² *Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger* av 5. mars 2004 nr. 12

¹⁶³ *Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.* av 27. november 1992 nr 109 §§ 1 og 2.

¹⁶⁴ Commission Regulation (EC) No 1217/2010.

¹⁶⁵ Commission Regulation (EC) No 2659/2000.

¹⁶⁶ *F17.08.2004 nr 1194* av 17. august 2004 .

At deltakerne, når dette ikke er i strid med konkurranseloven, må forholde seg til et ulovfestet konkurranseforbud er klart nok. Usikkerheten ligger som sagt i hvor langt dette strekker seg, uten at dette skal forfølges her. Klart er det imidlertid at dette ikke trekker seg så langt som til å omfatte en ulovfestet «*karensklausul*».¹⁶⁷ Samtidig omfatter naturligvis forbudet illojal konkurranse, typisk bruk av bakgrunnskunnskap, knowhow eller patenter fra ett prosjekt på en utilbørlig måte i det neste, også etter at et prosjekt har blitt avsluttet.

Som nevnt over i punkt 3.2 bør man av hensyn til de som skal forholde seg til kontrakten i sitt daglige virke ikke gå for langt i retning av å overlate utfyllingen med konkrete biforpliktelser til bakgrunnsretten. For det første er det ikke heldig å operere med kontraktsdokumenter man i praksis må være jurist for å forstå innholdet av, og for det annet har nedtegnelse i kontraktsdokumentene en viktig påminnelseeffekt slik at man øker sannsynligheten for at plikten faktisk vil bli overholdt i en presset situasjon.¹⁶⁸

6.3 Nærmere om informasjonsutveksling og konkrete varslingsplikter

6.3.1 Behovet for informasjonsutveksling

I alle kontraktsforhold som strekker seg over lang tid med mange usikkerhetsmomenter, flere medkontrahenter, tentative og til dels uklare mål og kanskje til og med uklare ansvarsforhold vil det være rasjonelt å operere med informasjonsutvekslingsfunksjoner som tillater at alle parter kan holde oversikt over fremdriften i prosjektet. På den måten vil man kunne ta stilling til eventuelle utfordringer og muligheter som

¹⁶⁷ For en gjennomgang av rettstilstanden før konkurranseloven se Gisvold (1983) side 346 følgende. *Gisvold* oppstiller en ulovfestet karensplikt basert på lojalitetsplikten.

¹⁶⁸ Se også Torvund (1997) side 135. Torvund skriver at varslingsplikt vil følge av bakgrunnsretten selv om dette ikke har blitt avtalt i kontrakten. Men, skriver han, «[f]or å forebygge konflikter og misforståelser bør likevel slike klare handlingsplikter fremgå direkte av kontrakten.»

måtte oppstå så tidlig som mulig. Samtidig vil informasjon tilflyte deltakerne jevnere, slik at man ikke skaper unødvendige misforståelser og mistro innad i gruppen.

I forskningssamarbeider vil behovet for løpende informasjonsutveksling være særlig sterkt og vil i mange tilfeller være en nødvendig forutsetning for et vellykket prosjekt. Informasjonsflyt har stor betydning både for utvekslingselementet og det organisatoriske element i avtalen. For utvekslingselementet er informasjonsflytens betydning sammenlignbar med situasjonen i andre kompliserte tilvirkningskontrakter, mens for det organisatoriske element er informasjonsutveksling så sentralt at her vil det være mer naturlig å trekke parallellen til selskapsforhold. Det er rett og slett en forutsetning for denne formen for organisering av forskningsarbeid. Informasjonsutvekslingsfunksjonene blir altså enda viktigere der forskningssamarbeidet opererer med et *Fellesskap*.¹⁶⁹ Behovet for informasjonsutveksling og konkret varsling ivaretas gjennom et sammensatt system av informasjonsutvekslingskanaler og rapporteringsplikter.

Det er tre forhold knyttet til informasjonsutveksling det er særlig grunn til å behandle. For det første de ordinære kanaler og mekanismer for flyt av informasjon. For det annet de varslingsplikter som oppstår i konkrete situasjoner og for det tredje helt kort om konfidensialitetspliktene. Jeg har valgt å knytte fremstillingen først og fremst til pliktforholdet mellom realkreditor og realdebitor. Dette er kun fordi det gjør fremstillingen mer håndfast, og fordi det først og fremst er i denne relasjonen pliktene kommer på spissen. Samtidig er det ikke tvil om at mange av disse også gjelder, og for så vidt er en forutsetning for samarbeid, mellom parter som kun forholder seg til hverandre gjennom selve samarbeidet – altså gjennom sin deltakelse i *Fellesskapet* – og uten at de i forholdet seg imellom har forpliktelser og rettigheter knyttet til realforpliktelsen. Typisk gjelder konfidensialitets- og varslingsplikter også mellom to eller flere parter som alle i prinsippet kun bidrar finansielt. Det nærmere innholdet i pliktene vil imidlertid naturligvis da kunne være noe annerledes, uten at dette behandles nærmere her.

¹⁶⁹ Se også Mentzoni (2006) side 6.

6.3.2 Ordinære mekanismer for flyt av informasjon

Den viktigste kanalen for flyt av informasjon er den formaliserte, regulerende rapporteringen realdebitor er forpliktet til – informasjonspliktene. Normalt skjer dette ved at realdebitor skal rapportere til realkreditor med bestemte intervaller uavhengig av fremdriften. Et eksempel på dette er en løsning hvor det legges frem en rapport hvert kvartal med et foreløpig regnskap, forhold til tidsplanen, potensielle problemområder og så videre. Dette kombineres normalt med en møteplikt for realdebitor. Der man kun har to parter i avtalen vil dette skje ved at realdebitor og realkreditor møtes direkte.¹⁷⁰ I større prosjekter ivaretas gjerne denne funksjonen ved at realdebitorene møter i en underkomité eller for styret. Det vil så være opp til disse organene om rapportene og informasjonen gir grunn til å sammenkalle *Fellesskapet* gjennom et ekstraordinært møte i generalforsamlingen.

Spørsmålet som da melder seg er hva realdebitor har plikt til å informere om, med andre ord hva som skal tas med i rapporteringen og eventuelt tas opp på eget initiativ på møtet. Dette er i utgangspunktet et spørsmål om avtaletolkning – hva realdebitor er forpliktet til etter den enkelte avtale.

Dette er for øvrig et godt eksempel på en forpliktelse som inneholder både innsats- og resultatelementer. Debitor har plikt til å levere *resultater* når det gjelder konkretiserte plikter som fremleggelse av regnskaper og rapportering av faktisk fremdrift, men kun en plikt til å legge ned en *rimelig innsats* for å holde kreditorene informert om de mer alminnelige forhold.

Med i disse rapportene skal naturligvis all informasjon man eksplisitt har spesifisert at skal inntas. For eksempel foreløpig regnskap i henhold til god regnskapskikk, konkrete «*milestones*» som er oppnådd siden sist og andre avtalte rapporteringsparametre¹⁷¹ Hva som ellers ligger i en

¹⁷⁰ Når man i prosjekter med kun to parter har opprettet en «generalforsamling» er det typisk for å ivareta denne funksjonen. Se over i punkt 4.3.2.

¹⁷¹ Se Torvund (1997) side 94 følgende om betydningen av slike milepæler for å kunne følge opp fremdriften.

formulering som for eksempel at «[o]ppdragstaker skal orientere Oppdragsgiver om fremdriften i oppdraget [...]» må bero på konkret tolkning av avtalen, hvor det naturligvis må legges stor vekt på lojalitetshensyn. Nordtveit skriver at «det er eit vanleg tolkingsspørsmål å avgjera kor langt denne plikta går, sjølv om ei allmenn plikt til lojal oppfylging av kontrakten også kan få verknad for kor langt denne type innsatsplikt går.»¹⁷²

Her er det også grunn til å minne om de poeng som ble trukket frem over i punkt 3.1 om det organisatoriske elements betydning for informasjonsutveksling knyttet til utvekslingselementet i avtalen. Gjennom å organisere samarbeidet på en slik måte at partene møtes med jevne mellomrom er det sannsynlig at man vil få en vesentlig mer effektiv informasjonsflyt enn den man kan klare å skape utelukkende ved bruk av rettslige normer.

Også andre tiltak som for eksempel rett til å inspisere rådata, underlagsmateriale og øvrig dokumentasjon, intervjuer og samtaler med de som jobber på prosjektet og «egne» folk hos realdebitor synes å være ganske vanlige. Her må realdebitor i ganske stor utstrekning ha plikt til å legge til rette for besøk og inspeksjoner så lenge disse ikke er til unødvendig eller urimelig sjenanse.¹⁷³ Det samme må gjelde for plikten til å legge frem regnskaper og dokumentasjon for utgifter som har blitt fakturert prosjektet til revisjon. Så lenge realdebitor ikke har resultatansvar og vederlagsrisiko må realkreditor ha rett til dette, og som den klare hovedregel er det også eksplisitt avtalt.

Spørsmålet om hvilken rett en deltaker i et fellesforetakende har til innsyn i, altså ikke bare uavhengig revisjon av, regnskaper ble behandlet av Høyesterett i en dom inntatt i Rt. 1902 s. 132. Høyesterett kom her til at en nektelse av å fremlegge regnskapene i et fellesforetakende var å anse som et «saa grovt Kontraktsbrud» at det ga medkontrahenten rett til å heve avtalen. Altså implisitt at en slik rett fulgte av bakgrunnsretten.

¹⁷² Nordtveit (1992) side 293.

¹⁷³ Se for øvrig Gisvold (1983) side 343 følgende om medvkningsplikter ved kontroll og særlig om revisjon av regnskap.

A og B startet i februar 1897 opp en felles maskin- og agenturforretning, «*Arvavr,*» i Kristiania. De var enige om at B som «*Fagmand skulde forestaa Forretningens Drift og føre de nødvendige Bøger, medens [A] alene skulde tilskyde de fornødne Penge.*» Da A etter noen måneders fravær kom tilbake til byen oppdaget han at forretningens kassakreditt var fullt ut benyttet, og at flere vekslersom var forfalt ikke hadde blitt betalt. Han krevde da å få innsyn i selskapets økonomiske stilling, herunder få fremlagt forretningens bøker. A ble «*negtet enhver Meddelelse om og Opgave over Stillingen, ligesom han heller ikke trods Anmodning fik Adgang til at se Bøderne.*» Etter en ufullstendig revisjon ble det brakt på det rene at det høyst sannsynlig var en betydelig underbalanse i bøkene. A hevet så avtalen med B, som gikk til sak med påstand om kontraktsbrudd fra As side. Høyesterett kom til at Bs opptreden «*maa under de forhaandenværende Omstændigheder karakteriseres som et saa grovt Kontraktsbrud [...] at [A] af den Grund maatte være berettiget til som skeet at hæve Forholdet.*» Høyesterett uttalte også, obiter, at B i ethvert tilfelle ikke kunne få medhold i et erstatningskrav all den tid han ikke var villig til å legge frem firmaets bøker for retten, til tross for at disse hadde blitt provosert fremlagt av A.¹⁷⁴

Det er vanskelig å se for seg et prosjekt av noe omfang hvor intet er avtalt om partenes plikter med hensyn til fremleggelse av informasjon og løpende rapportering. Mer praktisk er at plikten er for vagt angitt til at en tolkning av ordlyd og mer partsspesifikke momenter kaster noe særlig lys over omfanget av den. Det er først og fremst her bakgrunnsretten kommer inn.

Realdebitor må gjennom sine rapporter gi et *riktig og dekkende* bilde av situasjonen og forhold som kan ha interesse for realkreditor. Realdebitor må også, dersom han må regne med at realkreditor ikke forstår informasjonen han mottar, eller konsekvensene av den, gjøre oppmerksom på sin egen vurdering av fremgang, data, potensielle problemsituasjoner og forslag til løsninger på disse, forslag til endringer i prosjektet og så videre.

¹⁷⁴ Se Aughdal (1967) side 156 og Aarbakke (1977) side 446 som viser til et lignende eksempel inntatt i Rt. 1957 s. 1047.

Weitzenboeck¹⁷⁵ viser til fransk rett som et uttrykk for en felleseuropeisk standard for informasjonsutvekslingsplikter i tette samarbeidsforhold og siterer Picod som svært treffende formulerer plikten slik:

*«Thus, the obligation-debtor should perform in a way which facilitates the enjoyment of the performance by the obligation-creditor, and the obligation-creditor should facilitate for his debtor the execution of his obligations. Consequently, each time that some information could be useful to a contracting party, jurisprudence will charge the other party with an obligation to disclose.»*¹⁷⁶

Nordtveit synes å legge til grunn en lignende norm når han skriver at «[u]tgangspunktet må [...] vera at informasjonsplikta omfattar alt som kan ha interesse for dei andre deltakarane i tilknytning til samarbeidsprosjektet.»¹⁷⁷ (min understrekning). Nordtveit operasjonaliserer så dette utgangspunktet ved å stille som vilkår at parten forsto eller burde ha forstått at den aktuelle informasjonen var av interesse for de øvrige, og at ikke andre motstående hensyn allikevel medfører at parten ikke har plikt til å gi opplysninger, se rett under.

Mentzoni/Rønbeck skriver for sin del at det ikke kan begrunne opplysningsplikt at «opplysningene kan være interessante for en part.» De mener at plikten ikke strekker seg lengre enn til å gi opplysninger som er «nødvendige»¹⁷⁸.

Det kan spørres om forfatterne virkelig ser for seg en strengere norm enn hva Nordtveit og Weitzenboeck gjør, eller om det heller er snakk om uheldige formuleringer. De skriver således at «[u]ten en omfattende opplysningsplikt vil målet om felles nytteoptimering raskt bli stående igjen uten et reelt innhold. [D]et [må] derfor legges til grunn en lav terskel.» Det kan derfor synes som at det de med presiseringen av at opplysningene må være «nødvendige» «baker inn» de hensyn som kan gi en part rett til unnlate å gi

¹⁷⁵ Weitzenboeck (2010) side 203-205.

¹⁷⁶ Picod (1989) side 101-102 og 111-127.

¹⁷⁷ Nordtveit (1992) side 294.

¹⁷⁸ Mentzoni (2006) side 64.

informasjon til tross for at denne vil være av interesse for de øvrige parter. Forstått slik foreligger det ikke uenighet.

Plikten innskrenkes altså i noen tilfeller av hensyn til den som sitter på informasjonen. For det første kan det foreligge forhold som gjør det urimelig bydefullt å overlevere opplysningene på det aktuelle tidspunktet. Dette kan for eksempel være tilfelle der parten har fått opplysninger han ikke kan få bekreftet eller avkreftet riktigheten av, og som han derfor kan risikere å pådra seg erstatningsansvar ved å gi videre. Her må han normalt ha rett til å vente med å gi informasjonen videre slik at man kan få avklart dette.¹⁷⁹ For det annet kan parten ha rett til å tilbakeholde opplysninger som de andre partene for så vidt har interesse av og bruk for, men som de allikevel ikke har hatt rimelig grunn til å forvente å få overlevert.¹⁸⁰ Det klareste eksempelet på dette er forretningshemmeligheter eller knowhow partene ved avtaleinngåelsen ikke hadde rimelig grunn til å tro ville bli overlevert, selv om de skulle vise seg å være nyttige eller til og med nødvendige.

Weitzenboeck skriver ikke om hensyn som kan begrunne at en part har rett til å holde tilbake opplysninger til tross for at de ellers vil være av interesse for én eller flere av de øvrige parter. En slik begrensning må imidlertid være underforstått. Plikten til å gi informasjon ville ellers fått et selvutslettende preg.

På grunn av det alminnelige ansvaret for uaktsomhet i kontrakt vil partene ikke bare misligholde informasjonsutvekslingsplikten ved bevisste unnlatelser, også unnlattelse av å gi informasjon han burde ha skjønt var omfattet av plikten eller han i det hele tatt ikke har men burde hatt vil utgjøre et mislighold. Hva en part burde ha oppfattet hadde interesse for de øvrige deltakerne må være det «*man vil kunne*

¹⁷⁹ Ofte vil dette kunne løse seg ved at parten gir uttrykk for at opplysningene er usikre, men dette er ikke alltid tilfelle. For eksempel der informasjonen går ut på et potensielt tillitsbrudd fra en av de øvrige parter hvor beskyldningen i seg selv vil kunne velte samarbeidet. Torvund (1997) side 175 mener man som hovedregel bør kunne avvente til situasjonen er «*noenlunde avklart*».

¹⁸⁰ Se over i punkt 2.3.4.3 om bruk av bakgrunnsdokumenter.

vente av en normal og samvittighetsfull part. [...] Har dog parten særskilte kunnskaper eller kvalifikasjoner på området, må man imidlertid også kunne øke forventningene til hans prestasjon tilsvarende.»¹⁸¹

Videre må opplysningene legges frem på en ryddig og forståelig måte i et passende format, slik at det ikke er tvil om at en normalt oppegående person ville ha mottatt og forstått dette. *Mentzoni/Rønbeck* bruker som eksempel at det ikke ville være lojalt å «*snike*» inn ett viktig dokument blant tusen uviktige slik at det beror på tilfeldigheter om medkontrahenten får kunnskapen.¹⁸² Dette innebærer også, som nevnt over, at en part som får mistanke om at en annen ikke forstår betydningen av opplysningene som overleveres har plikt til å iverksette tiltak for å avhjelpe dette.

6.3.3 Varslingsplikter

I tillegg til den ordinære informasjonsutvekslingen vil ekstraordinære hendelser¹⁸³ kunne utløse en plikt for partene til å på eget initiativ varsle medkontrahentene om det inntrufne. Det er disse pliktene som her betegnes som varslingsplikter. Det er to hovedgrunner til at varslingsplikter er praktisk viktige innenfor samarbeids- og tilvirkningsavtaler. Først og fremst er de viktige fordi så tidlig varsel som mulig gir optimale muligheter for de øvrige parter til å innrette seg etter den endrede situasjonen. Dette kan være forsinkelser som ikke kan unngås, umulighet

¹⁸¹ Thorsen (1991) side 663 med videre henvisning. Når det gjelder virkningen av at medkontrahenten har særlige kvalifikasjoner og kunnskap se også Weitzenboeck (2010) side 203-204.

¹⁸² Mentzoni (2006) side 75.

¹⁸³ Varslingsplikten utløses ikke bare av faktiske hendelser, men også en rekke andre typesituasjoner som vanskelig kan sies å være «hendelser». Anticiperte fremtidige hendelser som for eksempel at debitor nå ikke lenger tror det vil være mulig å overholde tidsplanen er et eksempel på en situasjon som omfattes. Også begivenheter som har inntruffet tidligere, men hvor betydningen av disse enda ikke har blitt kjent kan utløse varslingsplikt. Dette er typisk der det tidligere har skjedd noe, for eksempel at det har blitt registrert et nytt patent, som man først nå oppdager. Når det gjelder de tilfeller hvor den tidligere hendelse eller følgende av den enda ikke har blitt klarlagt, men den *burde* ha blitt det, behandles dette ovenfor i tilknytning til informasjonspliktene. Når jeg under bruker «hendelse» omfatter dette også disse situasjonene.

eller kostnadsoverskridelser realdebitor ikke har risikoen for.¹⁸⁴ Denne begrunnelsen er altså rettet mot problemet selv. Den andre begrunnelsen er rettet mot virkningene av at det har oppstått et problem. Ved å ta opp potensielle eller aktuelle problemer gis fellesskapet en mulighet til å søke å avhjelpe disse. Dette er naturligvis mest praktisk der de øvrige parter disponerer over resurser som er egnet til dette formål, for eksempel teknisk ekspertise eller tilgang på materialer og maskiner det er knapphet på.¹⁸⁵

Varslingsplikter er som den klare hovedregel inntatt i avtaleverket. De er gjerne helt generelt avfattede, med en plikt til å varsle om alle avvik fra et avtalt normalforløp¹⁸⁶ eller alle forhold det er grunn til å tro kan ha eller få betydning. To eksempler:

«[...] Oppdragstaker skal orientere [Oppdragsgiver] hvis det oppstår vesentlige forsinkelser i prosjektet, så snart det blir klart at avtalte frister ikke kan overholdes. [...]»

DESCA-avtalens varslingsklausul er enda mer generell avfattet:

«Each Party undertakes to notify promptly, in accordance with the governance structure of the Project, any significant information, fact, problem or delay likely to affect the Project.»

Et særlig spørsmål er om og eventuelt i hvilken grad varslingsplikter skal tolkes innskrenkende slik at de ikke omfatter forhold flere eller alle parter kjenner til, eller som alle parter har like gode forutsetninger for å oppdage. Dette vil typisk komme på spissen der flere parter har egne

¹⁸⁴ Denne siden av varslingsplikten er begrunnelsen for varslingsplikt ved forsinkelse i nyere kontraktslovgivning, som for eksempel kjøpsloven § 28. Se også Rt. 1970 s. 1059 nedenfor.

¹⁸⁵ Se også Kaasen (1994) side 198.

¹⁸⁶ Det kan spørres hva som menes med «avvik» i de klausuler hvor plikten ikke er blitt presisert noe videre. Sannsynligvis må man med dette forstå avvik av en viss kvalifisert art. For eksempel vil ikke den minste forsinkelse utløse en varslingsplikt i et prosjekt som strekker seg over flere år. Om debitor har plikt til å varsle om kostnadsoverskridelser vil måtte bero på om han selv har risikoen for dette, med et mulig unntak hvor kostnadsoverskridelser angriper debtors soliditet.

folk som jobber på eller overvåker et delprosjekt hos en realkreditor. Sannsynligvis er det ikke grunn til å tolke slike varslingsplikter innskrenkende – i hvert fall må det da være snakk om helt innlysende forhold som det vil virke nærmest tåpelig å ta opp.¹⁸⁷ Grunnen er det særlige ansvar som påhviler realdebitor for å ta opp problemer til drøfting og sikre at alle parter har forstått følgende av en gitt utvikling, selv om andre medkontrahenter også vil eller bør oppdage denne.¹⁸⁸

Selv om varslingsklausulene bør være så vide som mulig, og dermed uvergelig generelle i avfatningen, kan man spørre seg om man ikke bør eksemplifisere med noen typiske situasjoner som utløser varslingsplikt. For eksempel at det skal opplyses om antesiperte forsinkelser over en viss terskel. På den måten skaper man tryggere rammer for de som skal forholde seg til avtalen, og unngår at terskelen for konkret varsling blir satt for høyt.¹⁸⁹

Plikten til å varsle medkontrahenter om konkrete forhold en part har kjennskap til og som medkontrahentene har grunn til å regne med å få varsel om er et sikkert obligasjonsrettslig prinsipp.¹⁹⁰ Man kan derfor ikke uten helt klare holdepunkter for det motsatte slutte antitettisk fra klausuler som kun oppstiller varslingsplikter i konkretiserte situasjoner, eller, helt unntaksvis, overhodet ikke inneholder noen varslingsplikter. Presumsjonen om at partenes avtale er i samsvar med

¹⁸⁷ Mentzoni (2006) side 66 skriver at forholdet må være «fullstendig åpenbart» for at partene ikke skal ha plikt til å opplyse om det.

¹⁸⁸ Se for øvrig Kaasen (1994) side 198 med tilsvarende formulering i Kaasen (2006) side 222 som forklarer ratioalet bak en slik innretning.

¹⁸⁹ I mitt materiale finnes få, om noen, eksempler på at man bevisst har valgt en slik tilnærming. Se forøvrig Torvund (1997) side 175.

¹⁹⁰ Se Rt. 1970 s. 1059. En produsent av loddenot fikk medhold i at det forelå subjektiv umulighet, som relevant force majeure-hendelse, da han ikke fikk tak i den mengde knutelin som ville trenge for å fullføre alle de ordre han hadde påtatt seg. Erstatningsansvar ble allikevel idømt da retten kom til at «*firmaet på et tidligere tidspunkt burde ha underrettet [realkreditor] om faren for forsinkelse.*» Kreditor fikk da dekket det økonomiske tap han hadde hatt som følge av manglende varsel. Prinsippet har for øvrig blitt inntatt i senere deklarasjons- og semipreseptorisk kontraktlovgivning. Se for eksempel kjøpsloven § 28, *Lov om avhending av fast eiendom* av 3. juli 1992 nr. 9 § 5-6 og *Lov om forbrukerkjøp* av 21. juni 2002 nr. 34 § 25. Se også UNIDROIT artikkel 3.15 og 6.1.15 med kommentarer og PECL artikkel 3.304, 4.105 og særlig 4.112 og 4.113.

bakgrunnsretten¹⁹¹ må her medføre at en generell varslingsplikt innfortolkes.¹⁹² Spørsmålet blir så hvor terskelen for varsel skal ligge. Som for ordinær utveksling av informasjon taler sterke hensyn for at terskelen legges så lavt som praktisk mulig. *Weitzenboeck* mener partene har plikt til å «*inform the other [parties] of any event which could impinge on the successful or timely execution of the contract. Any change or potential change in the execution of the contract should be pointed out.*» Hun legger til at «*[i]n addition to this, any information which could facilitate the execution of any or all of the other parties should also be provided.*» Dette må i tette samarbeid som dette være uttrykk for den riktige norm for varslingspliktene.¹⁹³

På grunn av det, normalt, store kompetansesprøket mellom partene kan varslingsplikten etter en nærmere vurdering strekke seg lenger enn til bare å varsle om «nøytrale» forhold. Også der en av partene oppdager at en annen gjør feil vil han kunne ha plikt til å varsle om dette. Et eksempel på dette er dommen inntatt i Rt. 1972 s. 449. Det hadde her oppstått tvist mellom A, en entreprenør, og byggherren B om As erstatningsansvar og plikt til omlegningsarbeider etter en lekkasje som hadde oppstått i forbindelse med isolasjon og tekking av terrassene i to syvetasjes boligblokker som byggherren B oppførte, og hvor A var blitt leid inn for å utføre arbeid i forbindelse med terrassene. Det var på det rene at lekkasjene ikke hadde oppstått som en følge av svikt i arbeidet A hadde utført. Saken reiste flere spørsmål, relevant her er spørsmålet om A hadde plikt til å varsle B om at B utførte sine arbeider på en slik måte at det kunne medføre lekkasjer. Førstvoterende uttalte på vegne av en samlet rett at «*[As] forpliktelse [er] ikke [...] innskrenket til å gjelde egne materialer og eget arbeid. Når [B] søkte [A], var det fordi [B] selv ikke hadde noen erfaring med hensyn til terrassetekking, mens [A] fremtrådte som den sakkyndige spesialist på området. Men når da avtalen mellom partene i forbindelse med terrassetekking innebar en*

¹⁹¹ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1109. Se også Høgberg (2009) side 275 følgende med videre henvisninger.

¹⁹² Slik også Dæhlin (1986) side 66, *Weitzenboeck* (2010) side 204 og forutsetningsvis Nordtveit (1992) side 297.

¹⁹³ Dette siste ligger nok nærmere informasjonsutvekslingspliktene, uten at dette i praksis får noen betydning.

arbeidsfordeling mellom dem, finner jeg at [A] ikke bare pliktet å svare på eventuelle forespørsler fra [B] om de deler av arbeidet han skulle utføre[,] men også pliktet å varsle ham dersom [A] ble oppmerksom på at han utførte arbeidet på en slik måte at det kunne oppstå fare for lekkasjer.» (min understrekning). Høyesterett presiserer så at denne plikten ikke gjelder uinnskrenket fordi «[A] måtte gå ut fra at [B] hadde de nødvendige kvalifikasjoner som entreprenør for bygget. Åpenbare feil som enhver erfaren entreprenør måtte være klar over, pliktet [A] ikke å si fra om - som utgangspunkt må [B] selv ha risikoen for det arbeid han og hans folk skulle utføre.» Risiko B i utgangspunktet bærer blir på denne måten «løftet over» til As risikofære. Flere av realdebitors biforpliktelser kan sees under denne synsvinkelen, for eksempel plikten til å foreslå endringsarbeider.¹⁹⁴ Risiko kan naturligvis flyttes motsatt vei, for eksempel der realkreditor krever at en spesiell fremgangsmåte følges. Når ansvar og risiko på denne måten omfordeles kompliserer dette naturligvis misligholdsvurderingen, se nedenfor i punkt 8.1.3.

Brudd på varslingsplikten vil kunne møtes med de alminnelige misligholdsbeføyelser, for eksempel erstatningsansvar. Her vil det imidlertid ofte være vanskelig å påvise et økonomisk tap. Er bruddet svært gravevende, enten fordi det er særlig uaktsomt eller illojalt, og dette har gitt de øvrige parter grunn til å tvile på deltakeren, kan brudd på varslingsplikter også gi rett til å heve avtalen.

6.3.4 Konfidensialitet og utnyttelse av ervervet knowhow

Skal man sikre optimal flyt av informasjon, og for så vidt kontrahering med disse tjenestene i det hele tatt, fordrer det omfattende konfidensialitetsforpliktelser.¹⁹⁵ Dersom partene risikerer at informasjon de deler gjøres kjent for utenforstående tredjemenn vil det legge strenge føringer på hvor mye informasjon de ville være villige til å dele. Konfidensiali-

¹⁹⁴ Se nedenfor i punkt 7.1.2

¹⁹⁵ Se Gisvold (1983) side 301 følgende for en grundig og systematisk gjennomgang av disse. Se også Buller (2005) side 66-67 som ved bruk av en matrise sammenligner konfidensialitetsbestemmelser i ulike forsknings- og utviklingskontrakter innenfor petroleumssektoren.

tetsklausulene er gjennomgående, som påpekt av Buller,¹⁹⁶ forholdsvis ensartede i utforming og innhold. Normalt forplikter man seg til full konfidensialitet, med unntak for opplysninger man kan dokumentere allerede er allment kjent, eller hvor samtykke er innhentet fra samtlige rettighetshavere eller deltakere.

Dette er ikke uproblematisk i prosjekter hvor en eller flere deltakere er underlagt universitets- og høyskoleloven.¹⁹⁷ Disse har plikt til å «sørge for åpenhet om resultater fra forskning eller faglig eller kunstnerisk utviklingsarbeid. [...] Styret kan samtykke til utsatt offentliggjøring når legitime hensyn tilsier det. Det kan ikke avtales eller fastsettes varige begrensninger i retten til å offentliggjøre resultater utover det som følger av lov eller i medhold av lov.» (min understrekning).¹⁹⁸ Hvilke hensyn det kan legges vekt følger blant annet av NOU 1993:24 *Lov om universiteter og høyskoler* og NOU 2003:25 *Ny lov om universiteter og høyskoler*.¹⁹⁹ Samtidig som man ønsker størst mulig åpenhet er det et klart politisk mål å stimulere til økt samarbeid mellom forskningsinstitusjoner og private aktører og større grad av kommersiell utnyttelse av forskningsresultater.²⁰⁰ Dette innebærer i praksis at også disse må kunne avtale omfattende konfidensialitetsklausuler. En mulig løsning, som jeg har funnet eksempler på, er at man avtaler en intensjon om at det skal publisere så mye som mulig, så raskt som mulig, så langt dette er forenelig med de kommersielle aktørers interesser.

Som et eksempel på en typisk konfidensialitetsklausul kan man se på følgende utdrag fra «Standardkontrakt for oppdragsforskning» utgitt av Kunnskapsdepartementet:

«[...] Oppdragstaker plikter å bevare taushet om annet han blir kjent med i forbindelse med utførelsen av oppdraget og som han

¹⁹⁶ Buller (2005) side 66.

¹⁹⁷ *Lov om universiteter og høyskoler* av 1. april 2005 nr. 15.

¹⁹⁸ § 1-5 (6).

¹⁹⁹ Oppsummert i «Veiledning til standardkontrakt for oppdragsforskning» utgitt av Kunnskapsdepartementet 14. juli 2006, punkt 10 og 11.

²⁰⁰ Se særlig St.meld. nr. 20 (2004–2005) *Vilje til forskning*.

forstår eller burde forstå at det er av betydning å bevare taushet om. Plikten til å bevare taushet etter denne bestemmelsen gjelder så langt opplysningene ikke er alminnelig kjent eller det foreligger skriftlig forhåndssamtykke fra den opplysningen gjelder til å gjøre opplysningen kjent. [...]»

Normalt inneholder konfidensialitetsklausulene ingen regulering av hvor lenge de skal vare. Utgangspunktet må da være at taushetsplikten «overlever» avslutning av samarbeidet, og at den således ikke er tidsbegrenset. Dette gjelder uavhengig av om bortfallet skyldes regulær eller irregulær utvikling, for eksempel heving av kontrakten.²⁰¹ Også bruk av informasjon og knowhow innenfor egen organisasjon, for eksempel i en situasjon hvor man skal konkurrere med parten som er beskyttet av konfidensialitetsklausulen, kan komme til å falle inn under forbudet.²⁰²

Senere utvikling kan medføre at taushetsplikten bortfaller. Det er, med unntak av samtykke fra den som har krav på hemmelighet, to utviklingstrekk som vil kunne ha denne virkningen. For det første der opplysningene blir allment kjent, eller debitor har eller kunne ha skaffet seg informasjonen fra annet hold uten konfidensialitetsbegrensninger.

Selv om informasjonen har eller kunne ha blitt kjent for parten på annen måte kan lojalitetsplikten i det konkrete tilfelle medføre at parten ikke kan agere like fritt med hensyn til medkontrahenten som har overlevert informasjonen som om han var en uavhengig tredjemann. Dommen inntatt i Rt. 1959 s. 712 synes å være et uttrykk for dette. Forhandlingene om produksjons- og salgsretten til et dørskilt med en patentert holder mellom en norsk forretningsmann og et svensk firma førte ikke frem. Etter at dette ble klart startet den norske forretningsmannen med produksjon og omsetning av en «nøyaktig etterligning av det svenske skilt», men med en annen, ikke patentbeskyttet, holder. Spørsmålet for Høyesterett var om dette var i strid med generalklausulen i konkurranseloven av

²⁰¹ Se for øvrig kommentaren til UNIDROIT Principles artikkel 7.3.5 (3) som bruker nettopp en konfidensialitetsklausul som illustrasjon på en forpliktelse som «overlever» avvikling av en kontrakt.

²⁰² Om rene konkurransebegrensninger se over i punkt 6.2.

1922 § 1, forbud mot utilbørlig konkurranse. En samlet Høyesterett kom til at det «ikke [kunne] være tvilsomt» at så var tilfelle. Førstvoterende uttalte at «[e]n ettergjøring vil på grunn av særlige omstendigheter kunne karakteriseres som utilbørlig og derfor medføre erstatningsansvar, selv om situasjonen er den at gjenstanden ikke nyter beskyttelse etter patentlovgivningen. Og som jeg allerede har sagt er jeg enig med byretten og lagmannsretten i at i denne sak foreligger det nettopp slike særlige omstendigheter som gjør det berettiget å karakterisere [den norske forretningsmannens] handlemåte som rettsstridig og erstatningsforpliktende.» Høyesterett la til grunn for avgjørelsen at «[e]tterligningen ble foretatt på grunnlag av det materiale [forretningsmannen] hadde mottatt fra Sverige i forbindelse med forhandlingene med den svenske rettighetshaver [...]» Riktignok fastholdt den norske forretningsmannen at kopien ble fremstilt uten bruk av den modell og de tegninger han hadde mottatt i forbindelse med forhandlingene, men som lagmannsretten uttaler kan dette ikke ha betydning for lojalitetsvurderingen.²⁰³ Dommen viser at det ikke uten videre kan være avgjørende for om man har rett til å anvende og videreformidle informasjon og kunnskap at en part har eller kunne ha skaffet seg informasjon på annen måte.²⁰⁴ Avgjørende for om bruken av informasjon skal anses som utilbørlig vil være en helhetsvurdering hvor tilgangen på informasjonen gjennom alternative kilder vil være et viktig moment. Som drøftelsen viser får dette betydning ikke bare for spørsmålet om kunnskap parten kunne ha skaffet seg på alternativt vis, men også for de tilfeller hvor informasjonen er allment kjent eller parten faktisk har skaffet seg informasjonen fra annet hold.

For det annet kan utviklingen føre til at informasjon ikke lenger kan være til skade for den som hadde krav på hemmeligholdelse, og at denne derfor ikke lenger har krav på konfidensialitet. Dette er typisk tilfelle der en produksjonsteknikk eller annen prosesskunnskap blir utdatert på grunn av teknologisk utvikling. Den konkrete kunnskapen trenger altså ikke være tilgjengelig for allmennheten for at konfidensialitetsplikten skal bortfalle. Det vil altså, som *Nordtveit* skriver, skje en utvik-

²⁰³ Lagmannsrettens dom er inntatt straks etter byrettens dom på side 720 følgende. Angjeldende punkt drøftes på side 724.

²⁰⁴ Så også Lassen (1988) side 6.

ling hvor konfidensialitetspliktene gradvis faller bort.²⁰⁵ Parten som påberoper seg at så er tilfelle gjør sannsynligvis klokt i å ta opp spørsmålet med den part som har hatt krav på konfidensialitet før han foretar seg noe som kan tenkes å være i strid med konfidensialitetsplikten.

I enkelte kontrakter har man avtalt hvor lenge etter avslutningen av prosjektet taushetsplikten skal bestå. Selv om en slik regel i utgangspunktet er retts teknisk enkel og grei vil det ofte kunne by på vanskeligheter å fastslå når forskningssamarbeidet er avsluttet, med mindre man unntaksvis har valgt å regulere dette i kontrakten. Ofte vil dette tidspunktet da være knyttet opp mot en gitt hendelse, som for eksempel overlevering av alle prosjektresultater og sluttrapport med regnskap.²⁰⁶

7 Et dynamisk element i kontraktsforholdet

7.1 Innledning

I dette kapitlet skal jeg forsøke å tegne et bilde av det jeg har valgt å kalle avtalens *dynamiske element*.²⁰⁷ Med dette mener jeg den kombinasjon av rettslige normer og faktiske forhold som legger til rette for og skaper et miljø for justeringer av partenes plikter etter avtaleinngåelse – viktigst omlegging av hovedforpliktelsen. Selv om en viktig side av det *dynamiske element* altså er faktiske, ikke-rettslige forhold, som for eksempel at det eksisterer en kultur for samarbeid og konsultasjon, er det rettslige normer som brukes til å stimulere og legge til rette for disse faktiske forholdene og for å trekke kontraktsrettslige konsekvenser av dem. Et slikt dynamisk element i et kontraktsforhold er i mange tilfeller helt avgjørende for å oppnå optimale resultater. Det kan være flere grunner til at én, flere eller alle/begge parter ønsker å endre hva som

²⁰⁵ Nordtveit (1992) side 395.

²⁰⁶ Se om dette spørsmålet Bjørnebye (2008) side 24, særlig fotnote 15.

²⁰⁷ Begrepet dynamisk kontraktsrett, som jeg her bygger på, ble ifølge Kaasen fremkastet av advokat Arne Engesæth jf Kaasen (2005) side 245 (i fotnote 11).

skal ytes fra realdebitorerne. Dette kan være beveggrunner knyttet direkte til prosjektet, som for eksempel at realkreditor ikke lenger kan forvente å oppnå den nytte denne så for seg da avtalen ble inngått eller at de kan forvente å oppnå større nytte av ytelsen i forhold til innsatsen dersom realytelsen endres.²⁰⁸ Sannsynligvis er et praktisk viktig eksempel på dette de tilfeller hvor man oppdager at hele eller nødvendige deler av teknologien man jobber med allerede er patentbeskyttet.²⁰⁹ I en slik situasjon vil man ha behov for å legge om ytelsen for å oppnå et resultat med verdi for realkreditor. Det kan også være beveggrunner helt løstrevet fra prosjektet som sådan, for eksempel innsparingsprogram hos realkreditor som gjør at han ikke lenger kan investere så mye i forskning og utvikling. De fleste, om ikke alle, de særtrekkene som kjennetegner kontrakter hvor det normalt oppstår et ønske/behov hos minst én av partene om omlegging av realytelsen – tilvirkningsaspektet, det nære samarbeidet, usikkerheten på kontraheringstidspunktet og så videre – kjennetegner i stor grad forsknings- og utviklingsarbeid.²¹⁰

For å illustrere hva som nærmere ligger i dette kan vi for eksempel tenke på en variant av endringsavtaleeksemplet over i punkt 2.3.1. I dette eksempelet så vi for oss at en realdebitor gikk til *Fellesskapet* og ga denne varsel om en endringsmulighet som, for at den skulle kunne utnyttas, forutsatte en endringsavtale mellom *Fellesskapet* og realdebitoren. Vi legger til eksempelet at realdebitoren og *Fellesskapet* etter forhandlinger kommer frem til et forslag til endringsavtale som, mot et mindretall av stemmene i *Fellesskapet*, blir vedtatt. Her ser vi at det var en rettslig norm – en varslingsforpliktelse – kombinert med faktiske forhold – felles kommersiell interesse og et styringsdyktig kreditorfellesskap, altså med kompetanse til å binde et motvillig mindretall, som

²⁰⁸ For en lang rekke praktiske eksempler se Gisvold (1983) side 330 følgende. Gisvold skriver at det «kanskje [er] hovedregelen, og ikke unntaket, at det foretas endringer av målsetting, fremgangsmåte eller tidspunkt for levering mens prosjektet løper.» Se også Barbo (1997) side 3.

²⁰⁹ Gjesdal (2010) skriver at en undersøkelse gjort innenfor EU viser at «[e]n tredjedel av forskningsprosjektene innenfor teknologi og industri [...] allerede [er] patentert».

²¹⁰ Se særlig Grönfors (1995) side 43 følgende, Kaasen (2005) side 243 og Kaasen (2006) side 271 følgende.

gjorde det mulig å legge om partenes plikter for å optimalisere prosjektresultatene. Disse forholdene, varslingsplikt, felles kommersiell interesse, plikt til å drøfte endringsmuligheter og et kreditorfelleskap som, innenfor strenge rammer, kan binde seg uten at det nødvendigvis foreligger enstemmighet er et resultat av en bevisst bruk av rettslige normer som direkte eller indirekte skaper dynamikk.

Det viktigste verktøy for å oppnå dynamikk i et avtaleforhold er naturligvis de rettslige normer som gir en part, normalt realdebitor, ensidig kompetanse til å legge om realytelsen, altså endringsordrer. Det dette «*avtalt system[...] for justering av kontraktsplikter i kontraktsperioden - kontrakt om hvordan endre kontrakt [-]*» som i kontraktsretten har blitt betegnet den «*dynamiske kontraktsrett*». ²¹¹ Dette behandles straks nedenfor. Men dersom man utelukkende undersøker disse pliktene vil man få et skjevt bilde av hvor godt avtalen er tilpasset en omskiftelig virkelighet. Skal man gjøre seg opp en mening om hvor robust det *dynamiske element* i en gitt kontrakt virkelig er må man undersøke en lang rekke biforpliktelser og andre sider ved innretningen og utformingen av avtaleverket. For eksempel er underkomiteer som fora for erfaringsutveksling og for å drøfte fremgang sannsynligvis en viktig inkubator for endringsforslag. En annen grunn til at man må se hele kontrakten i sammenheng er at enkelte kontraktselementer gjerne virker på mange forskjellige aspekter ved avtalen – en plikt til å foreslå endringer blir straks mer effektiv dersom den sammenholdes med en felles økonomisk interesse gjennom en overskuddsdelingsplan. ²¹²

Det er viktig å være oppmerksom på at det *dynamiske element* i avtalen har grenseflater mot, og til en viss grad griper inn i, andre kontraktsrettslige spørsmål. Et viktig eksempel på dette er grenseflaten mot misligholdssituasjoner. ²¹³ For eksempel kan realkreditor hevde at det foreligger en rett til å endre kravsspesifikasjonen, mens debitor mener at så ikke er tilfelle og at det vil foreligge kreditor mora dersom

²¹¹ Kaasen (2005) side 238.

²¹² Se petit under i punkt 7.1.2.

²¹³ Kaasen (2005) side 242.

reakkreditor ikke medvirker til oppfyllelse av det opprinnelig avtale.²¹⁴

Nedenfor behandles de, presumptivt, viktigste elementene i dette dynamiske kontraktselementet.

7.1.1 Endringsavtaler og ensidig endringskompetanse

7.1.1.1 Endringsbegrepet

Med «endring» menes her en kvantitativ, kvalitativ og/eller tidsmessig endring av realytelsen. I en viss utstrekning kan man se for seg at en part har ensidig kompetanse til å endre nærmere angitte biforpliktelser, for eksempel redusere omfanget av realdebitors plikt til å dokumentere arbeidet, men særlig praktisk er dette neppe. Når det gjelder rene omlegginger av avtaleverket er det klare utgangspunkt at dette ikke kan endres gjennom et endringspålegg, men at det krever en *endringsavtale*.²¹⁵

Her behandles kun omlegging av realdebitors plikter. En endring av betalingsforpliktelsen kommer først og fremst «*som en konsekvens av primærendringen, altså som en gjenopprettende endring*».²¹⁶ At betalingsforpliktelsen endres for å opprettholde balansen i et kontraktsforhold der realforpliktelsen har blitt endret, og partene ikke har avtalt en avvikende løsning, er sikker rett.²¹⁷ Denne omleggingen blir da en «speiling» av omleggingen av realytelsen.²¹⁸

7.1.1.2 Endringskompetanse med hjemmel i avtalen – endringsordre

I enkelte tilfeller har realkreditor betinget seg en ensidig kompetanse til å legge om realytelsen. Dette eksempelet er hentet fra standardvilkårene

²¹⁴ Noe system for gjennomføring av omstridte endringsordrer, som fabrikkasjonskontraktens DVO-system, har jeg ikke funnet i mitt materiale.

²¹⁵ Se allikevel over i punkt 2.3.2 om endringskompetansen, som i noen tilfeller strekker seg så langt.

²¹⁶ Kaasen (2005) side 244.

²¹⁷ Se for eksempel bustadoppføringslova § 42 og håndverkertjenesteloven § 33.

²¹⁸ Men formålet med omleggingen kan naturligvis være nettopp å få endret betalingsforpliktelsen, typisk gjennom avbestilling av realytelsen.

til en norsk industriell aktør:

«Innenfor det partene med rimelighet kunne forvente da Kontrakten ble inngått, kan [reakkreditor] kreve kvalitetsmessige og/eller kvantitetsmessige endringer i Tjenesten samt endringer i fremdriftsplanen. Krever [reakkreditor] endringer, skal Leverandøren uten ugrunnet opphold opplyse om eventuell innvirkning på pris og fremdriftsplan.»

Hvordan endringssystemet er innrettet med hensyn til formkrav til endringspålegg, rutiner for dokumentasjon, vederlagsjusteringer og så videre varierer. I noen tilfeller har man nesten ikke i det hele tatt regulert dette spørsmålet, mens man i andre er forholdsvis uttømmende. Et eksempel på det siste kan være PS 2000²¹⁹ som inneholder bestemmelser om fremgangsmåte ved endringer og strenge preskripsjons- og preklusjonsregler for endringskompetanse og vederlagskrav.²²⁰

Der reakkreditor i utgangspunktet har en helt generell omleggingsadgang, som tilfellet er i PS2000, må denne naturligvis presiseres og innskrenkes:

«Leverandøren kan nekte å utføre en Endringsordre dersom nettoeffekten av Endringsordrene, inkludert den aktuelle Endringsanmodningen, utgjør mer enn en [nærmere definert] prosentsats av opprinnelig avtalt Målpris. [...]»

Også en avbestillingsrett kan sees under synsvinkelen endringskompetanse, og en endring kan sees på som, eller i realiteten være, en avbestilling. Resten av klausulen over lyder som følger:

«Dersom nettoeffekten av Endringsordrene inkludert den aktuelle Endringsanmodning, resulterer i at Målprisen reduseres med mer

²¹⁹ «Kontraksstandard for leveranse av programvare m. m.» opprinnelig utviklet av PROMIS AS og Advokatfirmaet Selmer DA under et forskningsprosjekt i regi av Norges teknisk-naturvitenskaplige universitet (NTNU). Senere forvaltning og videreutvikling er ivaretatt av Den Norske Dataforening. Jeg forholder meg her til versjon 3.02. Endringsreglene finnes i de generelle bestemmelser punkt 3.6.

²²⁰ Systemet ligner på endringsordresystemet innenfor entreprisekontrakter.

enn [den] definert[e] prosentsats av opprinnelig avtalt Målpris, skal dette behandles som en delvis avbestilling [...]»

Der realdebitor bare har betinget seg en avbestillingsrett, som altså kun gir rett til en viss kategori av endringer – reduksjon av arbeidsomfanget – vil denne kompetansen sannsynligvis allikevel, rent faktisk, gi realkreditor mulighet til å få lagt om ytelsen i andre retninger. En trussel om avbestilling vil ofte kunne smøre forhandlingene – og det vil være et viktig tolkningsmoment i retning av en vid ulovfestet endringskompetanse at realdebitor har avbestillingsrett.

7.1.1.3 Endringer som ikke kan hjemles i den opprinnelige avtalen

Der man ikke kan hjemle endringskompetanse direkte i avtalen, som nok er det vanligste, kan omlegging av realytelsen oppnås på to måter. For det første kan avtalen legges om gjennom en endringsavtale. Der partene er enige om at realytelsen skal legges om og hvilke følger dette skal ha for partenes øvrige plikter, viktigst vederlagsplikten, foreligger i prinsippet en ny avtale løsrevet fra den tidligere avtalen. Denne avtalen skiller seg i prinsippet ikke fra en hvilken som helst annen avtale,²²¹ men normalt har den så sterk tilknytning til den tidligere avtalen at det er naturlig å se disse to som deler av den samme avtale – bestemmelser om formkrav og fremgangsmåte for endringsavtaler bygger på et slikt synspunkt.

Det er ikke uvanlig at man har avtalt at alle endringer av den opprinnelige avtalen skal foreligge skriftlig.²²² Man vil da kunne få en spenning mellom den nye avtalen, som gjerne kan være inngått muntlig, eller, satt på spissen, ved konkludent adferd, og den opprinnelige avtalen som inneholder formkrav for endringsavtaler. Det er ikke særlig tvilsomt at der partene er enige om en ny avtale må denne gå foran den tidligere selv om den nye avtalen ikke følger formkravene i den opprinnelige avtale. Formkravene blir i disse tilfellene presumsjons- og bevis-

²²¹ Barbo (1997) side 5.

²²² Se over i punkt 2.3.4.4 om slike endringsvedlegg.

byrderegler, ikke gyldighetsregler.²²³

Som Kai Krüger påpeker må man her være bevisst skillet mellom endringsavtaler og kontraktshjemlede endrings- og tilleggsarbeider.²²⁴ Denne formen for endring kan skje ved ensidig pålegg, og må da naturligvis komme i de former som er avtalt i den enkelte kontrakt. Skillet viskes imidlertid ut der partene blir enige om en endring som kunne ha blitt rekvirert gjennom en endringsordre, men da skriftlig. Endringsordren vil her ha sterkere likhetstrekk med en endringsavtale og må i prinsippet kunne avtales formløst, selv om det motsatte er ettertrykkelig har blitt avtalt for både endringsordrer og endringsavtaler.²²⁵

For det annet vil realkreditor, selv uten hjemmel i avtalen, som den klare hovedregel – innenfor visse grenser – ha rett til å pålegge endringsarbeider, både i form av økt arbeidsmengde og endrede mål.²²⁶ En slik ulovfestet endringskompetanse er det antatt at foreligger på sammenlignbare kontraktsområder som entrepriser,²²⁷ rådgivning og engineering.²²⁸ Haaskjold skriver om endringskompetanse «i kontrakter om tilvirkning og entrepriser» at «[d]et er i slike kontraktsforhold en alminnelig ulovfestet regel at bestilleren eller byggherren kan kreve endringer i forhold til den utførelsen som er avtalt, og også at det innenfor visse rammer skal utføres tilleggsarbeider etter nærmere ordre fra realkreditor.»²²⁹

²²³ Krüger (1989) side 475. Krüger synes imidlertid å basere dette på avtaleloven § 36, altså at det vil være urimelig å ikke godta at en ny avtale har blitt inngått. Jeg kan ikke se at man trenger noen hjemmel for å sette partenes tidligere avtale til side der partene har blitt enige om en endring. Henvisningen til § 36 fremstår derfor som unødvendig, men den kan naturligvis ha noe for seg der endringsavtalen ikke er inngått ved felles partsvilje – typisk der berettigede forventninger har bundet den annen part til en endringsavtale.

²²⁴ Krüger (1989) side 475.

²²⁵ Se også Hagstrøm (2003) side 768.

²²⁶ Så også for forsknings- og utviklingstjenester Givold (1983) side 333.

²²⁷ Se NOU 1992:9 *Forbrukarentrepriselov* side 34 med videre henvisning og Barbo (1997) side 32-35. Se også bustadoppføringslova § 9.

²²⁸ Simonsen (1997) side 32.

²²⁹ Haaskjold (2002) side 294.

Spørsmålet blir da hvordan grensene for denne endringskompetansen skal trekkes. Arbeidets art, vederlagsstrukturen i avtaleverket og betydningen av endringene for realkreditor vil, i tillegg til partsspesifikke tolkningsmomenter som realkreditors berettigede forventninger, være de viktigste momenter når dette skal fastlegges.

Også reelle hensyn av mer generell karakter kan ha betydning for den nærmere fastleggningen av endringskompetansens grenser. For eksempel peker *Barbo* på at realdebitor uten en viss endringsadgang «*etter omstendighetene nærmest kunne diktere vederlagets størrelse [ved refor-handlinger] hvis det var viktig for [realkreditor] å få utført arbeidene.*» Også *Dæhlin* peker på «*den alminnelige sjikaneregel*», men da som en begrensning på realdebitors kompetanse. Normalt vil den ulovfestede endringskompetansen ikke strekke seg så lang at sjikaneforbudet får noen betydning. Man kan imidlertid se for seg unntak, for eksempel vil man kunne nærme seg denne grensen der realkreditor kjenner til at realdebitor har basert sine kalkyler på at visse deler av arbeidet skal gi viktige og store synergieffekter, som for eksempel økt knowhow som skal kunne utnyttes i et annet prosjekt eller god publisitet for realdebitor. Ved å kreve at nettopp disse arbeidene legges om eller tas bort vil man kunne legge et utidig press på realdebitor, uten at omleggingen ellers fremstår som for omfattende. Sannsynligvis må realkreditor kunne kreve mer omfattende omlegginger dersom han er villig til å dekke realdebitors økonomiske tap, realdebitor vil da kun unntaksvis ha en beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg omlegging.

7.1.2 Informasjonsflytens betydning for endringsarbeider

En forutsetning for å utnytte en endringsmulighet er at realkreditor i tide bli gjort oppmerksom på den. Det er en fattig trøst for realdebitor at han ville hatt rett til å kreve endringsarbeider dersom han rent faktisk ikke har vært kjent med muligheten, og nå sitter med et sub-optimalt, eller til og med mer eller mindre verdiløst produkt. Her har de biforpliktelse som ble drøftet under punkt 6.3 en viktig funksjon. Gjennom jevnlig møter mellom realdebitor og realkreditor, redegjørelser for styringsorganene, varslingsplikter og rapporter vil realkreditor, ideelt

sett, kunne se endringsbehov og -muligheter i tide.

En variant av spørsmålet om varslings- og informasjonsplikter er i hvilken grad realdebitor har plikt til å på eget initiativ foreslå endringsarbeider. Det klare utgangspunkt må her være at realdebitor har plikt til å foreslå endringsarbeider han ser vil være formålstjenlig for realkreditor.²³⁰ I enkelte tilfeller er en slik plikt eksplisitt avtalt. Vanligere er det imidlertid at den generelle varslingsplikten har en så vid redaksjonell utforming at man etter en ren ordlydstolkning vil komme til at den omfatter varsling om mulige endringsarbeider. Et eksempel:

«Hver av Partene lover å meddele Prosjektansvarlige omgående om all viktig informasjon, faktum, problemer eller forsinkelser som kan påvirke Prosjektet.» (min understrekning).

Plikten til å foreslå endringsarbeider må, særlig når man tenker på den nære sammenhengen med den generelle plikten til å varsle om forhold realkreditor *har grunn til å regne med å få varsel om,*²³¹ sannsynligvis omfatte ikke bare varsel om endringsarbeider realdebitor vil ha *plikt* til å gjennomføre dersom realkreditor pålegger ham det, men også endringsmuligheter realkreditor ikke ensidig kan pålegge realdebitor. For realkreditor vil nytten i å få slike opplysninger ligge i at man da vil kunne forsøke å fremforhandle en avtale med realdebitor, altså et slags supplement til reforhandlingsklausuler eller ulovfestet reforhandlingsplikt.

Som ellers vil det alminnelige aktsomhetsansvar i kontraktsforhold utvide plikten til også å omfatte endringsbehov eller -muligheter realdebitor *burde* ha sett og gjort realkreditor oppmerksom på. Plikten må også antas å omfatte de tilfeller hvor realdebitor er usikker på om endringsarbeidet vil være fornuftig for realkreditor, eller han ikke har noe forslag til hvordan endringen bør gjennomføres. Realkreditor må da gjøres oppmerksom på situasjonen og få forelagt relevant dokumenta-

²³⁰ Så også Dæhlin (1986) side 62, Gisvold (1983) side 332 med videre henvisning og Hagstrøm (2003) side 129. Både *Dæhlin* og *Gisvold* påpeker at plikten til å foreslå endringsarbeider også omfatter de situasjoner hvor realkreditor vil tape på omleggingen.

²³¹ Se over i punkt 5.3.3 om varslingsplikten

sjon slik at han selv kan ta stilling til spørsmålet.²³² Her er det grunn til å anta at man i praksis vil se at terskelen for hvilke potensielle endringer realkreditorene blir gjort oppmerksom på vil senkes betraktelig der partene møtes jevnlig i avtalte samarbeidsorganer.

Plikt til å gjøre oppmerksom på endringsmuligheter har, som *Gisvold* påpeker,²³³ også rent faktisk en side mot spørsmålet om risikoen for feil og mangler i oppdragsbeskrivelsen. Selv om realkreditor selv bærer risikoen for mangelfull og u hensiktsmessig oppdragsbeskrivelse vil risikoen få en svært begrenset betydning der realdebitor burde ha gjort oppmerksom på en endringsmulighet.

Det er ikke til å komme utenom at rettslige normer kan legge til rette for faktisk dynamikk i et kontraktsforhold, men at dette i mange tilfeller ikke vil være nok. Realkreditor vil normalt ikke oppdage en alternativ løsning bare realkreditor har kompetanse til å identifisere. Og skulle realkreditor mot formodning gjøre det, men for sent, vil en eventuell rettssak by på flere svært vanskelige bevisemaer. I de tilfeller hvor det ikke foreligger kompetanse til å pålegge realdebitor å foreta endringer eller omleggingen av arbeidet må en eventuell endring basere seg på en frivillig avtale mellom partene. Ved utformingen av avtalen bør man derfor vurdere å innrette denne slik at partenes økonomiske interesser i størst mulig grad blir sammenfallende.

I enklere utviklingsarbeider, hvor man i noen grad på forhånd kan definere etterprøvbare suksesskriterier, kan dette oppnås gjennom et bonus/malus-system som for eksempel høyere eller lavere enhetspriser ved differanse mellom virkelig kostnad og fastsatt *målpris*. Et eksempel på dette er PS 2000 «Smidig»²³⁴ som har følgende formel:

²³² Så også Dæhlin (1986) side 62.

²³³ Gisvold (1983) side 332.

²³⁴ PS 2000 Smidig er en variant av PS 2000 tilpasset såkalt smidig prosjektstyring. Kjennetegnet for denne kontraktsformen er likedeling av vederlagsrisiko, mange delmål for løpende sikring av verdi for realkreditor og svært tett samarbeid mellom tilvirker og kjøper. Se Smidig utvikling (2009) side 4 og side 6 følgende.

«Leverandørens Vederlag = (antall målpristimer + (godkjent, faktisk timeforbruk - antall målpristimer) * 50 %) * gjennomsnittlig timerate.»

Dette er imidlertid lite praktisk der man ikke kan oppstille klare suksesskriterier, det vil si i svært mange, om ikke de fleste, tilfeller. Man må da skape felles økonomisk interesse ved å gi realdebitor en eller annen «*stake*» i de frembrakte resultater. Hvordan man praktisk sett velger å organisere dette kan variere. En temmelig utbredt løsning synes å være at realdebitor beholder retten til å viderelisenisere produktet. Realdebitor vil da ha økonomisk interesse i et produkt som har størst mulig kommersiell verdi. Ulempen med denne løsningen er at realdebitor da ikke deler realkreditors interesse i å holde kostnadene nede, ofte tvert i mot. En annen løsning kan være at prosjektresultatene utnyttes gjennom en egen enhet, typisk et eget selskap, og at realdebitor får en viss andel av overskuddet fra dette.

7.1.3 Drøftelses- og reforhandlingsplikter

En annen viktig side av kontraktens *dynamiske element* er den konflikt-dempende og konfliktløsende virkningen en viss fleksibilitet har. Samtidig er det slik at man i kontraktsforhold med få konflikter – eller i det minste et miljø for å løse konflikter løpende – oppnår større fleksibilitet. Det oppstår altså, ideelt sett, en vekselvirkning.

Det er naturligvis ikke til å unngå at man i noen kontraktsforhold vil komme opp i situasjoner hvor det oppstår uenighet mellom deltagerne. Den uenigheten det er lettest å løse gjennom juridiske normer er naturligvis den rettslige, typisk knyttet til partenes plikter og rettigheter som realkreditor og realdebitorer. Uenigheten kan også angå ikke-rettslige spørsmål, altså rene hensiktsmessighetsspørsmål. Disse spørsmålene er typisk de *Fellesskapet* typisk gjennom generalforsamlingen er innrettet for å kunne ta bindende stilling til. Enkelte spørsmål oppstår i skjæringspunktet mellom de rettslige og kommersielle. Et praktisk viktig eksempel på dette er spørsmål om endringsarbeider. Behov for endringsarbeider vil reise en lang rekke spørsmål: Har realdebitor plikt til å gjennomføre arbeidene? Hvor stort skal vederlaget

være? Og dersom realdebitor ikke har plikt til dette; kan man klare å komme frem til en endringsavtale? Den mest uheldige form for uenighet er klart nok uenighet knyttet opp til misligholdsspørsmål, både om det i det hele tatt foreligger mislighold og hva rettsvirkningene av et eventuelt mislighold skal være. Det er nærliggende å anta at spenningsnivået i disse usikkerhetssituasjonene vil kunne variere svært mye, fra bitre konflikter tilnærmet uten kontakt mellom partene – eller enda verre, kun kontakt gjennom deres advokater – til situasjoner hvor samarbeidsklimaet og dialogen er god, men hvor man for eksempel har behov for å regulere vederlaget for et endringsarbeid. De situasjoner hvor spenningsnivået er høyt er naturligvis gjennomgående også der partene har størst behov for en forhåndsavtalt prosedyre som ikke baserer seg på enighet for å tre i kraft.

Løsningen på disse latente uenighetssituasjonene synes å være at man avtaler en reforhandlingsklausul utløst av nærmere angitte rettsfakta, en meklingsplikt eller gjerne begge deler. En reforhandlingsklausul med en rettsfaktaside knyttet til at det har oppstått en skjevhet i avtaleforholdet, for eksempel at den utløses der det har oppstått en «*gross imbalance*» sett i forhold til den opprinnelige «*intended balance of rights*», kalles ofte *hardshipklausuler*.²³⁵

Drøftelses- og meklingsklausulene har normalt en forholdsvis like-lydende utforming:

*«Tvister skal søkes løst gjennom forhandlinger eller frivillig meglings.
Dersom dette ikke lykkes innen én måned etter at forhandlinger er
begjært, kan tvisten bringes inn for Oslo tingrett.»*

Eksepsjonelt få rettstvister knyttet til forsknings- og utviklingskontrakter går så langt at de havner i domstolene.²³⁶ Men det er slett ikke sikkert at dette først og fremst skyldes reforhandlings-, meklings- og drøftelsesplikter. I stor grad er nok den ordinære, løpende dialogen mellom, og møtepliktene for, partene vel så viktig for å dempe konflik-

²³⁵ Bruserud (2010) side 21 følgende.

²³⁶ Se nærmere nedenfor i punkt 8.1.1.

ter. En meklingsklausul vil kun ha begrenset betydning der partene møtes jevnlig, særlig der man har organisert kontraktsforholdet gjennom en egen styringsstruktur. Her vil partene i ethvert tilfelle ha rett til å innkalle de øvrige parter til møter, eventuelt rett til å få en sak behandlet på ordinære møter. Når man sammenholder dette med den relativt begrensede plikt man kan utlede av meklingsklausuler generelt²³⁷ er det vanskelig å se at disse meklingsklausulene har noen særlig selvstendig betydning. Dette må modifiseres noe der meklingsklausulen må forstås som at en uavhengig tredjemann skal bringes inn. Det er grunn til å tro at klausulene først og fremst har to funksjoner. For det første er det en *påminnelse* til partene om plikten til å søke en minnelig løsning. Her er det grunn til å påpeke at partene uansett vil ha plikt til å ta opp potensielle konflikter, for eksempel at de mener det foreligger et potensielt eller aktuelt mislighold, på de ordinære møter i de fora som måtte være opprettet – dette ligger klart nok innenfor den generelle informasjonsutvekslings- og drøftelsesplikten. For det annet kan man se for seg at en slik klausul vil ha betydning der en part mener at *Felleskapet* misligholder sine forpliktelser på en slik måte at han ikke ønsker å få en sak behandlet av generalforsamlingen. Her vil man kunne tvinge igjennom minst ett møte – så kan man håpe at man der finner frem til en enighet.

Man kan spekulere i om utformingen av meklingsklausulene mer er et spørsmål om «gammel vane» enn gjennomtenkt kontraktsregulering. Kanskje kan det være fornuftig å endre noe på disse, først og fremst ved å synliggjøre at dette er et spørsmål som skal behandles i generalforsamlingen så tidlig som mulig. For å få til dette bør man foreta dels en redaksjonell, dels en materiell endring. Når det gjelder materielle endringer bør for det første alle parter ha rett til å innkalle til møter dersom de mener at det foreligger et potensielt, antepert eller aktuelt mislighold. Videre bør det spesifiseres at plikt til å søke en minnelig løsning omfatter plikt til å ta opp spørsmål i relevante fora, selv om man mener dette virker nytteløst. Redaksjonelt synes det fornuftig om meklingsplikt løftes opp til

²³⁷ Se Nisja (2004) side 64.

bestemmelser om generalforsamlingens kompetanse og behandlingsplikt. Det bør også spesifiseres at drøftelsesplikten også omfatter potensielle konflikter. Her er det vel kanskje grunn til å tro at disse spørsmål i stor grad uansett vil bli drøftet, men i så fall blir dette en kjekk påminnelse, og det vil kanskje gjøre det lettere å ta opp betente spørsmål før det bryter ut i åpen konflikt.

I noen tilfeller har man valgt å innta egne reforhandlingsklausuler i avtalen. Slike klausuler gir partene rett til å kreve reforhandlinger dersom nærmere angitte hendelser inntreffer – typisk en irregulær økonomisk utvikling.

Sannsynligvis vil deltakerne i enkelte forskningssamarbeider ha plikt til å delta i reelle reforhandlinger ved vesentlig endrede økonomiske forutsetninger, selv om dette ikke kan hjemles direkte i partenes avtale. *Meidell* mener at man «*under spesielle omstendigheter*» kan ha en slik plikt, og at avtaleforhold «*som bærer sterkt preg av et samarbeid mellom partene, med høye krav og forventninger til lojalitet*» kan være et eksempel på dette.²³⁸

Hva som nærmere ligger i plikten er ikke helt klart. *Bruserud* karakteriserer plikten som en omsorgsforpliktelse – og det må utvilsomt være riktig.²³⁹ Der reforhandlingsretten baserer seg på kontrakt vil det være denne som først og fremst må konsulteres for å finne det nærmere omfanget. *Simonsen* skriver:

«*Forhandlingene skjer med basis i en kontrakt, med de føringer dette gir. Blant annet vil formålsbetraktninger og den alminnelige lojalitetsstandarden i kontraktsforhold, spille inn ved forhandlingene. [...] Den eksisterende avtalen vil i stor grad prege de forventningene som stilles til en reforhandling.*»²⁴⁰

Meidell utlegger plikten som at det «*skal være en viss substans og*

²³⁸ Meidell (2002) side 502 som blant annet viser til PECL artikkel 6:111 og UNIDROIT artikkel 6.2.3 – begge bestemmelser om reforhandlingsplikt ved «*hardship*».

²³⁹ Bruserud (2010) side 292.

²⁴⁰ Simonsen (1997) side 33 med videre henvisninger.

*realitet i forhandlingene fra begge parters side, for eksempel at begge partene deltar med en viss aktivitet i forhandlingene».*²⁴¹

En forsiktig konklusjon synes å være at innholdet i plikten ikke nødvendigvis er så fryktelig omfattende, men at det heller ikke er snakk om en ren «vær snill før du kaster medkontrahenten på dør»-plikt.

Partene vil naturligvis uansett ha rett til å ta opp et ønske om reforhandling på de ordinære møter. Det er da vanskelig å se for seg en rasjonell aktør som i den grad setter seg på bakbeina at man ikke vil si at de svært beskjedne kravene til reforhandlingen har blitt oppfylt. I ethvert tilfelle vil man nok si at en part som «blånektet» å ta stilling til sin medkontrahents synspunkter uansett har misligholdt sin alminnelige lojalitets- og samarbeidsplikt. Har man først kommet så langt at man har etablert et egnet fora for utveksling av informasjon og drøftelser er det all grunn til å tro at reforhandlingene vil bli reelle – uavhengig av de rettslige forpliktelsene man måtte ha i den retning.²⁴² Alternativet vil kunne være at parten går konkurs, og et dividendekrav i et typisk teknologi- eller konsulentselskap vil normalt være en svært mager, normalt tilnærmet verdiløs, belønning for å ha stått på sin rett.²⁴³

Meklings- og reforhandlingsklausuler eksisterer i spenningsfeltet mellom juridiske regler på den ene siden og det kommersielle hensynet til fortløpende optimalisering på den andre.²⁴⁴ At en part skal stå så hardt på sitt at han velger en suboptimal løsning er, i en situasjon med rasjonelle aktører, svært usannsynlig – har man først kommet så langt at partene har fått tatt opp problemer og skjevheter er derfor svært mye vunnet. Som Grönfors påpeker, reforhandlingsklausuler synliggjør partenes målsetning om felles maksimal nytte. Man tar – i hvert fall ideelt sett får jeg legge til for egen regning – avstand fra den typiske utvekslingskontraktens «*nullsumspill*». Han skriver videre:

²⁴¹ Meidell (2002) side 504.

²⁴² Grönfors (1995) side 62.

²⁴³ Se også Krüger (1999) side 272 som peker på det samme, men presiserer at «*S k "hardship"-klausuler i kontrakten kan legge forholdene til rette for slike forhandlinger [...].*» Dette er jeg naturligvis enig i, se over om meklingsklausuler.

²⁴⁴ Grönfors (1995) side 62.

«Tekniken med omörhandling inför ett bolagsrättsligt element i avtalet. I sådana lägen är parterna själva bättre skickade att genomföra lämpliga justeringar i avtalet än utomstående bedömare, exempelvis domare eller andra jurister. Att sätta igång igång ett juridiskt slagsmål skulle strida mot det bolagsrättsliga elementet. Den som startar striden tar risken att finna sig stående ensam och hänvisad till att söka sig en ny partner.»

7.1.4 Virkningene av at det ikke er gjennomført reforhandling eller mekling

Brudd på en reforhandlings- eller meklingsplikt utgjør et mislighold av avtalen. Det kan dermed møtes med de ordinære misligholdssanksjoner, eller de sanksjoner partene måtte ha avtalt. Det er imidlertid vanskelig å se at noen av disse skulle være særlig praktiske.

Meidell nevner erstatningsansvar og heving som mulige sanksjoner. Som *Meidell* selv påpeker er det vanskelig å se at en part vil kunne sannsynliggjøre hvor stor den positive kontraktsinteressen av en reforhandlet kontrakt er.²⁴⁵ Her kan man imidlertid tenke seg at parten krever erstattet den økonomiske verdien av *sjansen* for at forhandlingene skulle lykkes, se Hagstrøm (2003) side 537.

Det praktiske spørsmål er altså hvilke følger det skal få for en eventuell etterfølgende rettssak at én eller flere parter har brutt sin meklings- eller reforhandlingsplikt.²⁴⁶ For det første kan det få betydning for saksomkostningsspørsmålet, selv der parten som har brutt forhandlingsplikten skulle vinne saken, jf tvisteloven § 20-2 (3) litra b.²⁴⁷

Videre kan det tenkes at gjennomført mekling eller reforhandling er en prosessforutsetning. Dette vil bero på om avtalen inneholder voldgiftsklausul. Der partene har valgt de ordinære norske domstoler som vernetting er svaret klart nok nei:

²⁴⁵ *Meidell* (2002) side 506 med videre henvisning.

²⁴⁶ Jeg holder her muligheten til å få oppfyllelsedom utenfor. Det ligger i sakens natur at det er lite praktisk.

²⁴⁷ Se for øvrig Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 112 og *Meidell* (2002) side 506 som drøfter spørsmålet etter den tidligere tvistemålsloven med samme konklusjon.

«En skriftlig avtale om utenrettslig mekling er ikke et hinder for å ta ut forliksklage eller stevning, slik en avtale om voldgift er. Slik sett er det uten betydning at en part ikke oppfyller en avtale om mekling.»²⁴⁸

Dersom det er avtalt voldgift vil en meklings- eller reforhandlingsplikt etter omstendighetene måtte tolkes som prosessforutsetning.²⁴⁹

Bruserud mener at man da bør tolke klausulene som at omfanget av den senere saksøkers plikt til å søke en minnelig løsning «vokser frem», altså får et mer omfattende innhold avhengig av den senere saksøktes faktiske medvirkning til reforhandling.²⁵⁰ Virkningen av en motsatt tolkning ville kunne bli rettsfornektelse for den senere saksøker, selv om man da sannsynligvis ville ha sagt at en slik bestemmelse er i strid med avtaleloven § 36, eventuelt at man ser på manglende medvirkning som grunn til å heve voldgiftsklausulen. Se for øvrig Rt. 2010 s. 402 hvor Høyesterett i en sidebemerkning uttalte at en klausul som kunne ha stengt for domstolsbehandling dersom Høyesterett hadde kommet til motsatt resultat i saken i så fall «klarligvis måtte settes til side».

²⁴⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 112. Se *Bruserud* (2010) side 411 som også viser til at dette var rettstilstanden før lovendringen jf HR-1999-00493k.

²⁴⁹ *Bruserud* (2010) side 411 med videre henvisninger.

²⁵⁰ *Bruserud* (2010) side 418.

8 Mislighold

8.1 Mislighold i forsknings- og utviklingskontrakter

8.1.1 Misligholdsbegrepet og hensiktsmessigheten av dette i forskningssamarbeider

Med mislighold menes at en part objektivt sett ikke oppfyller sine kontraktsforpliktelser, og at denne ikke-oppfyllelsen skyldes forhold parten, overfor den part som har rettskrav på oppfyllelse av kontraktsplikten, svarer for.²⁵¹ Misligholdsbegrepet avgrenses altså mot ikke-oppfyllelse som skyldes forhold kreditor for forpliktelsen har risikoen for.

Misligholdsbegrepet brukes her om et felles minstekrav til objektivt avvik fra avtalt ytelse for å kunne gjøre gjeldende minst én misligholdssanksjon. Dette er imidlertid kun ett av flere vilkår for å gjøre gjeldende misligholdssanksjoner. Det kan altså foreligge mislighold selv om dette ikke kan sanksjoneres, typisk fordi kreditor har oversett sin reklamasjonsfrist.

For å avgjøre hvorvidt det foreligger mislighold må man altså for det første avgjøre om det objektivt sett foreligger et avvik fra den avtalte oppfyllelse, og for det annet må man avgjøre hvem som har risikoen for dette. Det objektive avviket kan bestå i kvalitative, kvantitative og tidsmessige avvik fra avtalt oppfyllelse. Dersom realdebitor har en innsatsforpliktelse vil det objektive avviket bestå i et subjektivt forhold, nemlig en manglende oppfyllelse av en påkrevet subjektiv innsats. Det objektive avvik kan også bestå i at det for partene fremstår som, eller er, overveiende sannsynlig at en part ikke vil være i stand til å oppfylle sine

²⁵¹ Risikoen for kreditor kan videre deles i to grupper avhengig av om ikke-oppfyllelsen skyldes et forhold kreditor svarer for selv, kreditor mora, eller om det skyldes forhold han ikke svarer for, men like fullt har risikoen for, kreditorrisiko. Se Hagstrøm (2003) side 315, Selvig (1993) side 592 og Kaasen (2005) side 582.

forpliktelser – såkalt *antesipert mislighold*.²⁵² Det er flere forhold som gjør misligholdsvurderingen i disse kontraktsforholdene komplisert. Dette knytter seg både til vurderingen av hvorvidt det objektivt sett foreligger et avvik, og til hvem som har risikoen for dette.

Det kan umiddelbart, dersom man ønsker å holde seg på en linje hvor man forsøker å skrive om praktiske problemstillinger – utelukkende «ville dyr» om man vil –, virke lite fornuftig å vie misligholdsbegrepet innenfor disse kontraktsforholdene videre oppmerksomhet. Ekstremt få tvister knyttet til forskningssamarbeid sluses inn i juridiske tvisteløsningsfora som fordrer et klart misligholdsbegrep – faktisk forekommer det visstnok i det hele tatt eksepsjonelt sjeldent at man kommer opp i situasjoner hvor noen velger å erklære mislighold.²⁵³

Det er særlig grunn til å peke på to forklaringsfaktorer. For det første er dette en type samarbeid hvor en streng juridisk tilnærming til problemer og utfordringer sannsynligvis ofte vil oppleves som lite fruktbar. Partene er i stor grad bundet til hverandre og «til masten». En misligholdserklæring vil lett føre til en spissing av en allerede vanskelig situasjon, og dermed medføre ytterligere vanskeligheter og suboptimale arbeidsforhold.²⁵⁴ I mange tilfeller vil en misligholdserklæring kunne velte hele samarbeidet, da medkontrahenten rutinemessig vil hevde at erklæringen er sjikanøs, og således i seg selv utgjør et mislighold eller er et brudd på forutsetningene for samarbeidet.²⁵⁵ Partene legger altså

²⁵² For å lette flyten i fremstillingen vil jeg ikke løpende referere til denne formen for mislighold. Om antesipert mislighold generelt se Hagstrøm (2003) side 589 følgende. Se også Krüger (1989) side 135.

²⁵³ Søk på Lovdatas databaser over publiserte rettsavgjørelser viser at tvister knyttet til forsknings- og utviklingskontrakter nesten aldri bringes inn for de ordinære domstoler. Heller ikke voldgift synes særlig praktisk; det forekommer kun unntaksvis i mitt materiale bestemmelser om at tvist skal bringes inn for voldgift, og dette inntrykket understøttes av de «praktikerne» jeg har snakket med.

²⁵⁴ For eksempel økt sykefravær og «forsuret» samarbeidsklima som kan igjen kan føre til at partene lettere kommer opp nye konfliktsituasjoner. Se nærmere om dette Mentzoni (2006) side 4 med videre henvisninger og Kaasen (1998) side 6 som beskriver et prosjekt som har «gått surt»: «Partene har ikke tillit til hverandre, de har generelle kommunikasjonsproblemer, samvirket er (og har lenge vært) preget av posisjonering med sikte på kommende tvister, og personkjemien er dårlig.»

²⁵⁵ Om skillet se punkt 8.1.4 nedenfor.

større vekt på å utvikle samarbeidet enn å få tvunget igjennom statiske kontraktsrettigheter. Videre er det grunn til å tro at partene vegrer seg for å erklære mislighold fordi de da opplever at problemet blir «løftet vekk» fra det plan hvor man gjennom dialog kan finne frem til gode løsninger, og over på det juridiske plan hvor man i stor grad er prisgitt sine sakførere. Altså vil man istedenfor å erklære mislighold ta opp problemer og tvister så hurtig som mulig i generell form for å avklare usikkerhet og dempe konfliktnivået. I et godt organisert forsknings-samarbeid vil man dermed få en vekselvirkning mellom tvungen dialog – ved at partene møtes ansikt til ansikt med jevne mellomrom i de organer man har valgt å opprette – og en sterk felles kommersielle interesse i å overvinne situasjoner hvor partene er uenige.²⁵⁶

Her kan det være grunn til å minne om at enkelte tvisteløsningsmekanismer for så vidt heller ikke forutsetter at det eksplisitt erklæres mislighold. De vil dermed kunne gjennomføres uten den eskalering som ligger i en misligholdserklæring. Et eksempel på en slik tvisteløsningsmekanisme er oppnevning av en oppmann.²⁵⁷

For det annet vil misligholdserklæringer, og dermed også misligholdsbegrepet, kunne fremstå som lite relevant på grunn av vanskelighetene knyttet til å nærmere beskrive partenes plikter – typisk hva som ligger i *normalt godt arbeid* for en forskningsinstitusjon. Da vil terskelen for å helt uformelt i et møte gi uttrykk for at man er misfornøyd – med inn-satsen eller resultatene –, uten at man nødvendigvis erklærer mislighold, naturlig nok være langt lavere. Dersom den realdebitoren som blir kritisert mener at det er grunn til å tro at dette vil anses som et mislighold dersom forholdet blir satt på spissen vil denne kunne avhjelpe situasjonen ved å rette seg etter kritikken.

Her kan det naturligvis heller ikke utelukkes at en del av forklaringen rett og slett er at svært mange mislighold aldri blir oppdaget.

²⁵⁶ Se også Kaasen *Partnering* (1994) særlig side 36 følgende om sammenhengen mellom tett samarbeid og redusert, men slett ikke bortfall av, relevans for misligholdsbegrepet.

²⁵⁷ Se videre Kaasen (2006) side 879, Nisja (2004) side 51 følgende og Grönfors (1995) side 67 følgende.

Et klart misligholdsbegrep er allikevel viktig for å forstå rettsforholdet mellom partene. Det er ikke mulig å tenke seg *plikter* slik vi bruker begrepet i jusen uten at disse korresponderer med et pliktbrudd – altså mislighold. Gjennom et klart misligholdsbegrep nærmer man seg altså partenes plikter «fra den andre siden» – og danner dermed et klarere bilde av disse pliktene.

Og selv om det rent faktisk er slik at misligholdsbegrepet ikke ek-splisitt brukes i forholdet mellom partene er det all grunn til å tro at det allikevel er en virksom kraft. Det er vanskelig å se for seg for eksempel en reforhandlingssituasjon, et endringsordrespørsmål eller en vederlagstvist uten at partene har satt seg grundig inn i sine rettslige posisjoner – og viktigst av disse er naturligvis om man har plikt til å føye seg etter medkontrahentene, altså om manglende etterkommelse av et fremsatt krav vil være å anse som mislighold.

Dette vil for øvrig ikke bare gjelde for misligholdsbegrepet men også for mulige incentivordninger. *Kaasen* skriver om behovet for underliggende juridiske normer i partneringforhold:

«Man har fremdeles behov for en underliggende regulering av selve utvekslingsforholdet mellom partenes ytelser. [...]Også bruk av incentiver istedet for decentiver - gulrot heller enn pisk - krever en referanseramme, dersom bonusordninger osv. ikke skal være helt diskresjonære (hvilket vil kunne gjøre dem mindre effektive).»²⁵⁸

Der en part misligholder sine forpliktelser er det altså all grunn til å tro at dette får en «brekkstangfunksjon» i forhandlinger om spørsmålet, selv om de øvrige parter ønsker en løsning som ikke nødvendigvis faller innenfor de tradisjonelle misligholdsvirkningene. Som *Torvund* skriver er det «ens rettigheter etter kontrakten som bestemmer forhandlingsposisjonen, og som gir en maktmidler dersom man ikke kommer fram til noen løsning.»²⁵⁹

Nedenfor behandles først enkelte særtrekk ved misligholdsvurde-

²⁵⁸ *Kaasen Partnering* (1994) side 38.

²⁵⁹ *Torvund* (1997) side 246.

ringen i forskningssamarbeider, både mislighold av hovedforpliktelsen og biforpliktelsene. En viktig side av dette er vanskelighetene knyttet til å fastlegge partenes funksjonsområde og senere risikoforskyvning innenfor kontrakten. Dette er skilt ut i et eget punkt. Avslutningsvis behandles kort det man kan kalle bristende forutsetninger for samarbeid.

8.1.2 Kort om misligholdsvurderingen

Hvor komplisert misligholdsvurderingene i forskningssamarbeider er, og hva som særpreger disse, vil kunne variere ganske mye. Enkelte forpliktelser eller pliktelementer, som for eksempel plikten til å innbetale det avtalte finansieringsbidrag eller plikten til å benytte seg av en gitt forsker, kan utlegges ganske klart. Misligholdsvurderingen er da normalt forholdsvis ukomplisert. Ved å holde den faktisk utviste innsats eller de faktisk oppnådde resultater²⁶⁰ opp mot avtalen ferdig tolket og utfylt vil man kunne konstatere om det objektivt sett foreligger et avvik. Dersom debitor for forpliktelsen etter avtalen svarer for dette overfor en eller flere av medkontrahentene foreligger det et mislighold.

For andre plikter igjen er misligholdsvurderingen forholdsvis komplisert. Dette gjelder, kanskje ikke helt overraskende, i særlig grad misligholdsvurderingen knyttet til forskningsinnsatsen. Dette skyldes ikke nødvendigvis først og fremst at det er komplisert å ta stilling til innholdet i forpliktelsen – som vi har sett over er dette normalt en innsatsforpliktelse med resultatelementer. Selv om det nok i noen tilfeller kan være vanskelig nok å avgjøre om realdebitor har utvist den nødvendige innsats gjelder ikke dette i større grad her enn i andre kompliserte tilvirkningsforhold med innsatsforpliktelser. Vanskelighetene knytter seg først og fremst til spørsmålet om *hvem som har risikoen* for et gitt forhold. For å finne svaret på dette kan man ikke her nøye seg med å utelukkende undersøke avtalens opprinnelige risikofordelingen. I tillegg må man undersøke om det har inntrådt forhold som har medført

²⁶⁰ Her kan man naturligvis allikevel ha misligholdt plikten selv om de avtalte resultater er oppnådd eller de avtalte resultatelementer er oppfylt. Se for eksempel Hagstrøm i Zimmermann (2000) side 375. Dette følges ikke videre her.

at risikoen senere har blitt flyttet over på en annen deltaker – altså hvem som har risikoen for en gitt svikt på det tidspunktet da den materialiserte seg²⁶¹ i et mislighold. Dette behandles videre straks under.

I noen tilfeller vil risikoen *i realiteten* overføres ved at en part bryter en biforpliktelse i forbindelse med et kontraktsbrudd, men uten at dette direkte påvirker hvem som svarer for misligholdet. Dette er for eksempel situasjonen der en part oppdager et mislighold etter at det har oppstått, altså etter at det foreligger et objektivt avvik fra det avtalte. Dersom parten misligholder sin varslingsplikt vil dette etter forholdene kunne utløse et erstatningsansvar like stort som om misligholdet var hans eget. Dette er imidlertid ikke en overføring av ansvaret for misligholdet, men kun etablering av et økonomisk ansvar tilsvarende ansvaret for følgene av det opprinnelige mislighold. Dette innebærer at de øvrige deltakerne kan rette sitt erstatningsansvar enten mot den part som er ansvarlig for det opprinnelige mislighold, eller mot den part som har misligholdt sin varslingsplikt. Det er altså snakk om tilfeller av «dobbel mislighold» – men av separate plikter. Som den klare hovedregel må den part som er ansvarlig for det opprinnelige mislighold kunne kreve den del av sitt tap som ville blitt unngått dersom varslingsplikten hadde blitt overholdt dekket av den part som misligholdt sin varslingsplikt.

Der misligholdet består i et brudd på en biforpliktelse, typisk brudd på konfidensialitetsplikter, varslingsplikter, drøftelsesplikter, møteplikter, stemmeplikter, urettmessig bruk av knowhow og så videre, vil vanskelighetene først og fremst knytte seg til å beskrive det nærmere innholdet i plikten. Når denne først er fastlagt er det normalt ikke vanskelig å vurdere hvorvidt plikten er overholdt eller ikke.

Det er altså opp til *Fellesskapet*, typisk representert ved generalfor-samlingen, å avgjøre om man skal forholde seg til en deltaker som om

²⁶¹ Det vil si det tidspunktet da en svikt gikk over til å bli et mislighold en eller flere parter svarer for. Dette fordrer naturligvis ikke at dette gir seg fysiske utslag eller at det rent faktisk innebærer et økonomisk tap eller en ikke-reversibel følge for prosjektet.

denne er i mislighold.²⁶² Dette innebærer både at flertallet kan velge å se bort ifra et mislighold, og at de kan velge å opptre som om en part misligholder selv om dette ikke er tilfelle. Denne avgjørelsen blir naturligvis kun en regulering av hvordan *Fellesskapet* skal opptre, ikke hvorvidt det faktisk foreligger et mislighold.

Skulle *Fellesskapet* bevisst urettmessig erklære mislighold vil dette utgjøre et forsettlig mislighold fra *Fellesskapets* side.²⁶³ Skyldes den urettmessige misligholdserklæringen kun en feilvurdering av den rettslige klassifiseringen av en deltakers opptreden, en situasjon som må antas å ikke være helt upraktisk, vil dette utløse et objektivt erstatningsansvar for følgene av rettsvillfarelsen.²⁶⁴ I begge tilfeller er en slik erklæring å anse som et mislighold av *Fellesskapets* forpliktelser overfor den deltaker som urettmessig blir erklært å være i mislighold. Dersom misligholdserklæringen medfører et økonomisk tap vil deltakeren som blir utsatt for dette da kunne holde de øvrige deltakerne solidarisk ansvarlig for tapet.

På denne måten kan altså en part, på tross av bestemmelser om at ingen deltakere kan holdes ansvarlig for noen av de andres handlinger – som ofte er inntatt i avtalen –, mot sin stemme bli solidarisk ansvarlig for *Fellesskapets* opptreden. Dette er ekstra uheldig fordi kontraktskonsipistene, dersom mitt kontraktsutvalg er representativt, gjennomgående synes å ha oversett dette poenget, og man har dermed ikke inntatt bestemmelser om at en part som blir nedstemt på noen måte kan søke regress eller begrense sitt eget ansvar overfor den som urettmessig har blitt utsatt for misligholdssanksjoner.

Et spørsmål som da melder seg er hvorvidt en part har rett til å nedlegge veto mot en slik misligholdserklæring dersom denne mener at det ikke foreligger mislighold – er det på det rene at parten misligholder har

²⁶² Se over i punkt 2.3.1

²⁶³ En slik situasjon er naturligvis helt upraktisk, og dette ville klart nok blitt rammet av de materielle begrensningene på flertallskompetansen.

²⁶⁴ Hagstrøm (2003) side 508 følgende med videre henvisninger. Se av disse spesielt Rt. 1994 s. 1617.

man naturligvis ikke slik vetorett, dette er jo et rent hensiktsmessighetsspørsmål. Her vil det kunne argumenteres langs to linjer. For det første, som tidligere nevnt kan *Fellesskapets* kompetanse ikke forstås som at den omfatter retten til å forplikte deltakerne mot deres vilje dersom dette ikke kan hjemles i kontrakten. Man kunne dermed se for seg at det kunne argumenteres for at en slik omstridt misligholdserklæring ikke kan hjemles i kontrakten – og dermed ville alle parter ha vetorett. For det annet kan det argumenteres for at en urettmessig misligholdserklæring påvirker partenes forpliktelser i en slik grad at de har vetorett. Så vidt jeg kan se kan ingen av disse argumentene føre frem. En vetorett i de tilfeller hvor en part mener at misligholdserklæringen er urettmessig ville gjort styringsstrukturen særdeles lite effektiv. Man vil da rutinemessig oppleve at parter som er uenige i at det bør erklæres mislighold hevder at det ikke foreligger mislighold, og at man derfor har rett til å nedlegge veto. At *Fellesskapet* innenfor visse rammer har rett til å opptre på en gitt måte overfor en deltaker, med de konsekvenser dette måtte medføre, må være riktig – selv om dette i konkrete tilfeller kan gi uheldige resultater. Måten å avhjelpe dette på er heller å for eksempel innta regressklausuler for de tilfeller hvor en part får protokollført at man mener *Fellesskapet* er i ferd med å misligholde en avtale.

På den annen side kan situasjonen være den at en part misligholder sine forpliktelser, men at *Fellesskapet* velger å ikke erklære mislighold. Som nevnt over vil dette, i kvalifiserte tilfeller, kunne utgjøre et brudd på flertallets implisitte forpliktelse til å reagere på mislighold på en adekvat måte.²⁶⁵

Sannsynligvis vil man si at enkelte av biforpliktelsene, for eksempel konfidensialitetsplikter, i så sterk grad beskytter interesser hos *den enkelte* at deltakerne må ha rett til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende uten at dette skjer gjennom *Fellesskapet*. I disse tilfellene vil det ikke være aktuelt med gjensidighetsbeføyelser – sannsynligvis vil disse misligholdene først og fremst måtte møtes med erstatningskrav. Hvilke forpliktelser som må utøves i fellesskap og hvilke partene må ha rett til å forfølge alene kan det ikke svares generelt på. Her må man helt konkret

²⁶⁵ Se over i punkt 2.3.2.

ta stilling til om mer allmenne forhold og forutsetninger tilsier en innskrenkende tolkning av avtalen i retning av at kreditorcompetansen allikevel ikke har blitt overført.²⁶⁶

8.1.3 Særlig om funksjonsfordelingen og risikospørsmål knyttet til realforpliktelsen

Misligholdsvurderingen knyttet til hovedrealforpliktelsen, forskningsinnsatsen, preges i stor grad av at fremskaffelsen av visse realytelser som er nødvendige for gjennomføringen av prosjektet påhviler realkreditor. I tillegg har realkreditor gjerne pålagt realdebitor endringsarbeider og/eller tatt initiativ til endringsavtaler knyttet til arbeidet. Disse forholdene ligger da innenfor realkreditors eget *funksjonsområde*. Dersom de forutsatte eller avtalte resultater ikke oppnås på grunn av en svikt på dette funksjonsområdet vil dette i utgangspunktet ikke utgjøre et mislighold realdebitor svarer for – partene bærer selv risikoen for svikt på sitt eget funksjonsområde.²⁶⁷

Risikospørsmålet er ikke uttømt med dette. For eksempel kan det tenkes at en annen risikofordeling følger av avtalen. Jeg har imidlertid ikke funnet noen eksempler i mitt materiale på klausuler som på noen rimelig måte kan leses som at partene søker å overføre risikoen for svikt i prosjektbakgrunnen over på realkreditor.

Det er imidlertid temmelig vanlig at partene fraskriver seg det man kaller «ansvaret» for overleverte opplysninger, eller i hvert fall reduserer dette til et ansvar for uaktsomme feil. Med dette menes at en svikt ved overlevert prosjektbakgrunn – som altså er en realforpliktelse for deltakerne –, for eksempel at data inneholder feil, ikke er å anse som mislighold fra den part som tilgjengeliggjør denne. En slik klausul regulerer altså ikke risikospørsmålet knyttet til realdebitors bruk av prosjektbakgrunn, men hvilket ansvar den som har overlevert dette har overfor de øvrige deltakerne.

²⁶⁶ For et spesialtilfelle av spørsmålet om et krav må forfølges i fellesskap, og hvilke hensyn som trekker i denne retning, se Gjertsen (2010) side 107 følgende med videre henvisninger.

²⁶⁷ Se Hagstrøm (2003) side 320 med videre henvisninger og Marthinussen (2004) side 238.

I svært mange forskningssamarbeider er prosjektbakgrunn tilgjengelig for samtlige deltakere, uavhengig av hvem den opprinnelig var tiltenkt.²⁶⁸ Man vil da kunne få en kombinasjon av faktisk risiko og ansvarsfraskrivelse med en uheldig og, presumptivt, utilsiktet konsekvens. I forholdet til den enkelte realdebitor er, som behandlet i punkt 2.2, samtlige andre deltakere å anse som realkreditor. Realkreditorene har derfor i fellesskap risikoen for feil i prosjektbakgrunnen som bringes inn, men den enkelte deltaker som bringer inn denne kan ikke holdes erstatningsrettslig ansvarlig overfor de øvrige med mindre han har utvist uaktsomhet – og i noen tilfeller, heller ikke da. Denne uheldige risikofordelingen forsterkes ytterligere ved at deltagerne heller ikke nødvendigvis har sammenfallende økonomiske interesser i resultatet. Man kan da se for seg at en realdebitor gjør bruk av prosjektbakgrunn som er blitt skaffet til veie av en part som har liten eller ingen kommersiell interesse i denne delen av resultatene. Parten vil da ikke selv bære risikoen for feil, og dermed heller ikke ha noe incitament, utover å oppfylle en minstestandard av aktsomhet, til å kontrollere prosjektbakgrunnen så godt som han ville ha gjort dersom han hadde en monetær interesse i utfallet av den delen av forskningsprosjektet. Man får altså, potensielt, en svært uheldig forskyvning av risiko.²⁶⁹

Et annet forhold som vil modifisere risikofordelingen er om debitor har en plikt til å undersøke prosjektbakgrunnen før han benytter seg av den, og denne plikten har blitt misligholdt. En slik plikt vil først og fremst kunne følge av avtalen – som en biforpliktelse for én av realdebitorerne, eller som en plikt for alle som benytter seg av prosjektbakgrunn. Grunnen til at man velger en slik løsning kan naturligvis variere. Man kan være usikker på kvaliteten på prosjektbakgrunnen – og dermed ønske å få denne sjekket ut –, eller man kan ha et ønske om å overføre så mye risiko som mulig til realdebitor, nærmest som en totalentreprise. Realdebitor vil naturlig nok normalt disponere over de ressurser som

²⁶⁸ Dette er for eksempel et tvungent vilkår i NFR-prosjekter. Se ellers over i punkt 2.2 om prosjektbakgrunn.

²⁶⁹ Denne effekten avdempes av at det visstnok er en forholdsvis vanlig løsning at deltakere avkreves en inneståelseserklæring for at sentrale immaterielle rettigheter som bringes inn i prosjektet ikke krenker tredjeparters patenter eller andre rettigheter.

behøves for å kvalitetssikre prosjektbakgrunn, og for ham vil det derfor kun være et spørsmål om riktig vederlag for merarbeidet og den medfølgende risikoen.

Noen generell undersøkelsesplikt av prosjektbakgrunnen kan vanskelig tenkes oppstilt på grunnlag av bakgrunnsretten, men realkreditor vil etter forholdene ha en berettiget forventning om en viss overfladisk kontroll – og realdebitor må i ethvert tilfelle være ansvarlig dersom han ville ha oppdaget feilen eller svakheten ved faglig forsvarlig opptreden.²⁷⁰ Realdebitor vil da, dersom han ikke oppdaget svakheten, enten på grunn av faglig svikt eller på grunn av at han helt utelot kontrollen, få hele eller deler av risikoen overført til seg i form av et misligholdsansvar.²⁷¹ Dette ansvaret må strekke seg lenger enn til forhold realkreditor helt sikkert ville blitt klar over dersom han hadde opptrådt på en forsvarlig måte – det må også dekke de tilfeller der en forsvarlig undersøkelse ville gitt grunn til å foreta nærmere undersøkelser eller vekt mistanke om feil eller uhensiktsmessighet.²⁷²

På samme måte vil en svikt på realkreditors funksjonsområde ikke få betydning for misligholdsvurderingen dersom denne svikten ville ha blitt oppdaget under prosjektets gang dersom realdebitor hadde utført sitt arbeide i samsvar med *vanlig god praksis* på området.²⁷³ Et annet eksempel på dette vil være *Gisvolds* poeng om at realdebitors plikt til å foreslå endringsarbeider i noen tilfeller «konsumerer» svikt på realkreditors funksjonsområde. Dette har nær sammenheng med den eventuelle plikten til å undersøke prosjektbakgrunn, uten at det vil være riktig å si at de dekker samme situasjon.

²⁷⁰ Så også Dæhlin (1984) side 91 og Kaasen (2006) side 136.

²⁷¹ Her kan man naturligvis tenke seg at misligholdsansvaret blir mindre enn det totale tapet, altså er det ikke gitt at hele risikoen blir overført.

²⁷² Samme prinsipp er løsningen i for eksempel NS 8405 punkt 19.3 Entreprenøren skal varsle byggherren dersom «*det er grunn til å anta*» at påvisning av fastmerker for høydemåling, byggelinjer og lignende er uriktige. Marthinussen (2004) side 242. Det samme for fabrikkasjonskontrakter, se Kaasen (2006) side 136 følgende.

²⁷³ Se over i punkt 5.3.3 om normen for innsatsforpliktelser.

8.1.4 Bristende forutsetninger for samarbeid – herunder grensen mot ordinært mislighold

Enkelte forhold ligger i grenselandet mellom forpliktelser og bristende forutsetninger for samarbeid.²⁷⁴ Det klareste eksempelet på dette er insolvens, gjeldsforhandlinger eller lignende. Dette vil klart nok være en bristende forutsetning for et samarbeidsforhold, se til illustrasjon selskapsloven § 2-36 (1) litra a. Men dersom den sviktende økonomien gir grunnlag for å konstatere antesipert mislighold vil dette isteden kunne utløse ordinære misligholdsvirkninger.²⁷⁵

Et noe mer komplisert eksempel på en slik plikt er det man kan kalle «plikten til å samarbeide», med den korresponderende bristende forutsetningen om samarbeidsvansker.²⁷⁶ Et vanskelig samarbeid vil kunne utgjøre en bristende forutsetning som gir rett til å tre ut av samarbeidet, men *«[e]r den bristende forutsetning bevirket av et medlems forhold, kan parallellen til misligholdstilfellene synes sterkere, m.a.o. at den hvis forhold har bevirket at forutsetningene brister, må finne seg i [misligholdssanksjoner]»*.²⁷⁷

Det er grunn til å tro at slike bristende forutsetninger kan gi opphav til betydelig usikkerhet. For å unngå dette kan det være fornuftig å regulere de viktigste typesituasjonene i avtalen, slik at man kommer ugyldighetsvirkningen «i forkjøpet».²⁷⁸

²⁷⁴ Se Nordtveit (1992) side 336 og side 367 med videre henvisninger og Augdahl (1967) side 160-162.

²⁷⁵ Nordtveit (1992) side 339. Som påpekt nedenfor er det ikke uvanlig at man inntar bestemmelser om automatisk hevingsrett ved insolvens. I slike tilfeller må insolvens klart nok ses under synsvinkelen mislighold.

²⁷⁶ Se for eksempel Nordtveit (1992) side 341 med videre henvisninger og, forutsetningsvis, Mentzoni (2006) side 74-75.

²⁷⁷ Andenæs (1977) side 331.

²⁷⁸ Særlig for å unngå at en part automatisk får rett til å trekke tilbake tilgangen til egen prosjektbakgrunn, se straks nedenfor i punkt 8.2.1.

8.2 Misligholdssanksjoner

8.2.1 Innledning

Innretningen av misligholdssanksjoner i kontraktsforhold henger alltid nært sammen med hva partene ser for seg som den beste løsningen alle forhold tatt i betraktning dersom avtalen først blir misligholdt. Dermed har misligholdssanksjonene nær sammenheng med partenes formål med deltakelsen i kontraktsforholdet. I forskningssamarbeider vil partene ofte ha sammensatte interesser som vanskelig kan ivaretas fullgodt gjennom de vanlige gjensidighetsbeføyelsene.²⁷⁹ Man står dermed i praksis igjen med to muligheter; enten må forholdet som utgjør misligholdet utbedres, eller så må avtaleforholdet avsluttes. Dersom man kommer til at avtaleforholdet bør eller må avsluttes vil det være viktig at dette ikke påvirker de øvrige deltakeres mulighet til å videreføre prosjektet. Det innebærer at eventuell prosjektbakgrunn parten har stilt til disposisjon ikke kan trekkes ut av prosjektet, og at eventuelle finansieringsbidrag må gjennomføres gjennom et etterfølgende erstatningsoppgjør.

For å sikre at prosjektet kan fortsette avtaler man rutinemessig at parter som forlater samarbeidet som en følge av *egget* mislighold er pliktig å fortsette å stille prosjektbakgrunn som allerede er brakt inn i samarbeidet – og resultater man eventuelt så langt har fremskaffet – til disposisjon for de gjenværende parter i henhold til samarbeidsavtalen. Men dersom partens uttrede derimot skyldes et vesentlig mislighold av *Fellesskapets* forpliktelser vil den uttreddende part naturligvis måtte ha rett til å ta med seg dette materialet. Dette vil etter forholdene kunne få katastrofale følger for de gjenværende deltakeres muligheter til å fortsette arbeidet. Slik sett følger altså det mest potente «riset bak speilet» for *Fellesskapet* indirekte av avtalen.²⁸⁰

²⁷⁹ Se allikevel for eksempel «Standardkontrakt for oppdragsforskning» utgitt av Kunnskapsdepartementet. I slike enklere forskningsoppdrag vil man naturlig nok se at misligholdssanksjonene ligger nærmere hva man finner i ordinære tilvirknings- og tjenestekontrakter.

²⁸⁰ Dette får også betydning der én eller flere deltakere trer ut som følge av bristende forutsetning for samarbeidet, se over. Dersom de gjenværende deltakere er avhengige av prosjektbakgrunn en av disse har brakt inn vil man altså i realiteten få en «misligholdssanksjon» for de gjenværende

Nedenfor behandles tre måter å måte mislighold på. Den første er et formalisert varsel om at man anser en part for å være i mislighold, med fremsettelse av et avhjelpskrav. Denne formaliserte varslings- og utbedringsplikten vil også ha en funksjon som rettighet for den part som det hevdes misligholder sine forpliktelser. Denne vil da ha krav på å få klar beskjed om hva som må rettes opp, og med hvilken frist dette må gjøres for å unngå ytterligere sanksjoner.

Det er nok grunn til å tro at man også før slikt varsel blir gitt vil gi uttrykk for at man mener det foreligger et mislighold, men ved at dette formaliseres legges det ytterligere press på den misligholdende part.

Dersom forholdet ikke utbedres på en tilfredsstillende måte vil man bli nødt til å iverksette en annen misligholdssanksjon. Her er det grunn til å skille mellom realdebitorer og parter som i hovedsak bidrar med finansiering.

For betalingsdebitorene vil man i praksis være best tjent med å heve avtalen, og kreve erstatning minst tilsvarende betalingsforpliktelsen. Å fastholde avtaleforholdet gir her lite mening.

Dersom den misligholdende part har realforpliktelser i form av forskningsarbeid vil man bli nødt til å la en annen deltaker overta de misligholdte arbeidsoppgaver. Den minst inngripende måten å gjennomføre dette på vil være å la den misligholdende part fortsette som deltaker i forskningssamarbeidet, og da beholde de arbeidsoppgaver som ikke har blitt misligholdt. Vederlaget til denne parten må da naturligvis justeres. Dersom den part som overtar arbeidet krever et høyere vederlag enn hva man kan tilbakeholdve overfor den misligholdende part må dette mellomlegget eventuelt utredes av den misligholdende part i form av erstatning.

Den andre måten å gjennomføre en omfordeling av arbeidsoppgavene på vil være å heve avtalen med den misligholdende part. Dette vil også være den aktuelle misligholdssanksjon for en part som mener at *Fellesskapet* overfor han har opptrådt på en måte som utgjør et vesentlig mislighold. Dette forfølges noe videre nedenfor.

I tillegg til disse tre misligholdssanksjonene vil partene naturligvis

kunne gjøre gjeldende et erstatningskrav.²⁸¹

8.2.2 Misligholdserklæring og avhjelpsrett

En svært vanlig tilnærming til mislighold er altså at kreditor skal gi den misligholdende part varsel om at man anser denne for å være i mislighold, samt sette en tidsfrist for utbedring av dette. Et eksempel på en typisk bestemmelse:

«Dersom en Konsortiedeltaker misligholder forpliktelsene knyttet til gjennomføringen av Prosjektet og etter denne Konsortieavtalen, skal Styringsgruppen gi Konsortiedeltakeren skriftlig melding om dette med krav om at misligholdet rettes innen [en nærmere avtalt frist]. [...]»

Dette er altså en kombinasjon av en rettighet for den som det blir hevdet misligholder – som får et konkret varsel og mulighet til å utbedre forholdet – og en pragmatisk måte å forsøke å fortsette samarbeidet. Men misligholdet har klart nok oppstått selv om varsel ikke har blitt gitt. Kreditor vil altså stå fritt til å gjøre gjeldende for eksempel et erstatningskrav knyttet til et forhold som har blitt rettet opp innen den angjeldende fristen.

Varselet verner parten først og fremst mot heving av avtalen – og selv her vil man nok kunne støte på tilfeller hvor et mislighold er så alvorlig at det gir rett til å heve uten forhåndsvarsel. Sannsynligvis vil man, etter forholdene, kunne se på en slik frist som en form for *nachfrist* som kan gi grunnlag for å anvende en lavere hevingsterskel.²⁸² Motsatt vil det tale mot hevingsrett at man ikke har forsøkt å gi den

²⁸¹ Dersom dette ikke følger av kontrakten vil et erstatningskrav kunne baseres på det alminnelige erstatningsansvar i kontrakt. Se for eksempel Selvig (1993) side 598 følgende, Hagstrøm (2003) side 450 følgende og Krüger (1989) side 778 følgende. En særdeles opplysende gjennomgang av erstatningsspørsmål innenfor et avgrenset kontraktsområde gis i Torvund (1997) side 233 følgende. Se også Gisvold (1983) side 388. At erstatning ikke behandles videre er utelukkende av plasshensyn. Tapene som kan tenkes å oppstå, særlig i forbindelse med krenkelse av immaterielle rettigheter, er svært store.

²⁸² Se Nordtveit (1992) side 347.

misligholdende part en mulighet til å avhjelpe misligholdet.

8.2.3 Overføring av arbeid

Overføring av arbeid er naturligvis kun praktisk ved mislighold av realforpliktelser, men satt på spissen gjelder muligheten til å overføre arbeid både fremskaffelse av prosjektbakgrunn og forskningsarbeid. Arbeidsoppgavene overføres til en annen deltaker, som for så vidt kan hentes inn eksternt, og det foretas en korresponderende regulering av begge parters rettigheter og plikter. Typisk vil vederlaget måtte nedsettes for å gjenopprette balansen i avtaleforholdet. Klausulen som er inntatt over i punkt 7.2.2 er et eksempel på en slik løsning:

«[...] Er misligholdet ikke rettet innen den angitte frist kan Fellesskapet beslutte at ansvar for de forpliktelser og oppgaver som ikke blir gjennomført tilfredsstillende, overføres helt eller delvis til annen Konsortiedeltaker på nærmere angitt vilkår [...] Slik overføring fritar ikke den aktuelle Konsortiedeltaker fra øvrige forpliktelser i henhold til Kontrakten og Konsortieavtalen.»

Hvor fritt *Fellesskapet* står ved fastleggelsen av disse nye vilkårene må i prinsippet bero på en tolkning av den konkrete avtale. Men uten klare holdepunkter i motsatt retning kan en slik klausul klart nok ikke forstås som at den misligholdende part har plikt til å godta nye rettigheter og plikter som vil være mer tyngende enn en kombinasjon av heving av avtalen og full erstatningsplikt.

Vanskeligere blir det å fastsette hvilke begrensninger som gjelder på kreditorfellesskapets kompetanse der misligholdet ikke overstiger terskelen for hevingsrett. Så lenge man ikke har avtalt andre misligholdsbeføyelser de nye vilkårene kan holdes opp mot må fastleggelsen av rammene for kompetansen nødvendigvis bli temmelig skjønnsmessig. Klart er det imidlertid at de nye vilkårene må være mindre tyngende enn heving, men at de kan være mer tyngende enn full erstatning. *Fellesskapets* ensidige kompetanse overfor den misligholdende part er altså forholdsvis vid. Her må man huske at denne kompetansen naturligvis begrenses

av maktmisbruksforbudet som gjelder for utøvelsen av partenes organisatoriske rettigheter, slik at de øvrige deltakerne ikke kan bruke et mislighold til å «tilrane» seg en fordel.²⁸³

Fellesskapet har altså kun kompetanse til å fastsette en løsning som er mindre tyngende for den misligholdene part. Men dersom den løsning *Fellesskapet* faller ned på rent faktisk er mindre tyngende, og dermed ligger innenfor kreditorcompetansen, må denne naturligvis, som enhver annen misligholdssanksjon, kunne tvinges igjennom mot den misligholdene parts vilje. Dette er altså ikke bare en forhandlingsrett eller, sett fra den misligholdene parts side, en forslagsrett for *Fellesskapet* – kompetansen er i denne relasjonen ensidig.

Overfor den som overtar arbeidet har *Fellesskapet*, som påpekt over i punkt 2.3.2, ingen ensidig kompetanse, her må vilkårene forhandles frem.

Ved å gi *Fellesskapet* et så vidt spillerom når man skal tilpasse den misligholdene parts plikter og rettigheter videre i samarbeidet oppnår man både den fleksibilitet som kreditorposisjonen er avhengig av, og man kan forhåpentligvis kunne komme frem til en løsning som er mindre tyngende for realdebitor enn heving. Samarbeidet med denne parten kan altså fortsette.²⁸⁴

8.2.4 Heving

8.2.4.1 Innledning

Dersom kreditor skulle komme til at det ikke vil være fornuftig, eller ikke mulig, å fortsette samarbeidet vil man bli nødt til å heve avtalen. Dette vil også være den aktuelle misligholdssanksjon der én eller et mindretall av deltakerne mener at flertallet misligholder sine forpliktelser, typisk plikten til å reagere på mislighold på en adekvat måte, og

²⁸³ Se over i punkt 3.4.3

²⁸⁴ Selv der man kommer til at det vil være ønskelig å frata realdebitoren alle hans ytellesplikter kan man se for seg tilfeller hvor det vil være gunstig å opprettholde den formelle tilknytningen.

derfor ønsker å tre ut.

Med heving menes at partenes gjensidige rett og plikt til å oppfylle hovedforpliktelsen *in natura* bortfaller.²⁸⁵ Rettsvirkningene av kontrakten bortfaller imidlertid, som tidligere nevnt, ikke i sin helhet. For eksempel er det, som påpekt ovenfor, gjennomgående avtalt at partenes plikt til å stille prosjektbakgrunn og nødvendige prosjektresultater til rådighet for de øvrige deltakerne ikke bortfaller selv om deltakeren får sin avtale hevet; motsatt løsning ville innebære at en heving av kontrakten kunne fått like store negative konsekvenser for de gjenværende deltakere som for den som blir tvunget til å gå.²⁸⁶

Fordi heving av avtalen er så vidt tyngende for den som blir utsatt for det er dette normalt betinget av et kvalifisert kontraktsbrudd, altså et kvalifisert mislighold. Den alminnelige kontraktrettslige regel er at heving er betinget av *vesentlig mislighold*. Dette har i en rekke Høyesterettsdommer blitt nærmere presisert som at misligholdet er vesentlig der «*det har gitt kjøperne en rimelig grunn for [...] å si seg løst fra kontrakten*».²⁸⁷ Den nærmere vurderingen av dette vil måtte bero på en sammensatt helhetsvurdering hvor det objektive avviket, betydningen av avviket for parten som blir utsatt for misligholdet, hvor tyngende en heving er for den misligholdende part, det tillitsbrudd som har oppstått og alternative misligholdssanksjoner er de viktigste momentene.

I praksis virker det som om tilnærmingen til hevingsspørsmålet gjennomgående er at man først og fremst tar utgangspunkt i en generell hevingsterskel – som uten unntak må forstås som en henvisning til det alminnelige kravet om *vesentlighet*. I tillegg til denne generalklausulen formulerer man gjerne enkelte typesituasjoner som alltid skal regnes som vesentlig mislighold. Dette vil naturligvis i noen tilfeller innebære at hevingsterskelen blir senket. Eksempler på slike typesituasjoner som

²⁸⁵ Hagstrøm (2003) side 409.

²⁸⁶ Fordi hvilke plikter som overlever kontraktsavslutningen, som den klare hovedregel, er uavhengig av om avslutningen er regulær eller irregulær behandles hvilke øvrige plikter som typisk består etter heving sammen med virkningene ved ordinært opphør av kontrakten under i punkt 9.2. Dette for å unngå dobbeltbehandling.

²⁸⁷ Rt. 1998 s. 1510, senest gjentatt i Rt. 2010 s. 710

gir automatisk hevingsrett kan være at en part blir insolvent²⁸⁸ eller at en forsinkelse har vart så lenge at maksimal dagbot er opptjent.²⁸⁹

Her er det grunn til å merke seg Torvund (1997) side 180 som viser viktigheten av å regne ut hvor lang tid det vil ta å oppnå maksimal dagbot dersom denne er koblet til automatisk hevingsrett. Dette illustrerer han med et eksempel fra det praktiske liv hvor en leverandør, som trodde han hadde fått en viktig konsesjon fra kjøper fordi maksimal dagbot ble satt ned, kom i den situasjon at en kontrakt til en verdi av 38 millioner kroner kunne heves etter bare 14 dagers forsinkelse. Se forøvrig Rt. 1922 s. 308 hvor Høyesterett kom til at en bestemmelse om hevingsrett koblet til maksimal opptjent dagbot måtte settes til side.

Det interessante her blir altså hvilke momenter det er særlig grunn til å legge vekt på eller som får særlig betydning når man skal vurdere om et mislighold knyttet til et forskningssamarbeider er vesentlig. Her vil man kunne skille mellom to typesituasjoner hvor man normalt vil få to ulike terskler for heving; der et flertall hever avtalen med én eller et mindretall av deltakerne, og der én eller et mindretall hever sin avtale for å komme seg ut av forskningsprosjektet.

8.2.4.2 Heving som reaksjon på den enkelte deltakers mislighold

Hevingsterskelen vil nok gjennomgående, særlig overfor misligholdende realdebitorer, være forholdsvis høy der et flertall ønsker å heve avtalen for et mindretall, typisk én misligholdende deltaker. Dette vil normalt være svært tyngende for den som blir krevd utløst. En omstilling av arbeidsstyrken for deltakelse i et nytt prosjekt eller oppdrag vil ta tid, og investeringer i utstyr, kompetansebygging og så videre vil

²⁸⁸ Slike konkursprivilegier må man sannsynligvis kunne godta i denne typen avtaler. Av plasshensyn kan ikke spørsmålet forfølges nærmere. Se forøvrig *Kaasens* drøftelse av spørsmålet i forbindelse med fabrikkkontrakter i *Kaasen* (2006) side 674 som peker på de hensyn som tilsier en slik rett i kontraktsforhold som dette.

²⁸⁹ Dagbot er lite praktisk, men forekommer. Se for eksempel «*Standardavtale for oppdragsforskning*» utgitt av Kunnskapsdepartementet.

kunne gå tapt helt eller delvis.²⁹⁰ Nordtveit påpeker at man i «*selskapsretten [...] til dels [har] operert med eit særskilt strengt krav til vesentleg mislighald, fordi konsekvensane av ei utelukking frå selskapet ofte er større enn ved heving av ein kontrakt om utveksling av ytingar.*»²⁹¹ Dette, skriver han, er først og fremst begrunnet med at selskapsdeltakere ofte har hele sitt inntektsgrunnlag knyttet til deltakelsen i selskapet. Men om dette hensynet gjør seg gjeldende må, som Nordtveit påpeker, bero på om deltakeren har flere oppdrag gående parallelt. Dersom dette er tilfelle vil heving ikke være like tyngende, og hevingsterskelen vil ikke påvirkes. Et annet viktig moment vil, som i andre tilvirkningsforhold hvor tillit til den generelle innstillingen til realdebitor er sentral, være hvorvidt misligholdet har gitt medkontrahentene rimelig grunn til å tvile på partens evne eller vilje til å lojalt oppfylle resten av sine forpliktelser.²⁹² Dette gjelder både for realdebitorer og betalingsdebitorer – dersom misligholdet er preget av subjektiv klanderverdighet vil dette, med tanke på det nære samarbeidet og det store behovet for lojalitet og konfidensialitet, klart trekke i retning av hevingsrett. Her vil nok selv mindre avvik kunne bli å anse som vesentlige.

Heving som følge av en deltakers mislighold må som de øvrige misligholdsbeføyelser utøves, det vil si erklæres, av *Fellesskapet*. Resten av klausulen inntatt over er et eksempel på at man har valgt å presisere dette:

«[...] Er misligholdet ikke rettet innen den angitte frist kan Fellesskapet beslutte [...] [å] etter omstendighetene heve Konsortieavtalen [...].»

Dette innebærer at en deltaker i samarbeidet kan komme i en situasjon hvor avtalen han er part i – samarbeidsavtalen med ytelsesplikten for den misligholdende part – har blitt vesentlig misligholdt, men uten at

²⁹⁰ Disse hensynene bærer den skjerpede hevingsterskelen i tilvirkningskjøp. Kaasen peker på det samme for fabrikkasjonskontrakter, se Kaasen (2006) side 673 med videre henvisninger.

²⁹¹ Nordtveit (1992) side 345 med videre henvisning.

²⁹² Så også Nordtveit (1992) side 347 med videre henvisning til Aarbakke (1977) s. 446.

avtalen heves, fordi et bestemmende flertall av de øvrige parter motsetter seg dette.

Dette kan naturligvis gi uheldige utslag, for eksempel der én part blir særlig hardt rammet av misligholdet. Man kan se for seg et eksempel hvor forskningsinstitusjonen A inngår en avtale om å levere et forskningsarbeide som en del av en forsknings- og utviklingsavtale med de industrielle aktørene B, C, D og E. Under arbeidet oppstår det på grunn av disposisjoner A foretar seg i strid med avtalen en forsinkelse som isolert sett oppfyller vilkåret om vesentlig mislighold. Forsinkelsen rammer imidlertid B langt hardere enn de tre øvrige industrielle aktører, og disse ser seg tjent med å fastholde avtalen – mot Bs stemme.²⁹³ Fordi det må antas at deltakerne har en viss frihet til å avgjøre om man skal heve avtalen, selv om denne er vesentlig misligholdt, innebærer dette i realiteten at «hevings terskelen» er betydelig høyere for B enn hva som ville fulgt av bakgrunnsretten. Vernet for den enkelte deltaker ligger i *Fellesskapets* plikt til å reagere på en adekvat måte på mislighold.²⁹⁴ Over en viss terskel vil altså *Fellesskapets* unnlattelse av å reagere på det misligholdet som rammer en deltaker uforholdsmessig hardt utgjøre et mislighold av *Fellesskapets* plikter.

Plikten til å reagere på mislighold innebærer imidlertid ikke at *Fellesskapet* nødvendigvis vil ha plikt til å heve avtalen med den misligholdende part. Dersom situasjonen kan avhjelpes gjennom andre misligholdssanksjoner eller tiltak vil *Fellesskapet* ha oppfylt sin forpliktelse overfor den som blir særlig hardt rammet. Dersom *Fellesskapet* ikke overholder sin plikt til å reagere på misligholdet vil den part som blir særlig hardt rammet, alt etter hva denne ser seg best tjent med, kunne kreve erstatning av *Fellesskapet* og/eller, etter forholdene, heve sin egen tilslutning til forskningssamarbeidet.

²⁹³ Det kan være mange legitime grunner til at man mener det ikke er hensiktsmessig å heve avtalen selv om denne er vesentlig mislighold. Se for eksempel Torvund (1997) side 247 som gir enkelte typetilfeller.

²⁹⁴ Se over i punkt 2.3.2.

8.2.4.3 Heving som reaksjon på Fellesskapets mislighold

Der en part krever sin egen tilknytning til prosjektet avsluttet – tilsvarende *uttreden* fra et ansvarlig selskap – vil det nok i utgangspunktet gjelde en langt lavere hevingsterskel.²⁹⁵

I materialet har man gjerne avtalt en løsning for de tilfeller hvor en part trer frivillig ut uten at det foreligger mislighold på noen av sidene. Dette krever normalt at et simpelt eller kvalifisert flertall av de gjenværende deltakere stemmer for å godta uttreden. Slik uttreden er altså i realiteten en endringsavtale, ikke en rettighet. Der frivillig uttreden krever enstemmighet eller hvor samtlige deltakere er gitt vetorett har man i realiteten ikke oppnådd mer enn hva som i ethvert tilfelle ville kunne ha blitt avtalt etter avtaleinngåelsen. Vilkårene for uttreden, typisk fortsatt tilgang til den uttredene parts prosjektbakgrunn og resultater parten har oppnådd og/eller monetær erstatning til de gjenværende, vil være gjenstand for forhandling.

I avtalene er dette gjerne betegnet «*uttreden*.» Slik sett er terminologien egnet til å forvirre. Når jeg allikevel velger å bruke begrepet *uttreden* er det fordi det er godt innarbeidet i juridisk terminologi, noe som forhåpentligvis gir leseren egne assosiasjoner som utfyller den overfladiske behandlingen spørsmålet får her. Skillet, og de tilhørende begrepsavklaringer, er for øvrig ikke ukjente i selskaps- og sammenslutningsretten. Uttreden kan også ellers betegne både frivillig uttreden uten at det foreligger mislighold og hevingssituasjoner.²⁹⁶

For de gjenværende deltakerne vil én parts uttreden normalt ikke innebære at prosjektet ikke kan fortsette. Her vil altså betydningen av heving for den misligholdende part, altså *Fellesskapet*, normalt være

²⁹⁵ Begrepet «*hevingsterskel*» er i utgangspunktet litt uheldig. Det er ikke nødvendigvis snakk om en lavere terskel, men at de momentene som er relevante ved hevingsvurderingen *typisk* vil slå ut i den ene eller den annen retning. Dette poenget gjelder for så vidt også for eksempel for «hevingsterskelen» i selskapsforhold og fabrikkasjonskontrakter, se over.

²⁹⁶ Mer om dette i Aarbakke (1977) side 442 følgende.

forholdsvis liten. Samtidig vil et mislighold fra *Fellesskapets* side kunne medføre store konsekvenser for den enkeltdeltaker som blir utsatt for dette. Denne vil, dersom han er realdebitor, kunne ha store deler av sin virksomhet knyttet opp mot prosjektet, og dermed vil selv objektivt sett små mislighold kunne få stor betydning. *Fellesskapets* mislighold vil også, fordi det i praksis kun har innsatsforpliktelser,²⁹⁷ som hovedregel bestå i en handling som er subjektivt klanderverdig, typisk et flertalls-misbruk. Man får altså her et brudd på den tillit som ble trukket frem som sentral over. Slike betraktninger ligger til grunn for at man innenfor selskapsretten har antatt at det gjelder en lavere hevingsterskel ved uttreden enn ved utløsning.²⁹⁸

Her må man imidlertid merke seg at som påpekt over vil uttreden, altså heving av forsknings- og utviklingsavtalen som følge av *Fellesskapets* mislighold, medføre at en part har rett til å nekte de øvrige deltakerne i forskningsprosjektet videre tilgang til prosjektbakgrunn denne har brakt inn, og normalt også prosjektresultater parten allerede har opparbeidet seg rett på.

Her vil man stå overfor temmelig kompliserte spørsmål med hensyn til hvor langt parten kan gå i retning av å kreve prosjektbakgrunnen tilbakelevert der denne har blitt inkorporert i prosjektresultater, altså en form for heving *ex tunc*. Parten som hever avtalen har naturligvis rett til å nekte *videre tilgang* til sin egen prosjektbakgrunn. Hevingen må imidlertid strekke seg lenger. For eksempel må denne ha rett til å kreve data tilbakelevert eller slettet også der disse har blitt lagt over i databaser som tilhører andre parter. Spørsmålet blir da imidlertid hvor mye dataene må være bearbeidet før man snakker om et *prosjektresultat* den eller de gjenværende deltakerne har selvstendig rett på. Av plasshensyn kan ikke dette spørsmålet forfølges her, men man bør være bevisst problemstillingen.²⁹⁹

²⁹⁷ Se over i punkt 2.3.

²⁹⁸ Se Nordtveit (1992) side 345 med videre henvisninger og Aarbakke (2010) side 206. Se også NOU 1980:19 *Lov om selskaper med videre* side 127. Aarbakke (1977) side 443 skriver at misligholdet da må være «ikke uvesentlig».

²⁹⁹ Mer om dette spørsmålet, men da først og fremst med hensyn til hvilke rettigheter den utredende part har, se Irgens-Jensen (2008) side 221 følgende.

Også ved uttreden kan man altså komme til at hensynet til den misligeholdende part må veie så tungt at heving ikke kan kreves. Men her må den part som krever uttreden da kunne stille materialet til disposisjon gjennom en egen avtale om dette – og på den måten allikevel kunne heve selve forsknings- og utviklingsavtalen.

9 Regulær avslutning av samarbeidet

9.1 Situasjonen

Den typiske situasjonen ved regulær avslutning er at man har nådd grensene for et på forhånd avtalt budsjett og/eller tidsramme, eller, i mer avgrensede prosjekter, at det avtalte mål er nådd. Et typisk eksempel:

«Konsortiet avvikles ved utløpet av Prosjektperioden iht Kontrakten mellom Forskningsrådet og Prosjektansvarlig, med mindre Styret beslutter noe annet.»

Der prosjektet kan sies opp fra den ene parten avsluttes prosjektet når denne gir pålegg om dette – normalt etter en oppsigelsesperiode og mot at parten betaler et sluttvederlag som dekker nærmere spesifiserte utgiftsposter knyttet til tidlig avslutning.

Prosjektet avsluttes da ved at alle parter får overført det de måtte ha krav på fra de øvrige – både utestående finansieringsbidrag og immaterielle rettigheter. I tillegg skal det gjerne fremlegges en sluttrapport med reviderte og godkjente prosjektrengskaper for samtlige deltakere, og for eventuelle eksterne finansielle bidragsyteren – typisk for Forskningsrådet.³⁰⁰

³⁰⁰ Se for øvrig over i punkt 6.3.4 om vanskelighetene knyttet til tidfesting av avslutningstidspunktet for prosjektet der man får en gradvis avslutning.

9.2 Plikter som består etter avslutning av kontraktsforholdet

Enkelte forpliktelser og bestemmelser er av en slik art at de ikke kan eller bør bortfalle selv om avtaleforholdet ellers avsluttes. Disse bestemmelsene og forpliktelsene vil da, med mindre annet er avtalt, overleve avslutning av kontrakten. I kjernen er dette plikter som beskytter interesser som er så fundamentale for de øvrige parter at de ikke i det hele tatt ville inngått i et kontraktsforhold dersom de hadde sett for seg muligheten av at interessen skulle miste sin beskyttelse på grunn av avslutning av kontraktsforholdet. I randsonen vil man finne plikter og bestemmelser man av andre grunner har hatt en berettiget forventning om at ikke ville bortfalle. Dette er typisk fordi bortfall av disse vil være lite naturlig eller hensiktsmessig. For eksempel vil en vernetingsavtale ikke bortfalle selv om avtaleforholdet er avsluttet.

Fordi dette vurderingstemaet ikke er knyttet opp til begrunnelsen for at avtalen er avsluttet vil det være det samme uavhengig av om avslutningen skyldes regulært eller irregulært opphør.³⁰¹

Vurderingen av hvilke plikter dette gjelder må nødvendigvis bli skjønnsmessig. I UNIDROIT artikkel 7.3.5 formuleres vurderingstemaet ved heving, som altså må bli det samme som ved regulært avslutning, som at heving ikke påvirker bestemmelser «*which by their very nature are intended to operate even after termination.*» Dette vil typisk være konfidensialitetsbestemmelser og plikter og rettigheter knyttet til bruks- og eksklusivitetsbestemmelser for prosjektbakgrunn og forskningsresultater, men også lovvalgsklausuler, erstatningsbestemmelser og tvisteløsningsklausuler. Dette er nettopp bestemmelser man har inntatt ikke bare for å beskytte partene i den kontraktuelle fasen, men også etter at avtaleforholdet har blitt avsluttet.

I noen tilfeller gir avtalen selv anvisning på hvilke klausuler som er ment å bestå også etter avslutning. Et eksempel på dette er DESCA-avtalen artikkel 3.3:

³⁰¹ Hagstrøm (2003) side 409.

«The provisions relating to Access Rights and Confidentiality, for the time period mentioned therein, as well as for Liability, Applicable law and Settlement of disputes shall survive the expiration or termination of this Consortium Agreement. [...]»

Enkelte av disse forpliktelsene vil aldri falle bort, selv om de etter en tid vil bli svært lite praktiske. Har man for eksempel avtalt at partene skal møtes for å diskutere uoverensstemmelser før søksmål tas ut faller ikke denne plikten bort selv om tiden går. Andre plikter igjen vil kunne falle bort. Dette gjelder typisk dersom plikten beskytter interesser som, etter hvert som tiden går, ikke lenger trenger beskyttelse, eller plikten ikke lenger er egnet til å ivareta disse.³⁰²

I tillegg til disse konkrete forpliktelser og reguleringer vil partene fortsatt til en viss grad være bundet av deres lojalitetsplikt overfor hverandre i en periode etter avtaleforholdets avslutning. Dette innebærer at rettsforholdet mellom deltakerne ikke umiddelbart går tilbake til en situasjon tilsvarende forholdet mellom andre, uavhengige, aktører i markedet. De må innenfor rimelige grenser ta ekstra hensyn til hverandre. Skal man konkretisere denne plikten kan man kanskje uttrykke dette som at partene generelt *«ikke [kan] handle slik at oppfylte forhold reverseres»*,³⁰³ uten at dette rammes av forbudet mot illojale handlinger.

10 En ny standardavtale basert på avtalte standardvilkår?

En god og balansert standardavtale er på mange måter en forutsetning for å utnytte det fulle potensialet for forskning- og utvikling i en sektor. Svært mange bedrifter, særlig de små og mellomstore, disponerer ikke

³⁰² Se over i punkt 6.3.4 der dette drøftes i sammenheng med konfidensialitetsforpliktelser.

³⁰³ Bjørnebye (2008) side 24. Se også kommentar til dette i Irgens-Jensen *Bedriftshemmeligheter* (2008) side 155.

selv over de juridiske ressurser som er nødvendige for å utarbeide en hensiktsmessig kontraktsregulering av et forskningssamarbeid. Innkjøp av de nødvendige juridiske tjenestene vil bare kunne forsvares i større prosjekter, og å utelukkende stole på medkontrahentenes eventuelle kontraktsforslag er det liten grunn til å tro at noen er videre interessert i.

Resultatet blir da ofte ett av to. I mange tilfeller vil man se at terskelen for disse små og mellomstore bedrifter blir for høy, og at ellers interessante «caser» ikke blir forfulgt videre. Dette er, særlig med tanke på den helt sentrale rollen små og mellomstore bedrifter spiller i satsningen på forskning og utvikling, svært uheldig.³⁰⁴ Alternativet vil typisk være å anvende Forskningsrådets egen standardavtale. Dette er for så vidt ikke noen dårlig løsning. Svakheten ved denne avtalen ligger, visstnok, først og fremst i at den eller de aktører med begrenset erfaring da ikke er villige til å på noen måte gjøre endringer i Forskningsrådets standardavtale, på tross av at Forskningsrådet selv presiserer «*at det kan tenkes flere alternativer til bestemmelsene*», og at avtalen «*ikke nødvendigvis er uttømmende*».³⁰⁵ På den måten får man en suboptimal avtale for begge parter, fordi den ikke tilpasses den konkrete situasjonen.

Det virker for meg lite hensiktsmessig å utvikle en helt ny standardavtale. Et slikt arbeid vil bli svært ressurskrevende, og representere et dobbeltarbeid med hensyn til Forskningsrådets og Kunnskapsdepartementets standardavtaler. Man vil også kunne risikere at denne nye avtalen ikke oppnår den legitimiteten og utbredelsen disse avtalene allerede har.

Det virker da som en langt bedre løsning å søke å forbedre de allerede eksisterende avtalene. Her kan man for eksempel se for seg at man oppretter en bredt sammensatt arbeidsgruppe med det formål å gi Forskningsrådet, og eventuelt også Kunnskapsdepartementet,³⁰⁶ råd ved ut-

³⁰⁴ Vonortas (1997) side 236 følgende med videre henvisninger

³⁰⁵ Forordet til «Mal for konsortieavtale» av 06.02.2009.

³⁰⁶ Kunnskapsdepartementet har valgt å sende sitt utkast til revidert utgave av «Standardkontrakt for oppdragsforskning» ut på høring. Høringsbrevet er tilgjengelig på nett: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/kd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2011/horing--utkast-til-ny-standardavtale-for.html?id=634451> (brukt 04.04.2011).

forming og revisjonen av deres standardavtaler. Gruppen bør inkludere deltakere fra ulike grupper og miljøer som advokatkontorer, industrielle aktører og interesseorganisasjoner og ulike forskningsinstitusjoner.

Jeg drister meg frem på med to konkrete forslag til forbedringer denne arbeidsgruppen kunne se nærmere på. For det første bør Forskningsrådets standardavtale omarbeides og bygges ut modulært.³⁰⁷ Man bør da kunne lage en «grunnpakke» for enklere kontraktsforhold som er mer eller mindre uttømmende. Og, for det annet, bør det utarbeides en veiledning til avtalen³⁰⁸ som tar utgangspunkt i, og hensyn til, at leseren ikke nødvendigvis har juridisk kompetanse.

³⁰⁷ Slik både DESCAs-avtalen og det danske Johan Schlüter-utvalgets modellavtale, publisert på <http://en.fi.dk/innovation/model-agreements> (brukt 10.04.2011), er lagt opp.

³⁰⁸ Slik Kunnskapsdepartementets standardavtale allerede har.

Litteraturliste

Lov

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

Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26

Lov om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere av 17. april 1970 nr. 21

Lov om registrering av foretak av 21. juni 1985 nr. 78

Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper av 21. juni 1985 nr. 83

Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere av 16. juni 1989 nr. 63

Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 9

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr 109

Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni 1997 nr. 43

Lov om årsregnskap m.v. av 17. juli 1998 nr. 56

Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34

Lov om universiteter og høyskoler av 1. april 2005 nr. 15

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90

Forskrift

Forskrift om anvendelse av konkurranseloven §10 tredje ledd på grupper av forsknings- og utviklingsavtaler FOR 2004-08-17 nr 1194
– OPPHEVET

Forarbeider

Ot.prp.nr.47 (1984-1985) *Ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)*

Ot.prp.nr.51 (2004-2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*

NOU 1976:34 *Lov om kjøp*

NOU 1979:32 *Formuerettslig lempningsregel*

NOU 1980:19 *Lov om selskaper med videre*

NOU 1992:9 *Forbrukarentrepriselov*

NOU 1993:24 *Lov om universiteter og høyskoler*

NOU 2003:25 *Ny lov om universiteter og høyskoler*

NOU 2005:4. *Industrien mot 2020 – kunnskap i fokus*

St.meld. nr. 20 (2004–2005). *Vilje til forskning*

St.meld. nr. 30 (2008–2009) *Klima for forskning*

St.meld. nr. 7 (2008–2009) *Et nyskapende og bærekraftig Norge*

Rettsavgjørelser

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1902 s. 132

Rt. 1922 s. 308

Rt. 1935 s. 122

Rt. 1972 s. 449

Rt. 1957 s. 1047

Rt. 1959 s. 712

Rt. 1970 s. 1059

Rt. 1984 side 28

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1991 s. 220

Rt. 1994 s. 1617

Rt. 1995 s. 1460

Rt. 1996 s. 742

Rt. 1997 s. 1109

Rt. 1998 s. 1510

HR-1999-00493k

HR-2006-203-U

Rt. 2009 s. 1665

Rt. 2010 s. 402

Rt. 2010 s. 710

Underrettsavgjørelser

RG 1994 s. 699

RG. 1998 s. 294

LB-2004-8893

Litteratur

Andenæs, Mads Henry *Sameier og selskaper*, Oslo 1977

Andenæs, Mads Henry *Selskapsrett*, Oslo 2007

Andrée, Dan, *A rough guide to the FP7 Work Programmes (EU's seventh Framework Programme for Research)*. Stockholm, 2008

Arnholm, Carl Jacob, *Almindelig Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo, 1978

Augdahl, Per *Kompaniskap*, Oslo, 1967

Barbo, Jan Einar *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold – Om håndtering av endringer og endrede forhold i kontraktspraksis*, Oslo, 1997

- Bjørnebye, Andreas *Lojalitetskrav etter oppfylt kontrakt – postkontraktuelle konkurransbegrensninger på immaterialrettens område, I: Aktuell immaterialrett* redigert av Aase Gundersen og Are Stenvik s. 21-50, Oslo 2008
- Bruserud, Herman *Hardshipklausuler*, Bergen, 2010
- Buller, Hans Raaum *SNF Rapport nr. 19/05: FoU i petroleumsnæringen – aktører og kontraktspraksis*, Bergen, 2005
- Dæhlin, Bjørn *Konsulentens ytelse ved engineeringkontrakter i petroleumsvirksomheten, I: Marlus Nr. 125*, 1986
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001
- Engesæth, Arne og Stian S. Tennfjord *Leverandørsamarbeid – noen tanker om intern risikofordeling I: I: På rett grunn – Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett* redigert av Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen s. 186-200, Oslo 2010
- Gisvold, Marius *FoU-kontrakter i petroleumsvirksomheten, I: Kontrakter i petroleumsvirksomheten*, Lars Olav Askheim, Marius Gisvold og Jan Kaare Tapper, Oslo, 1983 s. 235-425
- Gjertsen, Jonathan Alexander Østebrød *Kreditorsidens struktur i obligasjonslån, I: Marlus nr. 395*, 2010
- Goode, Roy, Herbert Kronke og Ewan McKendrick *Transnational Commercial Law*. Oxford, 2007
- Grönfors, Kurt *Avtale och reforhandling*, Stockholm, 1995
- Haaskjold, Erlend, *Kontraktsforpliktelser*, Oslo, 2002
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett – I samarbeid med Magnus Aarbakke*, Oslo, 2003
- Hagstrøm, Viggo *Alminnelig Obligasjonsrett, I: Knophs oversikt over Norges rett*, 12. utgave, Oslo, 2004 s. 274-330
- Hov, Jo, *Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett ii*, 2. utgave, Oslo, 2002

- Huser, Kristian *Avtaletolkning – En innføring i avtaletolkningslærens alminnelige del*, Bergen, 1983
- Huser, Kristian *Rettskildebruk i juridisk forskning – 3 foredrag*, I: Universitetet i Bergens skriftserie nr. 33, Bergen 1991
- Irgens-Jensen, Harald *Bedriftens hemmelighet – og rettighet? Bedrifters rettslige vern mot at andre utnytter deres bedriftshemmeligheter eller annen virksomhetsrelatert informasjon*, Oslo, 2008
- Irgens-Jensen, Harald *Noen privatrettslige spørsmål om tilgang til forskningsmateriale og forskningsdata*, I: Aktuell immaterialrett redigert av Aase Gundersen og Are Stenvik s. 195-226, Oslo 2008
- Irgens-Jensen, Harald *Bedriftens hemmelighet – og rettighet? Immaterialrett, kontraktsrett og konkurranserett møtes*, Oslo, 2010
- Jensen, Olav Harald og Jarle Erik Sandvik *Samarbeidsforetak – Joint ventures i norsk industri*, Bergen, 1971
- Kaasen, Knut *Partnering: keiserens nye klær? I: MarIus nr. 209*, s. 31-40, 1994
- Kaasen, Knut *Kommentar til NF 92*, Oslo, 1994
- Kaasen, Knut *Offshore project alliancing: The aim, the constraints and the contracts I: SIMPLY Yearbook 1997*, s. 141-157, 1998
- Kaasen, Knut ”Dynamisk kontraktsrett” – et fruktbart begrep? I: Tidskrift for Rettsvitenskap 2005, s. 237-263
- Kaasen, Knut *Petroleumskontrakter – Med kommentarer til NF 05 og NTK 05*, Oslo, 2006
- Knut, Kaasen *Samarbeid i olje - en spesiell selskapsrett*, I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år s. 152-170, Oslo 2010
- Krüger, Kai *Norsk Kontraktsrett*, Bergen, 1989
- Krüger, Kai *Norsk kjøpsrett*, 4. utgave, Bergen, 1999
- Lassen, Birger Stuevold *Om tyveri av bygninger og anlegg - idébeskyttelse og vern mot etterligning* (Innledningsforedrag 16. oktober 1986

- i Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett.) Utgitt av Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, 1988. Artikkelen er tilgjengelig på <http://lovdata.no/>.
- Lund, Christian *Opphør av samarbeidet i joint ventures*, I: Skipsfart og samarbeid – Maritime joint ventures i rettslig belysning, Lars Olav Askheim ... [et al.] s. 147-399, Oslo, 1991
- Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen m.fl. *NS 8405 – Kommentartutgave til Norsk Standard 8405, Norsk bygge- og anleggskontrakt*, Oslo, 2004
- Meidell, Andreas *Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold*, I: Lov og Rett 2002, s. 498-508
- Mentzoni, Håkon Schei og Christopher Grøvdal Rønbeck *Lojalitetsplikt i partneringavtaler – Spesielt illustrert med opplysningsplikt etter avtaleinngåelsen*, I: Universitetet i Tromsøs skriftserie nr. 67, Tromsø, 2006
- Mestad, Ola *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*, Oslo, 1991
- Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo, 2007
- Nesdam, Anne-Karin *Interessekonflikter i petroleumsvirksomhet*, I: MarLus nr. 235, 1997
- Nisja, Ola Ø. *Konfliktløsningsmekanismer i byggekontrakter*, I: MarLus Nr. 314, 2004
- Nordtveit, Ernst, *Oppdragssamarbeid – Joint ventures i oppdragsindustri, entreprenørverksemd, forskning og utvikling*, Bergen, 1992
- Dagfinn, Nygaard *Andres bruk av utvinningsinnretninger*, Oslo, 1997
- Picod, Yves *Le Devoir de Loyauté dans l'Exécution du Contrat*, Paris, 1989
- Selvig, Erling *Det såkalte husbondsansvar*, Oslo, 1968
- Selvig, Erling *Kontraktsretten*, I: Knophs oversikt over Norges rett, 10. utgave, Oslo, 1993 s. 298-646
- Simonsen, Lasse *Prekontraktuellet ansvar*, Oslo, 1997

- Smith, Eivind *Organisasjoner i fiskeriforvaltningen*, Oslo, 1979
- Thorsen, Arne Falkanger *Samarbeid og lojalitet*, I: Skipsfart og samarbeid – Maritime joint ventures i rettslig belysning, Lars Olav Askheim ... [et al.] s. 653-747, Oslo, 1991
- Torvund, Olav *Kontraksregulering – IT-kontrakter*, Oslo, 1997
- Truyen, Filip *Aksjonærenes myndighetsmisbruk – en studie av asl./asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper*, Oslo, 2005
- Vonortas, Nicholas S. *Cooperation in Research and development*, Dordrecht, 1997
- Weitzenboeck, Emily M. *Between Contract and partnership: Dynamic Networks as Collaborative Contracts and more*, Oslo, 2010
- Werlauff, Erik *Selskabsret*, 6. utgave, København, 2006
- Woxholth, Geir *Litt om joint ventures m.v. og selskapsloven*, I: Lov og Rett 1987, s. 492-499
- Woxholth, Geir *Selskapsrett*, Oslo, 2004
- Woxholth, Geir *Selskapsloven*, 6. utgave, Oslo, 2005
- Woxholth, Geir *Avtalerett*, 6. utgave, Oslo, 2006
- Woxholth, Geir *Foreningsrett – med samvirkeloven*. 3. utgave, Oslo, 2008
- Good Faith in European Contract Law* redigert av Reinhard Zimmermann og Simon Whittaker, Cambridge, 2000
- Aarbakke, Magnus *Kutymen som rettskilde*, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1965, s. 432-473
- Aarbakke, Magnus *Mislighold i ansvarlige selskaper*, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1977, s. 438-471
- Aarbakke, Asle og Magnus Aarbakke *Ansvarlige selskaper og indre selskaper*, 7. utgave, Oslo, 2010

Øvrige kilder

Annet

Gjesdal, Trine-Lise *Forskning til Ingen nytte? I: Forskning & utvikling* 13. desember 2010. Hele utgivelsen er tilgjengelig som faksimile på : http://ideawork.no/wp-content/uploads/2011/01/IdeaWork_DNBilag_13desember20101.pdf (brukt 04.04.2011)

Det norske forsknings og innovasjonssystemet – statistikk og indikatorer 2010 utgitt av Norges forskningsråd, Oslo, 2010. Indikatorrapporten er tilgjengelig på: <http://www.forskningsradet.no/servlet/Satellite?c=Page&cid=1253961415697&pagename=indikatorrapporten%2FHovedsidemal> (brukt 04.04.2011)

Sluttrapport: en samlande FoU-strategi for energisektoren fra Energi21, 2008. Sluttrapporten er tilgjengelig på: <http://www.energi21.no/servlet/Satellite?c=Nyhet&pagename=energi21%2FHovedsidemal&cid=1253959655550&p=1253955410651>

Smidig utvikling med PS2000 – Veileder med fokus på hjelp til begge parter for å gjennomføre utviklingsprosjekter basert på PS2000 og smidig systemutviklingsmetodikk utgitt av Den Norske Dataforening. Versjon 1.3, publisert 23. november 2009. Nyeste utgave, versjon 1.31, publisert 15.11.2010 er tilgjengelig på: <http://img8.custompublish.com/getfile.php/1437845.1488.wwutvssser/Veiledning+til+PS2000+Smidig+versjon+3.1.pdf?return=www.dataforeningen.no> (brukt 16.03.2011)

Principles of European Contract Law (PECL) av 1999. Tilgjengelig på: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.html (Brukt 16.03.2011)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts av 2004 med kommentarer. Tilgjengelig på: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf> (Brukt 16.03.2011)

Utdrag fra OECDs "Frascati Manual" i norsk oversettelse Norsk institutt for studier av forskning og høyere utdanning, Oslo, 2004.

Utgivelsen er tilgjengelig på: <http://www.nifustep.no/Norway/Documents/STATISTIKK/FoU-STATISTIKK/Om%20FoU-statistikk/Frascatimanualen2002norsk.pdf> (brukt 04.04.2011)

Veiledning til standardkontrakt for oppdragsforskning av 14. juli 2006 utgitt av Kunnskapsdepartementet. Tilgjengelig på: http://www.regjeringen.no/upload/kilde/kd/nyh/2006/0089/ddd/pdfv/286695-standardkontrakt_veileder_06.06.pdf (Brukt 16.03.2011)

Rettsakter relatert til fellesskapsretten

Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements

Regulation (EC) No 1906/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 laying down the rules for the participation of undertakings, research centres and universities in actions under the Seventh Framework Programme and for the dissemination of research results (2007-2013)

Commission Regulation (EC) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements

Utenlandske forarbeider

SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrät*

Sjørettsfondets utgivelser

Sjørettsfondet fremmer forskning innen sjørett, transportrett, petroleumsrett, energirett og beslektede juridiske emner. I tidsskriftet *Marlus*, inkludert *Scandinavian Institute Maritime and Petroleum Law Yearbook (SIMPLY)*, publiserer studenter og forskere sine arbeider. Fondet utgir også pensumlitteratur for studenter.

Tidsskriftet *Marlus* - siste utgaver

- | | | |
|-----|-------------------------------|---|
| 402 | KIØVE, Tormod | P&I assurandørens risikoeksponering ved lasteskadeansvar under unimodal og multimodal transport. 2011. 148 s. |
| 403 | GRAM MORTENSEN, Bent Ole | Dansk regulering af havvindmøller. 2011. 178 s. |
| 404 | Articles in Petroleum Law | Med bidrag av Ulf Hammer, Anne-Karin Nesdam, Dagfinn Nygaard, Knut Kaasen, Jan B Jansen og Joachim M Bjerke. 2011. 374 s. |
| 405 | UELAND, André Lamark | Offshore rørtransport av CO2 fra kontinentet til lagringssted på norsk sokkel. 2011. 146 s. |
| 406 | Sjørøveri og logistikkavtaler | Foredrag fra det 24. Nordiske Sjørettsseminar i Reykjavik, august 2010. Bidrag av Anniken Enersen, Trine-Lise Wilhelmsen, Vibeke Kofoed, Ulla Fabricius og Johan Schelin. 2011. 78 s. |
| 407 | WOLL, Linn-Beate | Hvordan sjørøveri påvirker risikofordelingen i et tidscerteparti. 2012. 124 s. |
| 408 | FALCHENBERG, Marie | Den ledende assurandørens stilling ved koassuranse -En komparativ analyse av norsk og engelsk rett. 2012. 158 s.. |
| 409 | KARLSEN, Morten | Fjerningskontrakter i petroleumsvirksomheten. 2012. 168 s. |
| 410 | EKEBERG, Carl Fredrik | Deltakernes innflytelse i norsk petroleumsvirksomhet. 2012. 136 s. |

Bøker utgitt av Sjørettsfondet

- Syversen, Jan: Skatt på petroleumsutvinning. 762 s. 1991. ISBN 82-90260-33-4
- Askheim, Bale, Gombrii, Herrem, Kolstad, Lund, Sanfelt, Scheel og Thoresen: Skipsfart og samarbeid. Maritime joint ventures i rettslig belysning. 1119 s. 1991. ISBN 82-90260-34-2
- Brækhus, Sjur og Alex Rein: Håndbok i kaskoforsikring På grunnlag av Norsk Sjøforsikringsplan av 1964. 663 s. 1993. ISBN 82-90260-37-7
- Hans Peter Michelet: Last og ansvar. Funksjons- og risiko- fordeling ved transport av gods under tidscerteparti. (Hefte) 180 s. 1993. ISBN 82-90260-36-9
- Røsæg, Erik: Organisational Maritime Law. 121 s. 1993. (Utsolgt)
- Nygaard, Dagfinn: Andres bruk av utvinningsinnretninger. 365 s. 1997. ISBN 82-90260-40-7
- Bull, Hans Jacob: Hefte i sjøforsikringsrett. 60 s. 2. utg. 1997. (Utsolgt)
- Michelet, Hans Peter: Håndbok i tidsbefraktning. 600 s. 1997. ISBN 82-90260-31-8
- Arnesen, Finn, Hans Jacob Bull, Henrik Bull, Tore Bråthen, Thor Falkanger, Hans Petter Graver: Næringsreguleringsrett 187 s. 1998. ISBN 82-90260-42-3
- Brautaset, Are, Eirik Høiby, Rune O. Pedersen og Christian Fredrik Michelet: Norsk Gassavsetning - Rettslige hovedelementer 611 s. 1998. ISBN 82-90260-43-1
- Karset, Martin, Torkjel Kleppo Grøndalen, Amund Lunne: Den nye reguleringen av oppstrøms gassrørledningsnett. 344 s. 2005. ISBN 89-90260-47-4
- Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: Sjørett. 7. utg. 602 s. 2010. ISBN 978-82-90260-48-9

Ny distribusjonsordning

Bøker, pensum og tidsskriftet MarLus distribueres nå via nettbokhandelen Audiatur og andre bokhandler. Nordisk institutt for sjørett håndterer ikke lenger bestillinger.

Informasjon om priser på enkeltnummer av MarLus er oppdatert på audiatur.no <Bokhandel. For bestilling på nett, søk på den aktuelle tittelen eller klikk på lenken Sjørettsfondet i bunnteksten på siden. Her er en side med lenker til alle utgivelser fra Sjørettsfondet. Du kan også bestille på epost: kontakt@audiatur.no

Fullstendig oversikt over Sjørettsfondets utgivelser finnes på nettsidene til Nordisk institutt for sjørett: jus.uio.no/nifs. Se banneret MarLus nede til høyre på siden.

Tidsskriftet MarLus – ny abonnementsordning

Til nå har det vært mulig å abonnere på enkeltnummer og innbundet årgang. Fra årgang 2010 tilbyr Sjørettsfondet abonnement med flere valgmuligheter:

A: Alle utgaver

B: Innbundet årgang

C: Sjørett (på norsk og engelsk)

D: Petroleums- og energirett (på norsk og engelsk)

E: Utgaver på engelsk, inkludert SIMPLY
(både sjørett, petroleums- og energirett)

F: SIMPLY

For å tegne abonnement, send epost til: kontakt@audiatur.no Prisen vil variere med sidetall per publikasjon og antall utgivelser i året. Faktura basert på kostnader sendes i etterkant et par ganger i året. For de elleve utgavene i 2011 på totalt 1845 sider, ble prisen tilsammen under 2 500 kr i utsalg.

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo, with close links to the faculty's Centre for European Law. The Institute is also connected to the Nordic Council of Ministers and cooperates with researchers from Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden – recently also from Northwest Russia and the Baltic states.

The core research areas of the Institute are maritime and transport law, petroleum law and energy law. Members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law and EU law. The Institute offers two master programmes and several graduate courses.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

