

Hevingsvurderingen i Norsk rett og UNIDROIT

Kandidatnummer: 548

Leveringsfrist: 25.04.08

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 13.711 ord

24. april 2008

Innholdsfortegnelse

Hevingsvurderingen i Norsk rett og UNIDROIT.....	1
1. Innledning.....	4
1.1 Emnet for oppgaven	5
1.2 Rettskilder	6
UNIDROITs betydning for hevingsvurderingen i norsk rett	8
1.4. Kontraktsbrudd.....	11
2 Heving/termination	13
2.1 Hevningsbegrepet og begrepet termination.	13
2.2 Hovedvilkår: Vesentlig kontraktsbrudd/fundamental non-performance.....	15
Beskrivelse av vesentlighetskravet.....	19
4. Nærmere om vesentlighetsvurderingen.....	21
4.1 Det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse.....	21
Den faktiske betydning for kreditor	25
4.3 Virkningen for debitor.....	31
4.4 Årsaken til kontraktsbruddet	34
4.5 Gjentakelsesfare	38
4.6 Alternative misligholdsbeføyelser.....	39
4.7 Individuelt skjønn.....	40
4.8 Hevingsvurderingen ved antasipert mislighold.....	41
5. UNIDROIT: fundamental non-performance	46
6. Vesentlighetsvurderingen I UNIDROIT	49
6.1 Non- performance substantially depriving the other party of its expectations	49
6.2 Strict performance of contract of essence.....	51
6.3 Intentional non-performance	52

6.4 No reliance on future performance.....	53
6.5 Disproportionate loss.....	54
7. Sammenligning.....	55
8. Litteraturliste	59
9. Domsregister	59
10. Forarbeider	62
11. Lovregister	62

1. Innledning

I denne oppgaven vil jeg gå inn å se på hevingsvurderingen i henholdsvis norsk rett og *UNIDROIT Principles of international commercial contracts* (heretter bare kalt UNIDROIT). Jeg vil sammenligne de to regelsystemene og peke på likheter og ulikheter. Dette vil jeg gjøre fordi jeg syntes det kan være spennende å se på om norsk rett er i samsvar med internasjonal rett når det kommer til hevingsvurderingen. UNIDROIT skal fremme harmonisering av privatretten og det er derfor spennende å se på hva et vesentlig kontraktsbrudd innebærer etter UNIDROIT.

”Selv om UNIDROIT Principles først og fremst skal regulere grenseoverskridende kontrakter, kan anbefalingene ha betydning også for norsk rett, særlig i de ikke sjeldent forekommende tilfelle der løsningen etter norsk rett er usikker. Den kvalitet som kjennetegner UNIDROIT Principles og den legitimitet som følger av å være et dokument vedtatt av alle medlemslandene, tilsier at de bør tillegges vekt. Dette støttes av et ønske om å harmonisere norsk rett med en international kontraktsrett.”¹ UNIDROIT kan som sagt benyttes når man skal løse kontraktsrettslige tvister over landegrensene og den kan være premissleverandør for norsk kontraktsrett, særlig i de tilfelle der løsningen etter norsk rett er usikker.

Jeg forventer å finne flest likheter da UNIDROIT principles i store deler er en generalisering av CISG, FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp som igjen er gjennomført i norsk rett ved kjøpsloven av 1988, jfr. kjøpsloven § 88 og CISG art.7 (1). Videre har kjøpsloven vært mal for de fleste nyere kontraktsrettslige lover og mange uttrykk er identiske. For

¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 63.

eksempel er det i samtlige kontraktsrettslige lover, ved antesipert mislighold, brukt ordet "klart" som beviskrav.

1.1 Emnet for oppgaven

Emnet for oppgaven er å gå inn i selve hevingsvurderingen og se på hva begrepene "vesentlig kontraktsbrudd" og "*fundamental non-performance*" innebærer etter henholdsvis norsk rett og UNIDROIT. Jeg vil sammenligne de to regelsystemene og beskrive hva som skal til for å kunne heve en kontrakt etter norsk rett og UNIDROIT. Det er som sagt hevingsvurderingen jeg vil ta for meg og jeg vil derfor ikke gå inn å se på og behandle andre sider av hevingsinstituttet.

Med heving eller *termination* av kontrakter menes generelt at en av partene i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold bringer partenes gjensidige plikter og rettigheter til opphør.

Jeg velger innledningsvis å skrive kort om rettskildesituasjonen (punkt 1.2), se på UNIDROITs betydningen for norsk rett (punkt 1.3) og skrive kort om kontraktsbrudd generelt, da det er en forutsetning for i det hele tatt å kunne heve (punkt 1.4). Jeg vil og se på hevingsvurderingen ved antesipert mislighold (punkt 4.8).

Jeg velger å behandle de fleste punkter sammen da jeg synes det blir mest oversiktlig, men innholdet i begrepene vesentlig kontraktsbrudd og *fundamental non-performance* vil jeg behandle hver for seg, for så å komme med en sammenligning.

1.2 Rettskilder

Utgangspunktet ved fastleggelsen av partenes adgang til å heve kontrakten er partenes avtale. Avtalen må imidlertid tolkes og undertiden utfylles. Ved kontraktstolking er ordlyden det sentrale og å finne frem til partenes mening. Løsningen av de rettsspørsmål som oppstår må finnes i et samspill mellom kontraktens bestemmelser og de øvrige rettskilder som bakgrunnsrett. I oppgaven er det utelukkende rettskilder som gir grunnlag for generelle rettsregler – bakgrunnsretten – som skal behandles. Bakgrunnsrett kan være alt fra lover til dommer.

Lover, angående skyldforhold finnes det en hel rekke av. Historisk har kjøpslovgivningen spilt en betydelig rolle i obligasjonsretten. Kjøpsloven av 1907 har vært ansett for å bygge på og gi uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.² Se eksempelvis Rt. 1999 s. 408 der det står på s. 420: ”De sentrale bestemmelser i kjøpsloven i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper”. Kjøpsloven har vært premissleverandør for annen kontraktslovgivning. Avhendingslova, håndverkertjenesteloven, bustadsoppføringslova, forbrukerkjøpsloven og husleieloven omhandler veldig forskjellige kontraktstyper men de har mange fellestrekk.

² Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 48.

Forskrifter er det relativt sett ikke så mange av på obligasjonsrettens område, men noen viktige finnes det. Når det gjelder hevingsvurderingen vil jeg se på forarbeidene til kjøpsloven av 1988, husleieloven av 1999 og avhendingslova av 1992.

Traktater eller konvensjoner finnes det en del av på obligasjonsrettens område, bl.a. FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp (CISG). Denne er riktignok gjort til norsk lov.

Standardkontrakter og internasjonale standardkontrakter så som UNIDROIT er også viktige rettskilder i kontraktsretten.

Utgangspunktet er at lover er preseptorisk, men på obligasjonsrettens område og derfor også når det gjelder hevingsvurderingen er en rekke lover eller enkeltregler i lover gjort deklarasjon. I dette ligger at regler som kan utledes av lovene, i kollisjonstilfelle viker for regler som kan utledes av den individuelle kontrakt. At deklarasjon regler lett mister sin betydning om de passer dårlig i partenes kontraktsforhold, har til og med ført til at domstolene har ansett lovregler uanvendelige i et kommersielt forhold, enda partene ikke hadde truffet avvikende avtale. Et kjent eksempel på dette er Kure dommen i Rt. 1922 s. 308 på side 309 der Høyesterett fant: ”Jeg antar under saadanne omstændigheter at maatte anse det som liggende utenfor parternes mening, at kjøpslovens annullationsregler skulde gives anvendelse paa deres kontraktsforhold.”³

På obligasjonsrettens område og da særlig tilknyttet hevingsvurderingen foreligger betydelig rettspraksis, både høyesterettsdommer og dommer fra andre retter. (med unntak av hevingsvurderingen ved antasipert mislighold) Denne rettspraksis har sentral betydning som rettskilde.

³ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 51–53.

Kutyper, sedvaner og god forretningsskikk spiller en viktig rolle på dette rettsområde. Kjøpsloven §3 bestemmer for eksempel at de regler som kan utledes av kjøpsloven, viker for regler som følger av god forretningsskikk. Annen bakgrunnsrett kan være alminnelige kontraktsvilkår, alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, reelle hensyn, rettsteori og annen nordisk rett og fremmed rett.

Jeg vil i all hovedsak forholde meg til rettsreglene i norsk rett, og rettspraksis da det er i hovedsak rettspraksis som gir veiledning på hva et vesentlig kontraktsbrudd er og prinsippene med kommentarer i UNIDROIT.

UNIDROITs betydning for hevingsvurderingen i norsk rett

UNIDROIT ble etablert i 1926 som et organ under folkeforbundet. Det ble reetablert i 1940 og har i dag over 50 medlemsstater, derav de nordiske land. UNIDROIT skal fremme harmonisering av privatretten. UNIDROIT er ikke en konvensjon men anbefalte løsninger uten annen vekt enn den som ligger i deres overbevisningskraft. Det er et tilbud til aktørene i internasjonal handels og forretningsliv å bruke hvis de ønsker.⁴ Om formålet heter det i forordet (*the preamble*):

These principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. They may be applied when the parties have agreed that

⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 61.

their contract be governed by “general principles of law”, “the lex mercatoria” or the like. They may provide a solution to an issue raised when it proves impossible to establish the relevant rule of the applicable law. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may serve as a model for national and international legislators.⁵

UNIDROIT principles er et omfattende regelverk på 119 artikler med forklarende kommentarer og eksempler, som utgjør en enhet. Regelverket dekker store deler av avtaleretten og obligasjonsretten. UNIDROIT principles har allerede fått betydelig anerkjennelse.⁶ Forordet presiserer videre :

For the most part the UNIDROIT principles reflect concepts to be found in many, if not all, legal systems. Since however the principles are intended to provide a system of rules especially tailored to the needs of international commercial transactions, they also embody what are perceived to be the best solutions, even if still not yet generally adopted. The objective of the UNIDROIT principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions in which they are to be applied.⁷

UNIDROIT er bygget opp etter modell av amerikanske Restatements og inneholder dermed både regeltekster, forklarende kommentarer og eksempler som til sammen utgjør en enhet. UNIDROIT er alminnelig obligasjonsrett ved at de skal kunne anvendes på alle eller i alle fall mange kontraktstyper.

⁵ s. 1 UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2004.

⁶ Se f eks Jean-Paul Beraudo mfl: UNIDROIT principles for international commercial contracts: A New Lex Mercatoria? Paris 1995.

⁷ UNIDROIT Introduction to the 1994 edition.

I store deler er UNIDROIT en generalisering av CISG (FNs konvensjon om kontrakter for internasjonale løsørekjøp fra 1980), dvs. regler som allerede er gjennomført i norsk rett se kjøpsloven § 88.

Selv om UNIDROIT Principles først og fremst skal regulere grenseoverskridende kontrakter, kan anbefalingene ha betydning også for norsk rett, særlig i de ikke sjeldent forekommende tilfelle der løsningen etter norsk rett er usikker. Den kvalitet som kjennetegner UNIDROIT Principles og den legitimitet som følger av å være et dokument vedtatt av alle medlemslandene, tilsier at de bør tillegges vekt. Dette støttes av et ønske om å harmonisere norsk rett med en international kontraktsrett.⁸

UNIDROIT Principles kan for det første gi grunnlag for en rimelig tilpasning av norsk kontraktspraksis og kontraktsklausuler som er blitt transplantert til norsk rett fra fremmede rettssystemer. For det andre kan UNIDROIT Principles gi grunnlag for å utvikle og videreutvikle obligasjonsrettslige prinsipper som allerede har en viss forankring i norsk rett. Videre kan det være at UNIDROIT Principles oppstiller prinsipper som allerede er godt plantet i norsk rett, men der det nærmere innhold og utforming kan være usikker. I slike tilfelle kan UNIDROIT bidra til den nærmere grensedragningen.⁹

Når det gjelder hevingsvurderingen har vi i norsk rett bare ordet ”vesentlig” å forholde oss til i loven når vi skal avgjøre om heving kan bli aktuelt. I UNIDROIT er det skrevet hva det skal legges vekt på i vurderingen av om kontraktsbruddet er vesentlig. Dette kan bidra til å vise oss hva det internasjonalt innebærer å være i vesentlig mislighold av en kontrakt.

⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.63

⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.64.

1.4. Kontraktsbrudd

For at man skal kunne heve en kontrakt må det foreligge et kontraktsbrudd.

For å konstatere kontraktsbrudd må to hovedforutsetninger være oppfylt. For det første må det foreligge et avvik fra riktig oppfyllelse. Med dette siktes det til at det objektivt sett er skjedd et brudd på en kontraktforpliktelse (hoved- eller biforpliktelse). Hvorvidt dette skyldes forhold debitor kan klandres for eller ikke, er likegyldig, liksom det ikke har betydning om bruddet er stort eller beskjedent.¹⁰

Oppfyllelsssvikt er på den annen side ikke et tilstrekkelig vilkår for å konstatere kontraktsbrudd. I tillegg må oppfyllelsssvikten kunne føres tilbake til forhold som debitor svarer for. Dette innebærer at oppfyllelsssvikten ikke må kunne føres tilbake til forhold kreditor svarer for eller har risikoen for. Kontraktsbrudd avgrenses altså mot oppfyllelsssvikt som ”skyldes kreditor eller forhold på hans side”, slik begrepet er fastlagt i kjøpsloven §§ 22,30 og 51, jfr. Rt.1997 s. 1568.¹¹

Rt. 1997 s. 1568 gjaldt et eiendomssalg hvor selgeren tilbakeholdt skjøte slik at kjøper ikke fikk betalt oppgjør. På side 1571 ”Hydro (kjøper) har beskrevet situasjonen slik at Hatten (selger) dels var i kreditormora med hensyn til kjøpesummen, dels i debitorormora med hensyn til skjøteutstedelsen. Jeg finner det tilstrekkelig å fastslå at Hatten uberettiget holdt tilbake skjøtet. Det er dette som er det sentrale element, og som innebærer at det forelå en misligholdssituasjon. I en slik situasjon hvor oppfyllelsen uberettiget hindres av den ene part,

¹⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett s..314.

¹¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s..314.

vil den annen part etter vanlige regler holde sin ytelse tilbake, og renteplikten bortfaller så lenge motytelsen ikke erlegges, jfr. Gbl. § 6 tredje ledd sammenholdt med § 40.”

I dette ligger at debitor i en eller annen form svarer for all annen oppfyllelsssvikt. Denne begrepsbruken er i samsvar med UNIDROIT. UNIDROIT Principles art. 7.1.1. fastslår således at ”non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance”.

“Any of its obligations” samsvarer med norsk rett ved at det er et hvilket som helst kontraktsbrudd som i utgangspunktet karakteriseres som non-performance. Både “*defective performance*” og forsinkelse. I fortsettelsen i art. 7.1.2 heter det så at “ A party may not rely on the non-performance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first partys act or omission or by another event as to which the first party bears the risk”. I kommentaren understrekes det at “This article can be regarded as providing two excuses for non-performance. However conceptually, it goes further than this. When the article applies, the relevant conduct does not become excused non-performance but loses the quality of non-performance altogether. It follows, for instance, that the other party will not be able to terminate for non-performance”.

Hvorvidt det foreligger kontraktsbrudd, beror på en to trinns vurdering. Dels må det tas standpunkt til om det foreligger en oppfyllelsssvikt. Dette forutsetter at kontraktens innhold er blitt fastlagt, og at det er konstatert svikt ved å sammenholde innholdet med det faktisk presterte. Begrepet ikke-oppfyllelse dekker alle former for oppfyllelsssvikt: at ytelsen uteblir helt, at den blir levert for sent, at den er mangelfull osv. Dels må det tas standpunkt til om årsaken til svikten ligger i forhold kreditor har risikoen for. Risikoplasseringen dreier seg således om et fellesvilkår for kontraktsbruddsvirkninger, så som prisavslag, heving o.s.v.

Spørsmålet om risiko hos kreditor faller i to: risiko for beskadigelse og andre oppfylleleshindringer. Når kreditor har risikoen for oppfyllelessvikten, rammer denne ham selv. Konsekvensen er i første rekke at debitor ikke er i mislighold, og at kreditor normalt må svare fullt vederlag; han har vederlagsrisikoen. Hva som ellers vil skje med kontraktsforholdet, beror på hvilke forhold som er inntruffet, og hva slags kontraktstype det gjelder.¹²

2 Heving/termination

2.1 Hevningsbegrepet og begrepet termination.

Hevning innebærer at kreditor opphever partenes gjensidige rett og plikt til å oppfylle avtalen in natura, fordi det krav han har mot den annen part er misligholdt. Denne begrepsbruken har sitt utgangspunkt i den kjøpsrettslige tradisjon. I kjøpsloven § 64 (1) heter det således at ”når kjøpet heves faller partenes plikt til å oppfylle kjøpet bort”. Hevning gjelder således hovedforpliktelsen og er uforenelig med krav om oppfyllelse eller retting.¹³

Avhjelp (retting eller omlevering) kan hindre hevning. Hevning blir i så fall en subsidiær sanksjon se kjøpsloven §37, avhendingsloven § 4-10(4), håndverkertjenesteloven §§ 25 og 26, bustadsoppføringsloven § 33 og UNIDROIT Principles art.7.1.4.

Det å heve en avtale på grunn av mislighold omfatter egentlig to innholdsmessig ulike reaksjoner – hevning med tilbakevirkning (hevning ex-tunc) og hevning som bare virker

¹² Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 315.

¹³ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 409.

fremover (hevning ex-nunc).¹⁴ Hevning med tilbakevirkning er normalreaksjonen i kjøpsforhold, jfr. Kjl.§ 64(1), fkjl.§49(2) og avhl. § 4-4(1). Mens den normale hevningsreaksjon etter eks. bustadsoppføringslova er hevning som bare virker fremover eller ex-nunc. For eksempel vil det innebære at en kjøper overtar en uferdig eller mangelfull bolig, og finner en ny entreprenør til å gjøre ferdig jobben.¹⁵

Andre områder hvor hevning ex-nunc er normalreaksjonen er leieforhold (husll.§ 9-9), arbeidsforhold (aml. §66) og entreprisavtaler (NS 3430 pkt.34.1.2 og 34.2.2).

Når det heves bare med virkning for fremtiden, får vurderingen av om hevning bør tillates eller ikke, en noe annen karakter enn i de tilfellene hvor hevning også innebærer en tilbakeføring av ytelser. Siden hevning bare vil få konsekvenser for den del av avtalen som ikke er oppfylt, blir nøkkelspørsmålet egentlig om manglene ved det som allerede er prestert, innebærer at en må kunne gå ut fra at misligholderen heller ikke har evne eller vilje til å fullføre det som står igjen. Hevningsspørsmålet vil i slike tilfelle egentlig ikke bli vurdert ut fra hva som faktisk har skjedd, men ut fra hva en tror vil skje.¹⁶

Hevning rammer begge parters forpliktelse. Eks. vil hevning av en leieavtale innebære ”dels at leieren fraber seg oppfyllelse fra utleiers side pga. misligholdet, dels at han erklærer ikke å ville oppfylle sin egen plikt til å yte i samsvar med avtalen”.¹⁷ Denne begrepsbruken er også lagt til grunn i UNIDROIT Principles art. 7.3.5(1) som fastslår at ”termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance”.

¹⁴ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.151.

¹⁵ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.151.

¹⁶ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.154-155.

¹⁷ NOU 1993:4 s.28.

Hevning innebærer imidlertid ikke at det settes en strek over hele avtalen; hevningskrav utelukker således ikke krav på erstatning for kontraktsbruddet, og lojalitetskrav og en rekke andre virkninger av avtalen vil bestå, eventuelt tilpasset hevningssituasjonen jfr. Kjøpsloven § 64 (4).¹⁸

I UNIDROIT Principles art.7.3.5(2) og (3) fastsettes det således at ” termination does not preclude a claim for damages for non-performance” og videre ” termination does not affect any provision in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination”. Eks. På det sistnevnte kan være taushetsplikt jfr. UNIDROIT Principle art. 2.16 om ”Duty of confidentiality”. Tilsvarende regler finnes i PECL art 9:305

Avtalen” oppløses” ved at avtalte prestasjoner ikke skal fremlegges, men partene vil kunne ha plikter og rettigheter knyttet til gjennomføringen av ” oppløsningen”.

2.2 Hovedvilkår: Vesentlig kontraktsbrudd/fundamental non-performance

Hovedvilkåret for å kunne heve er at det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd fra medkontrahentens side. Vesentlighetskravet er kommet til uttrykk en rekke steder i lovgivningen: kjøpsloven §§ 25, 39 og 54-55, fkjl. § 27, avhl.§§ 4-3, 4-13 og 5-3, hvtjl.§§15,26 og 43, bustadsl.§§20,34 og 57, pakkereisel.§5-1, tfl.§§21,26 og 30, husll. §2-

¹⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.409.

12jf.§§5-7 og 9-9, pantel.§1-9, selskapsl.§2-36(1)(b), i sedvanerettsdannelser eks. uttrykt gjennom NS 3430 pkt.34 og i rettspraksis (på ulovfestede områder) se for eksempel Rt.1981s.379 om uoppsigelig leiekontrakt på side 383 hvor det står: ” Utgangspunktet for min vurdering er oppsigelsen, som bygger på at det foreligger vesentlig mislighold”, Rt 1998 s.1510 Ekte hussopp, på side 1518: " Svaret beror etter alminnelige kontraktsrettslige regler på om kontraktsbruddet etter en helhetsvurdering må betegnes som vesentlig" og i Rt.1999 s.408 garasjedommen, som på side 420 uttaler:" Jeg går så over til spørsmålet om den manglende garasje plass kan sies å utgjøre et vesentlig kontraktsbrudd, sml. kjøpsloven § 39"

Andre hevingsvilkår krever særskilt hjemmel, for eksempel tilvirkningskjøp, kjøpsloven § 26 (vesentlig formålsforfeiling), hvtjl. § 26 (formålet med tjenesten blir vesentlig forfeilet), pakkereiseloven § 6-3 som skjerper hevingsterskelen når reisen er påbegynt (formålet med reisen må være vesentlig forfeilet) eller fkjl. § 32 hvor det er lempet litt på kravet (ikke uvesentlig). Det kan også skjerpes eller lempes på kravet etter avtale.

UNIDROIT Principles art. 7.3.1 (1) sier at”A party may terminate the contract where failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance”.

"Fundamental non-performance" svarer til det norske uttrykket "vesentlig kontraktsbrudd.

Videre sier kommentaren til art. 7.3.1(1) at hevning bare kan skje “If the non-performance of the other party is “ fundamental” , i.e material and not merely of minor importance”. Det er etter UNIDROIT også bare ved de vesentlige eller fundamentale mangler eller forsinkelse man kan heve. Det samme vilkår er oppstilt i PECL art. 9:301, jfr. Art. 8:103

Det kan innebære alvorlige konsekvenser for den som får et hevningskrav mot seg og derfor har lovgiver bestemt at det skal foreligge vesentlige feil på ytelsen, eller være vesentlig forsinkelse for å kunne heve. Ikke et hvilket som helst mislighold kan være tilstrekkelig. De forberedelser debitor har lagt i oppfyllelsen, vil som regel være forspilte, og debitor går glipp av motytelsen han kan ha særlig behov for eller interesse av. Spesielt i de tilfelle der ytelsen er tilpasset den berettigedes behov, og ikke kan overføres til andre. Det må derfor foreligge tungtveiende grunner for at heving skal skje.

Men heving trenger ikke alltid være noen inngripende reaksjon overfor den som misligholder. Det kan tenkes situasjoner hvor en heving ikke spiller noen rolle for misligholderen, eller det kan tenkes han til og med tjener på at avtalen heves.¹⁹

Tradisjonelt har reglene om heving vært oppfattet slik at de skulle ivareta hensynet til likevekt i kontraktsforholdet. Det legislative grunnlaget for reglene om heving er altså at når den berettigede ikke får det han skal etter avtalen, så skal han kunne komme seg ut av avtaleforholdet, og inngå en ny avtale med en som presumptivt kan oppfylle den.²⁰

Hevningsbeføyelsen har flere funksjoner: Den kan virke reparativt fordi status quo ante blir tilbakeført. Med mindre kreditor har handlet på økonomiske vilkår som viser seg ugunstige, vil heving allikevel ikke gi full kompensasjon for misligholdet. Har kreditor interesse i en

¹⁹ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.153.

²⁰ jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.153.

gevinst, vil hevning ikke kunne tilveiebringe fortjenesten ved en god forretning. Hevning kan også ha en preventiv effekt ved at hevningstrusselen kan få debitor til å yte kontraktsmessig.²¹

Dersom hevning skjer før kreditor selv har ytet, vil beføyelsen ha en sikkerhetsfunksjon ved at ytelsen kan tilbakeholdes. Under den samme forutsetning vil hevning også være en praktisk viktig beføyelse, fordi hevning kan iverksettes ved kreditors egen erklæring. Riktignok kan kreditor være interessert i hevning ved ethvert kontraktsbrudd, men først ved kontraktsbrudd av alvorlig art er kreditors ønske om hevning særlig tungtveiende.²²

Det er altså et sentralt spørsmål hvordan vesentlighetskravet og begrepet fundamental non-performance skal praktiseres.

²¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.410,411

²² Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 411.

Beskrivelse av vesentlighetskravet

"Lovgrunnen for hevningsadgangen er at den som utsettes for misligholdet, skal kunne komme seg ut av det avtaleforholdet som er etablert, og så eventuelt kunne starte på ny frisk med en annen avtalepart."²³

Ved praktiseringen av vesentlighetskravet må det derfor være en forutsetning at misligholdet er av en slik art og/eller et slikt omfang at det gir kreditor " rimelig grunn for å si seg løst fra kontrakten " jfr.Rt.1998 s.1510 på side 1518 og Rt. 1999 s.408 som på side 421 sier:"

Hovedspørsmålet for Høyesterett er om ankemotpartene også har rett til å heve kjøpekontrakten. Svaret beror etter alminnelige kontraktsrettslige regler på om kontraktsbruddet etter en helhetsvurdering må betegnes som vesentlig. Vesentlig er kontraktsbruddet hvis det har gitt kjøperne en rimelig grunn for - etter at kjøpekontrakten er gjennomført fra begge sider - å si seg løst fra kontrakten, slik at de gjensidige ytelser skal tilbakeføres".

Svaret skal etter rettspraksis bero på en sammensatt helhetsvurdering. Det er Høyesterett som er normerende og bestemmer hvilken vekt de ulike hensynene skal ha. Er heving alle forhold tatt i betraktning, en rimelig reaksjon på misligholdet? Rt. 1998 s. 1510 Ekte hussopp, på side 1518: ” svaret beror etter alminnelige kontraktsrettslige regler på om kontraktsbruddet etter en

²³ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.155.

helhetsvurdering må betegnes som vesentlig. Vesentlig er kontraktsbruddet hvis det har gitt kjøperen en rimelig grunn for- etter at kjøpekontrakten er gjennomført fra begge sider- å si seg løs fra kontrakten, slik at de gjensidige ytelsene skal tilbakeføres”

”Inntreffer flere kontraktsbrudd i sammenheng kan disse kumuleres, slik at det er avgjørende hvorvidt de samlet sett utgjør et vesentlig avvik.”²⁴ Adgangen til kumulasjon er forutsatt i forarbeidene til kjøpsloven, eksempelvis dens § 39, der det angis at om det ” foreligger ... mangel sammen med forsinkelse, må man se på den samlede betydning for kjøperen ved vurderingen av hevningsvilkårene”.²⁵

Synspunktet har også fått gjennomslag i rettspraksis for eksempel dommen i Rt.1980 s. 901 som gjaldt et eiendomssalg, der kjøper både var i betalingsmislighold og urettmessig hadde flyttet inn i huset. H.R.s flertall fant at dette utgjorde et vesentlig mislighold, på side 910: ” Denne betalingsvegringen, som forutsetningsvis måtte bli langvarig, og den kontraktstridige innflytting representere, slik jeg ser det, en vesentlig misligholdelse fra Sætherhaugs side, og ganske særlig når man ser disse forhold i sammenheng” Jfr. i samme retning Rt. 1965 s.159 der avskjed av en sjømann ble begrunnet med at en rekke episoder under hans tjeneste om bord til sammen måtte kunne gi grunnlag for avskjed, og Rt.1999 s.163 der en brannmann ble avskjediget pga. beruselse på arbeidsstedet. Ved vurderingen av hvorvidt vilkårene for avskjed var til stede, kunne en også ta hensyn til at han tidligere hadde vært beruset på arbeidet.

²⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.414.

²⁵ Ot.prp.nr.80(1986-87)s.91.

Det skal legges vekt på både hovedforpliktelse og sideforpliktelser og aktuelt og forventet mislighold. I Rt. 1998 s.1980 glasmagasinet ble spørsmålet om det kunne legges vekt på ulemper som ville oppstå i neste fase av oppussingen besvart bekreftende. Men i den aktuelle sak var det ikke nok til å kunne heve, på side1986: " Jeg finner etter dette at de samlede ulempene - påførte og forventede - ikke representerte et vesentlig mislighold som gav hevningsrett".

Nå skal jeg gå inn i de ulike momenter i vesentlighetsvurderingen som har vært fremme i rettspraksis, men listen er ikke uttømmende alle forhold skal tas i betraktning.

4. Nærmere om vesentlighetsvurderingen

4.1 *Det objektive avviket fra kontraktmessig oppfyllelse*

Utgangspunktet for vurderingen må tas i avviket fra kontraktmessig oppfyllelse. Ved forsinkelse er det en kvantifiserbar størrelse, ved mangler må både mangelens karakter og omfang tillegges vekt jfr. Rt. 1998 s.1510 på side 1518: ” Utgangspunktet og det sentrale moment i vurderingen er det objektive avviket fra kontraktmessig oppfyllelse – dvs. den objektive mangelen ved eiendommen, og da både mangelens karakter og mangelens omfang ” Dette gjentas i Rt.1999 s.408 på side 421: " I spørsmålet om det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd, vil det sentrale moment være det objektive avviket fra kontraktmessig oppfyllelse, som det uttrykkes av førstvoterende i Rt. 1998 s.1510". Kontraktsavviket er et avgjørende moment, og det er kontrakten som er styrende for vurderingen.

Vesentlighetskravet innebærer at avviket fra riktig oppfyllelse ikke kan være ubetydelig jfr. Eks. Rt.1927 s.43 der 18 % kvantitetsmangel av et kvantum på 100 kasser appelsiner ikke i dette tilfelle ble ansett som vesentlig og Rt. 1926 s.791 der en betydelig soppskade i våningshuset ikke var hevningsgrunn da salget innbefattet et jordbruksareal på 70 mål som var egnet til tomtsalg.”²⁶ Jfr. Også Rt. 1927 s.666 der det ble antatt at det forhold at 13 av 100 sekker sukker var levert med en finere formaling, ikke var vesentlig mislighold. På side 667 i dommen sier førstvoterende " At den omstændighet at 13 sækker- eller muligens nogen flere - var av en finere formaling ikke var en saa væsentlig mangel at det berettiget Brødrene Larsen (kjøper) til at hæve kjøpet for det hele partis vedkommende.

Jfr. Også Rt. 1958 s. 591 om mangler ved lokkene til krabbebokser; som begrunnelse for at det ikke forelå en vesentlig mangel, ble det bl.a. fremhevet at mangelen gjaldt emballasjen, ikke varen, og at boksene lot seg åpne med hermetikkåpner, et alternativ som heller ikke var uvanelig som eneste mulighet. Rt.1999 s.408 gjaldt en borettslagsleilighet solgt med garasje for en samlet sum av kr. 430000, men der det ikke fulgte med noen garasje, slik at kjøperen ble påført et økonomisk tap på kr.50000; kontraktsbruddet kunne etter en helhetsvurdering ikke anses vesentlig.²⁷

Se på den annen side Rt. 1925 s.484 der levering i august av sesongvarer(sykkelringer) som skulle leveres snarest mulig ga hevningsrett samt Rt.1914 s.295 der kjøperen av et kostbart møblement som skulle være ” forgyldt med guld” og ” skulde utskares extra fint i rococo av 1st classes materialer”, fikk heve da forgyldningen delvis var utført med uekte guld, samt fordi det var anvendt materialer som ikke var tilstrekkelig tørre, slik at enkelte av møblene ble

²⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.412.

²⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett s 412.

skjeve og fikk sprekker.²⁸ Svarer ikke ytelsen til betegnelsen som er avtalt, vil det ofte foreligge hevningsrett; jfr. Rt.1912 s.92 der en sofa var solgt som antikk, men ikke holdt alderen. På side 92 og 93 " Det er paa det rene mellem parterne, at Wang under salgsforhandlingerne udgav sofaen for at være antik, og at den blev solgt og garanteret som saadan..Det var denne angivelige egenskab ved sofaen, som foranlediget appellanten til at kjøbe den." Kjøperen fikk heve kjøpet.

Det er som sagt kontrakten som gir føringer for hvorvidt det foreligger vesentlig kontraktsbrudd.

" the contract therefore not only creates obligations, but also determines how important they are for the promisee and thus the importance of the " detriment" suffered by him...It is therefore, principally for the parties themselves to make clear what importance is to be attached to each obligation and to the corresponding interest of the promise".²⁹

I enkelte kontraktsforhold, kan således forholdene tilsi at nøyaktig overholdelse av kontrakten er av særskilt viktighet, slik at mislighold lett blir vesentlig.

Noen ganger følger det av hele kontraktsforholdet at ytelsen mister sin verdi hvis ikke oppfyllelse skjer til nøyaktig tid. Jeg bestiller for eksempel en drosje for å rekke et fly. Avtaler hvor helt nøyaktig oppfyllelse (enten det nå er tiden eller ytelsen ellers) er av avgjørende betydning, kalles undertiden "fiksforretninger". Hvis drosjen ikke kommer til avtalt tid, kan jeg heve avtalen, det vil for eksempel si å gå ut å ta en annen drosje. Også ellers kan et tilsynelatende ubetydelig avvik fra spesifikasjon innebære at misligholdet anses

²⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s 412.

²⁹ Schlechtriem I Schlechtriem s. 177.

vesentlig - i en bestilt maskin del kan for eksempel en millimeters underdimensjonering være nok til å gjøre delen ubrukbar.

Fra rettspraksis har vi for eksempel U 1974 s.71 der en lystbåt var bestilt til feriens begynnelse, Rt 1926 s.832 der det ved salg av en bruktbil ble ansett som en vesentlig mangel at bremsene ikke var i orden, når dette ” ved kontraktslutningen er betinget”(s.833), Rt 1921 s. 285 der kjøperen av en fast eiendom hadde betinget seg at et restaurantlokale skulle være ledig, og måtte derfor ha hevningsrett og Rt. 1920 s. 1 der betaling innen 10 dager synes å ha vært ansett som en betingelse.³⁰

Omvendt kan kontraktsforholdet også tilsi at terskelen må settes høyere jfr. Rt. 1973 s. 375 der en langvarig leiekontrakt til et foretningslokale ble hevet etter at leietaker stengte butikken for oppussing mv. men fortsatte bakeridriften. Etter at butikken hadde vært stengt i 5 måneder uten at det var gjort noe med lokalet, hevet utleier, men fikk ikke medhold. Det ble bl.a. fremholdt at det dreide seg om et langvarig leieforhold, at bakeriet var det vesentligste, og at dette hadde vært i drift hele tiden. På side 379: " ..det dreier seg om et leieforhold som har vart helt fra 1942. Det sentrale i leieforholdet er ikke butikken, men bakerilokalene..".³¹

Selv om vesentlighetsspørsmålet ofte kan avgjøres ved en isolert betraktning av avviket fra riktig oppfyllelse, så som ved total uteblivelse av ytelsen, jfr. Eksempelvis Rt. 1988 s.134 der en eneforhandleravtale ble ansett vesentlig misligholdt da det produkt virksomheten i hovedsak var basert på, ble avskåret ved at produsenten gikk inn i en gruppe som allerede

³⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.412-413.

³¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.413.

hadde en salgsforbindelse i Norge, må misligholdet i prinsippet relateres til kreditor og den betydning det har for ham.³²

Den faktiske betydning for kreditor

”Lovgrunnen for hevningsadgangen er at den som utsettes for mislighold, skal kunne komme seg ut av det avtaleforholdet som er etablert, og så kunne starte på ny frisk med en annen avtalepart. Derfor kan en kanskje si at nøkkelspørsmålet når det gjelder hevningsretten er: Har misligholdet et slikt omfang eller karakter at den som utsettes for det, har rimelig grunn til å ville ut av det hele?”³³

Ett eksempel på at Høyesterett har tatt hensyn til den faktiske betydning for kreditor er Rt.1999 s.408 som gjaldt en leilighet som skulle vært solgt med garasje, men hvor garasjen ikke fulgte med allikevel. Kjøperen fikk ikke heve kjøpet blant annet fordi det ville være mulig å leie en garasjeplass, og at det var gode parkeringsmuligheter i gata. På side 422 i dommen sier førstvoterende: " Den manglende garasjeplass rammet ikke kjøperen på samme måte som om leiligheten hadde tilhørt en sentral bygård".

³² Hagstrøm, Obligasjonsrett s.414.

³³ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.155.

”Når en skal ta stilling til om misligholdet er av en slik art at den berettigede har ” rimelig grunn” til å ville ut av avtaleforholdet, er utgangspunktet at det finner sted en individuell vurdering. Selv om misligholdet er av en slik art at det for kreditorer flest ville vært rimelig grunn for å si seg løs fra avtalen, gir det ikke hevningsrett hvis denne bestemte kreditor av en eller annen grunn ikke har et slikt behov.”³⁴

Et godt eksempel på en inngående vurdering av skade- og ulempe virkningene er Rt. 1998 s. 1980 om vesentlighetsvurderingen ved leietakers hevningsrett etter ombyggingarbeider. Noen utdrag fra dommen. På side 1985: " Selv om det legges til grunn at utleieren har gått ut over sin rett etter § 27 i husleieloven, må det vurderes om dette er et vesentlig mislighold som gir rett til heving... Da arbeidet på fellesarealene i det vesentlige pågikk utenfor åpningstiden til kjøpesenteret, ble driften ikke nevneverdig forstyrret av støy. Fellesarealene ble dessuten ryddet og rengjort hver dag før åpningstiden. Men selv om butikklokalene ble skjermet ved hjelp av plastfolie, trengte det inn noe støv... Det må også ha påført butikkdriften en viss ulempe at deler av fellesområdene måtte avstenges i alle etasjene... Videre representerte det en ulempe at butikken måtte holde stengt i to dager, men dette ble i alle fall delvis kompensert ved at det ble gitt husleierefusjon for fire dager".

Et annet eksempel er Rt 1937 s.985 der kjøper av en fast eiendom til bruk som handelssted til innkjøp og eksport av fisk, ble ansett berettiget til å heve kjøpet, fordi selgeren ikke sørget for å få ryddet eiendommen i tide. Overtakelse skulle skjedd 15 mars 1931 men eiendommen ble ikke ryddet før utgangen av juli. Fordi eiendommen ikke ble ryddet, kunne ikke kjøperen starte fiskeforretningen allerede våren 1931, og mulighetene for en vellykket drift ble da vesentlig forringet. På side 987: " Høiesterett oppfatter vidnene derhnen at hvis der på stedet hadde vært en kjøper som fiskerne med fordel kunde ha solgt sin fangst til, vilde de ikke selv

³⁴ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.155.

ha gått i gang med tilvirkningen, og at det derfor vilde ha vært av vesentlig betydning for A\S Borgvaag handel å kunne begynne fiskeforretningen våren 1931. Det er opplyst at den beste tid for eksporten er månedene mai og juni. I månedene oktober-desember som også er en gunstig tid for eksport, vil ofte fisket være hindret av værforholdene".³⁵

”For realytelser må en slik individuell vurdering ofte foretas. Ved pengeforpliktelser kan det derimot som hovedregel ikke være tale om å relatere vesentlighetsvurderingen til kreditors behov for pengene; strengt tatt ville et slikt synspunkt eks. innebære at banklån bare rent unntaksvis kunne anses vesentlig misligholdt fordi betjening av det enkelte lån sjelden har noen betydning for bankens virksomhet og soliditet.”³⁶

Vesentlighetsvurderingen for mislighold av pengeforpliktelser må derimot bygge på avvikets størrelse, se eksempelvis Rt. 1927 s. 964, der kjøper av fast eiendom først tilbød den kontante del av kjøpesummen 6 uker etter forfall, og selger ble derfor ansett berettiget til å heve. Det ble altså tatt en vurdering av avviket i forhold til kontraktens krav. Et annet eksempel er Rt.1925 s.566 der en ukes betalingsmislighold ble ansett tilstrekkelig hensett til beløpets størrelse, og Rt.1921 s. 513 der selger av aksjer hadde hevningsrett fordi han etter forholdets art hadde krav på hurtig oppgjør og betaling var forlangt forgjeves flere ganger. Konsekvensen vil være at betalingsmislighold eksempelvis i et utpreget kommersielt kjøp letter må anses som vesentlig kontraktsbrudd enn et tilsvarende betalingsmislighold i forbrukerkjøp. På samme vis må det tillegges vekt hvorvidt betalingsmisligholdet gjelder hele forpliktelsen eller bare deler av fordringen.³⁷

³⁵ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.414.

³⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.415.

³⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.415.

”Dersom kreditor har større behov for midlene enn man normalt må regne med og debitor burde vært kjent med dette, vil imidlertid dette kunne tas i betraktning. Jfr. eksempelvis saksforholdet i NJA 1991 s. 217 der utbetaling fra en bankkonto først skjedde omkring to timer etter at kravet var fremsatt, og der banken var klar over at beløpet skulle brukes til oppgjør i forbindelse med et eiendomskjøp der punktlig betaling var essensielt. Hvilken betydning kontraktsbruddet har for kreditor, må i tilfelle avgjøres individuelt dvs. i forhold til det relative verdiminus misligholdet representerer for kreditor.”³⁸

Dersom misligholdet ikke får følger, eks. at varer uberettiget er sendt som dekkslast eller uforsikret, men kommer frem i god behold uten negative følger for kreditor, vil dette måtte tas i betraktning.

I Rt 1978 s. 1484 var således mangler utbedret på tilfredsstillende måte før kreditor fremsatte hevningskrav; de allerede reparerte mangler kunne da ikke komme i betraktning. På side 1486: ”Johansen aksepterte at firmaet reparerte feilene, og at reparasjonen etter lagmannsrettens bevisvurdering – som Høyesterett ikke har noe grunnlag for å fravike – ble tilfredsstillende utført. Hevningskravet ble fremsatt kort tid etter hovedreparasjonen og var i det vesentlige begrunnet med at oljeforbruket fortsatt var for høyt ... Jeg finner det etter dette klart at Johansen ikke nå kan kreve kjøpet hevet eller prisavslag, verken med støtte i de allerede reparerte feil eller med den begrunnelse at oljeforbruket var for stort.”

Et kontraktsbrudd kan ha mindre betydning enn ellers pga. kreditors individuelle, subjektive forhold, mens det motsatte også kan være tilfellet.

³⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.415.

Det kommer imidlertid ikke i betraktning at misligholdet betyr meget for den som rammes, dersom dette skyldes individuelle forhold som misligholderen ikke kunne regnet med jfr. Rt. 1923 s. 468. Bare synbare forhold kan tillegges vekt, jfr. på s. 470: " Avgjørelsen vil væsentlig bero paa et skjøn over, hvilken betydning manglen kan antages at ha hat for kjøperen eller rettere hvad sælgeren i saa henseende maatte gaa ut fra ". Avgjørende blir altså hva misligholderen hadde grunn til å regne som betydningsfullt.

Vesentlighetskravet inneholder altså ett innsiktsrekvisitt (synbarhetsrekvisitt) Jfr. CISG art. 25 (kjøpsloven § 94) som fastslår at " A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result"

Poengene illustreres av "furustav" dommen i Rt.1923 s. 468. Et parti stav skulle etter kontrakten være "prima svensk furustav", mens det inneholdt hele 20 % granstav som etter Høyesteretts vurdering var " av en væsentlig daarligere kvalitet enn furustaven ". Kjøperens hevningskrav ble ikke tatt til følge bl.a. fordi kjøperen drev en virksomhet der det også kunne være bruk for dårligere kvaliteter, slik at kontraktsbruddet ikke fikk synderlig praktiske konsekvenser. Høyesterett uttalte på side 470 at " avgjørelsen vil væsentlig bero paa et skjøn over, hvilken betydning mangelen kan antages at ha hat for kjøperen eller rettere hva sælgeren i saa henseende maatte gaa ut fra, jfr. Lov om kjøp § 43 sammenholdt med § 21, annet ledd og komiteutkastets motiver side 56. I nærværende tilfælde utgjorde granstaven kun en mindre del av det hele parti, og kjøperen drev bødkerforretning, hvori han, efter hva der er paa det rene, ogsaa kunde gjøre bruk av granstaven. Vilde han ikke benytte den til fabrikation av sildetønder, kunde han skille den ut og anvende den i andet øiemed... Naar man som anført ved bedømmelsen av mangelens betydning maa gaa ut fra, hva selgeren hadde grund til at

29

anta, mener jeg, at man ogsaa maa ta hensyn til den krigen foranledigede varemangel, som bevirket, at kjøperne ikke tog det saa nøie med varens kvalitet".

På den annen side kan individuelle forhold som fører til at misligholdet får store konsekvenser, påberopes dersom debitor hadde eller burde hatt kjennskap til disse. Dette kan illustreres ved Rt. 1953 s. 449 der to maskiner som var kjøpt til et pølsemakeri, ikke ble godtatt av elektrisitetsverket for bruk i kjøperens lokaler. Kjøperen fikk – under dissens i Høyesterett(3-2) – heve avtalen, da selgeren etter førstvoterendes oppfatning på side 451: ”kjente til at maskinene skulle brukes i Haugs slakterforretning, og jeg bygger på at selskapet også måtte regne med at Haug drev pølsemakeri. Under disse omstendigheter finner jeg at selskapet når det gjaldt salg av så vidt kostbare spesialmaskiner, burde ha gjort Haug kjent med at det etter de gjeldende forskrifter var usikkert om maskinene ville kunne brukes i Haugs bedrift fordi motorene ikke var tett kapslet ". Da maskinene var totalt ubrukelige til formålet, måtte risiko- og hevningsspørsmålet her i praksis bli sammenfallende.³⁹

Jo Hov har et litt annerledes syn på kravet til synbarhet. Om selgeren forstår eller burde forstått, at misligholdet vil være av vesentlig betydning for kjøperen eller ikke, kan være et relevant moment ved vesentlighetsbedømmelsen. Men en har etter min oppfatning ikke noe grunnlag for å hevde at dette er et vilkår for hevning. Dommen fra 1923 har ikke særlig relevans etter at kjøpsloven av 1988 har fått et helt annet innhold. At CISG har en annen løsning, er heller ikke noe særlig tungtveiende argument, når nå den norske loven har en helt annen ordlyd enn CISG.⁴⁰

³⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.417.

⁴⁰ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.155.

På bakgrunn av den litteratur og de dommer jeg har lest vil nok jeg konkludere som Hagstrøm og si at det foreligger ett innsiktsrekvisitt i norsk rett.

Selv om utgangspunktet for vesentlighetsvurderingen er avviket fra riktig oppfyllelse, kombinert med ett innsiktsrekvisitt, beror hevningsretten på en helhetsvurdering, jfr. Eksempelvis Rt. 1999 s. 408 som sier på side 421:” Hovedspørsmålet for Høyesterett er om ankemotpartene også har rett til å heve kjøpekontrakten. Svaret beror etter alminnelige kontraktsrettslige regler på om kontraktsbruddet etter en helhetsvurdering må betegnes som vesentlig.” Videre må det derfor tas hensyn også til hvilken virkning det vil ha for misligholderen at kontrakten bortfaller

4.3 Virkningen for debitor

I en helhetsvurdering må også hensynet til debitor trekkes inn, se for eks. Rt.1999 s. 408 på side 422:” Tidsforløpet vil også kunne ha betydning for selve hevningsadgangen. Det rammer selgeren hardere når et hevningskrav først fremsettes etter lang tid”, Rt.1998 s. 1510 som sier på side 1519: " Et sentralt moment i helhetsvurderingen i denne saken er tidsforløpet" og Rt. 1922 s. 308 som sier på side 309 og 310: " Da A/S Per Kure allerede hadde bestilt vedkommende artikkel - plater av høi kvalitet - i Sverige (hvor det var streik), kunde denne bestilling ikke omplaceres i andet land, likesom derved i tilfælde heller ingen tid synes at kunne være indvundet...Jeg maa ogsaa gaa ut fra, at undladelsen av at gi Elektrotermisk varsel om den indtrædende leveringsforsinkelse i nogen grad kan ha været foranlediget ved dette selskaps egen optrædsen, som maatte gi Per Kure indtryk av, at det ikke hadde hast med leveringen".

At det er et skjerpet vesentlighetskrav i tilvirkningskjøp er et eksempel på at debtors forhold tillegges vekt, jfr. kjøpsloven § 26 (vesentlig formålsforfeiling).

For det første må man ta hensyn til selve tidsaspektet. Selgeren har innrettet seg på at kontrakten er bindende. Av denne grunn må selve tidsforløpet fra oppfyllelse til heving blir krevet tillegges vekt, jfr. Rt. 1998 s. 1510 (der det var gått seks år) og Rt. 1999 s. 408 som på side 422 fremholder at: ” Tidsforløpet vil også kunne ha betydning for selve hevningsadgangen. Det rammer selgeren hardere når et hevningskrav først fremsettes etter lang tid. Det må kunne legges til grunn at selgeren innrettet seg på at prisavslag var den misligholdssanksjon som var aktuell. Når det – slik som tilfellet her – er et fallende eiendomsmarked, vil det også være mulig for kjøperen å benytte en hevningsadgang i spekulasjonsøyemed”

”Selv om det ikke er en risiko for at hevningsadgangen benyttes i spekulasjonsøyemed, vil realdebitor uansett etter som tiden går, kunne ha innrettet sine økonomiske disposisjoner på at kontrakten er bindende, og et hevningskrav etter lang tid kan dermed ramme hardt. I enkelte kontraktsforhold er skadevirkningene så alvorlige at lovgiveren har skjerpet vesentlighetskravet.”⁴¹ For eksempel som nevnt ovenfor at for tilvirkningskjøp fastslår kjøpsloven § 26 kan kjøperen bare heve dersom en forsinket levering medfører " at hans formål med kjøpet blir vesentlig forfeilet"

Men også der vesentlig kontraktsbrudd er tilstrekkelig for heving, har domstolene lagt betydelig vekt på at misligholderen vil bli hardt rammet. Det mest kjente eksempel er Kure –

⁴¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.417.

dommen i Rt. 1922 s. 308 som gjaldt et handelskjøp der enhver forsinkelse skulle anses vesentlig og var hevningsgrunn etter kjøpsloven av 1907.

Det var inngått avtale om levering av en transformator til 176.000 svenske kroner. Den skulle leveres 1. April men den var fortsatt ikke levert den 20. Mai og tilvirkeren kunne gi tilsagn om levering først i august. Kjøperen hevet, men fikk ikke medhold i Høyesterett. Førstvoterende som målsmann for flertallet (6-1) uttalte ” at kjøpslovens strenge annullationsbestemmelser i dens § 21 i det hele vilde være lidet skikkede for anvendelse paa langsigtige bestillingskontrakter som den her omhandlede. Denne er klausulert paa en tid av omkring et aar og har omfattet specialmaskiner av meget betydelig værdi, men av desto mindre kurant omsættelighet ”. Under henvisning til dette og til at partene hadde opprettet kontrakt med bestemmelser om konvensjonalbot ved forsinkelse, ble det ansett ” liggende utenfor parternes mening, at kjøpslovens annullationsregler skulde gives anvendelse paa deres kontraktsforhold” (s.309). I dag er det spørsmål dommen omhandlet, regulert i kjøpsloven § 26.⁴² Selv om skadevirkningene for misligholderen ikke er så dramatiske som i Rt. 1922 s. 308 (kure-dommen), må de tas i betraktning.

Omvendt vil det at det ikke er noe påviselig tap for den annen part, kunne føre til at mothensynene mot hevning ikke gjør seg gjeldende; se i denne retning Rt. 1980 s.901 der en husseger fikk medhold i et hevningskrav p.g.a. kjøpers mislighold, og hvor Høyesteretts flertall(3-2) bl.a. la vekt på at (på side 911) ” boligmarkedet i Tønsberg-distriktet ikke er så vanskelig at ikke kjøperen skulle kunne skaffe seg en tilsvarende bolig ”⁴³

⁴² Hagstrøm, Obligasjonsrett s.417-418.

⁴³ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.418.

Ved den avveiningen som må foretas mellom kreditors og misligholderens interesser, kan også andre faktorer være relevante. Disse kan svekke eller styrke det resultat en vurdering bygget på momentene omtalt foran skulle tilsi. Det må således videre legges vekt på årsaken til kontraktsbruddet.

4.4 Årsaken til kontraktsbruddet

Årsaken til kontraktsbruddet vil være et annet moment Høyesterett vurderer og da særlig misligholderens skyld. Subjektiv skyld hos misligholderen kan gi et forvarsel om at ytterligere mislighold kan ventes og en misligholdsreaksjon vil ofte bli oppfattet som ”rimelig” eller ”rettferdig” hvis misligholdet kan føres tilbake til subjektiv skyld hos misligholderen. Omvendt kan god tro gjøre misligholdet mer unnskyldelig, jfr. Rt.1925 s.668

Men selv om det ikke foreligger subjektiv skyld hos misligholderen, vil årsaken til kontraktsbruddet gi veiledning. Noen ganger vil årsaken gi signaler om at det er flere vanskeligheter i gjære. Det gjelder for eksempel der misligholdet skyldes pengemangel hos misligholderen eller der misligholdets årsak er at selgerens produksjonsutstyr er gammelt og nedslitt.⁴⁴

Kjøpsloven av 1907 § 42(1)2.pkt. bestemte at hvis selgeren hadde handlet svikaktig, skulle enhver mangel anses som vesentlig mislighold. I den nye kjl.§39(1) er det imidlertid ikke gitt noen særregel om svik i streng teknisk forstand, men om situasjonen der selgeren har handlet ” grovt uaktsomt eller

⁴⁴ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.161.

mot redelighet og god tro”. Og konsekvensene av slik adferd er ikke at ethvert mislighold gir hevningsrett, men at kjøperen kan heve selv om han ikke har reklamert. Det samme gjelder etter fkjl.§27(4), hvtjl.§ 22(3), bofl.§ 30(4) og husll. §2-8.⁴⁵ Selv om ikke det er direkte sagt i loven at svik gir hevningsrett vil det allikevel være klart at svik er en kvalifisert form for subjektiv skyld og at det er utvist svik vil tillegges den betydning at terskelen for heving senkes.

Viggo Hagstrøm sier i sin obligasjonsrett at: ” Svik, d.v.s. bevisst uredelighet, har gjerne vært ansett som tilstrekkelig hevningsgrunn.”⁴⁶ Men sier videre at synspunktet nyanseres noe i Ot.prp.nr.66(1990-91) s.108 i tilknytning til bestemmelsen i avhendingslova § 4-13. Mot at svik er en ubetinget hevningsgrunn, påpekes at ” Heller ikkje vil det alltid vere rimeleg om kjøparen skulle kunne seie seg løyst frå avtala i eitkvart tilfelle der seljaren har fare slik åt. Dette vil kunne vere tilfelle der sviken gjeld eit lite vesentleg omstende i samband med avtala totalt sett. Derimot vil svik eller særleg klanderverdig fremferd frå seljaren si side så godt som alltid kome inn som moment av stor vekt ved vurderinga av om avtalebrotet er ”vesentleg”. ”

Dersom misligholderen forsettlig har satt seg utover kontraktens bestemmelser, kan det være tungtveiende, selv om det dreier seg om mislighold av biforpliktelser eller lignende.⁴⁷

Fra rettspraksis har vi eksempelvis ” Rt. 1934 s.249 der en skogeier som hadde solgt en skog til en utenbygds kjøper, drev forhandlinger med en innenbygds liebhaber mens konsesjonssøknaden var under behandling. Han ble ansett å ha handlet rettsstridig, spesielt da han etter departementets praksis måtte vite at konsesjon ikke ville bli gitt utenbygds boende

⁴⁵ Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte s.159-160.

⁴⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.418.

⁴⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.418.

dersom det fantes innenbygds kjøper. Da konsesjonsbehandlingen av disse grunner trakk ut i departementet, fikk kjøperen heve.”⁴⁸

Et annet eksempel er Rt. 1977 s. 97 der leieboere i et borettslag med husordensregler som inneholdt forbud mot hundehold, hadde anskaffet hunder. Hundene ble heller ikke fjernet etter at laget hadde protestert, og etter at dispensasjonssøknad var avslått. Høyesterett fremholdt at leieboerne på side 101: ” Jeg finner etter dette at de 4 ankeparter ikke har rett til å holde hund i leilighetene. De har likevel fortsatt å holde hund og har nektet å rette seg etter generalforsamlingens lovlige vedtak. Dette må jeg anse som et vesentlig mislighold av leieavtalen ”

At subjektiv skyld må tillegges vekt, henger til dels sammen med hensynet til misligholderen og ønsket om at han ikke skal rammes uforholdsmessig, men også med hensynet til kreditor. Dersom misligholderen er sterkt å bebreide, er dette i seg selv et argument for at kreditor må slippe å bli påtvunget et fortsatt samarbeid ved at kontrakten blir stående. Hensynet er særlig tungtveiende i langvarige kontraktsforhold som etablerer et fastere samarbeidsforhold mellom partene, eksempelvis i selskapsforhold, jfr. For så vidt Rt. 1969 s. 878. I slike kontraktsforhold vil illojalitet fra misligholderen ødelegge grunnlaget for tilliten og dermed for fortsettelsen av kontraktsforholdet.⁴⁹

I Rt. 1919 s. 273 hadde en agent interessekonflikter som gjorde at han prioriterte en annen oppdragsgiver. Dette ga grunnlag for å heve avtalen som førstvoterende sier på side 275f: ”

⁴⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 419.

⁴⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.419.

selv om man gaar ut fra, at Boe ved sit forhold ved de nævnte leiligheter ikke forfulgte nogen personlig egeninteresse... og man videre finder, at han derved heller ikke likefrem paaførte selskapet nogen direkte paaviselig skade, saa mener jeg, at en saadan optræden fra disponentens side maa betegnes som et tillidsbrudd, der uanset sine følger forresten, maaatte avføde en følelse av utryghet og mistillid, som maatte gjøre et fortsat forhold mellem Boe og selskapet ganske umulig ”. ⁵⁰

PECL art.8:103 er formodentlig skrevet spesielt med sikte på denne type relasjoner, når det heter at bruddet er ”fundamental”, dersom ” the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that he cannot rely on the other partys future performance ”, samtidig som de to eksemplene, illustration 5 og 6, på gjennomslaget for bestemmelsen, gjelder typisk langvarige samarbeidsavtaler. ”A, who has contracted to sell Bs goods as Bs sole distributor and has undertaken not to sell goods in competition with those goods, nevertheless contracts with C to sell Cs competing goods. Although As efforts to sell Cs goods are entirely unsuccessful and do not affect his sales of Bs goods B may treat As conduct as a fundamental non-performance.” Videre angis at “Ps agent, A , who is entitled to reimbursement for his expenses, submits false vouchers to P. Although the amounts claimed are insignificant B may treat As behaviour as a fundamental non-performance and terminate his agency”.

Dette eksempelet fines også I UNIDROIT principles art. 7.3.1 (2), men da som illustrasjon av “ No reliance on future performance “

⁵⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.419.

4.5 Gjentakelsesfare

Hvis det er risiko for at misligholdet vil gjenta seg, vil dette være et argument for å kunne heve kontrakter som skal løpe for fremtiden, d.v.s. kontrakter om rateytelser og løpende forpliktelser. Lovregler om dette finnes bl.a. i kjøpsloven §§ 44 (2) og 56 om kjøp oppdelt i rater. Her gis hevningsrett også for fremtidige ytelser når kontraktsbruddet gir ” god grunn til å rekne med at det vil inntre kontraktsbrudd som vil gi hevningsrett ved senere leveringer ”. Det er ikke et vilkår for hevning i medhold av annet ledd at kjøperen hever også for den første levering;⁵¹

I motsetning til § 62 om antesipert mislighold er beviskravene oppfylt når det er ” god grunn ” til å regne med kontraktsbrudd, selv om dette ikke fremstår som ” klart ”(se punkt 4.8). Forskjellen har sammenheng med at kontraktsbruddet sier noe også om fremtidige forhold.⁵²

I enkelte kontraktstyper er prognoser om den fremtidige oppfyllelse avgjørende for hevningsspørsmålet. Dersom eksempelvis byggherren rettmessig vil heve en entreprisekontrakt p.g.a. forsinket eller mangelfull oppfyllelse fra entreprenøren (jfr. NS 3430 pkt. 34.1 og bustadsoppføringslova §§ 20 og 34), må det være fordi byggherren har skjellig grunn til å frata entreprenøren ennå ikke utført arbeid. Det avgjørende blir derfor om det hittil utførte kan tas som indisium på at entreprenøren ikke vil lykkes i å fullføre de gjenstående arbeider etter kontraktens krav om leveringstid og kvalitet. I forarbeidene til bustadsoppføringslova fremholdes det således at ” det i entrepriseforhold og andre varige avtaleforhold særleg må leggjast vekt på kva mishaldet tyder på med omsyn til partens evne

⁵¹ Se Bergem og Rognlien s. 248f.

⁵² Hagstrøm, Obligasjonsrett s.420.

og vilje til å oppfylle resten av avtalen korrekt. I den vurderinga blir karakteren og omfanget av det aktualiserte mishaldet berre eitt av fleire moment"⁵³. Satt på spissen bygges altså hevningsretten mer på antesipert enn på aktuelt mislighold.⁵⁴

4.6 Alternative misligholdsbeføyelser

”Dersom kontraktsbruddet utløser rett til andre misligholdskrav, så som prisavslag eller erstatning, som i hvert fall gir kreditor delvis kompensasjon, kan dette tillegges betydning ved vesentlighetsbedømmelsen.”⁵⁵ Selv om setningen må anses sikker nok, er dette påpekt uttrykkelig i Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 98 der det heter at ” Det må også kunne leggjast vekt på om kjøparen si interesse kan bøtast på anna vis, t d ved skadebot ” og i rettspraksis se eks. Rt. 1998 s.1510 der det uttales på side 1518: ” Ved helhetsvurderingen må det etter min mening legges vekt på om et prisavslag, som alternativ til hevning, vil kunne gjenopprette de økonomiske konsekvensene av kontraktsbruddet og også gi en adekvat reaksjon på det kontraktsbruddet som foreligger ". Dette gjentas i Rt. 1999 s. 408 på side 422 " Etter mitt syn er det av betydning at kjøperen lenge syntes å ville nøye seg med å kreve prisavslag... Dette tyder på at også kjøperen har ansett et prisavslag som en tilfredsstillende løsning for henne".

Siden hevning gjennomgående rammer debitor hardt, kan det være en akseptabel mellomløsning å henvise kreditor til andre beføyelser dersom han langt på vei er hjulpet ved slike. Selv om mangelen ikke rent faktisk kan avhjelpes eller repareres ved prisavslag, kan et

⁵³ NOU 1992:9 s.81.

⁵⁴ Sandvik: kommentar til NS 3401 s. 248.

⁵⁵ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.420.

prisavslag åpne for alternative løsninger, jfr. Rt. 1999 s. 408 der behovet for garasjeplass måtte antas å kunne avhjelpes ved leie. På side 421: " Så lenge kjøperen vil kunne leie en slik plass, vil hennes behov for garasje bli dekket på samme måte som om garasjen hadde vært knyttet til hennes leilighet."

4.7 Individuelt skjønn

"Ettersom vesentlighetsbedømmelsen beror på et individuelt skjønn, lar det seg ikke gjøre å angi uttømmende hvilke momenter som kan være relevante i det enkelte tilfelle. Hensynene vil også variere med kontraktstypen og karakteren av kontraktsbruddet. Når eksempelvis byggherren krever hevning p.g.a. forsinkelse fra entreprenøren, må det legges vekt på hva byggherren kan oppnå ved å skifte entreprenør."⁵⁶

"Bygget må jo gjøres ferdig, og hevning innebærer nødvendigvis at en annen må overlates oppgaven. Et skifte vil alltid medføre et visst tidstap; dersom det i tillegg ikke finnes ledig kapasitet for øyeblikket, vil det kanskje oppstå ytterligere forsinkelser slik at hevning vil være lite effektivt. Dette vil i så fall tale mot hevningsrett. Slike betraktninger har ingen vekt i ordinære kjøp, men de kan tenkes å være relevante i eksempelvis tilvirkningskjøp der bestilleren fortsatt har behov for produktet."⁵⁷

⁵⁶ Hagstrøm: Entrepriserett s.71.

⁵⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.421.

Rt.1923 s.468 "furustav-dommen" uttrykte det slik på side 470: " Spørsmålet om, hvorvidt en kjøper har adgang til at hæve kjøpet paa grund av mangler ved salgsgjenstanden, maa avgjøres konkret under hensyn til de i det enkelte tilfælde foreliggende særlige forhold.."

4.8 Hevingsvurderingen ved antesipert mislighold

"Undertiden vil rett til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende oppstå selv om et "aktuelt" mislighold ikke foreligger, men må forventes (kan antesiperes) og kan foregripes. I slike tilfelle tales det om antesipert mislighold."⁵⁸

Situasjonen blir da: En part vil heve som følge av et påstått, men ikke oppstått, kontraktsbrudd i fremtiden. Spørsmålet blir da om det er mulig å heve en kontrakt når man forventer et kontraktsbrudd? Og hvis det er mulig hvor stor grad av sannsynlighet skal kreves for at hevningvilkåret vil bli oppfylt i fremtiden?

Etter både Norsk rett og UNIDROIT er det mulig å heve en kontrakt på grunnlag av antesipert mislighold, (de aktuelle paragrafer og artikkel vil bli vist til nedenfor) så det sentrale spørsmålet blir hva skal til for å kunne heve en kontrakt på grunnlag av forventet kontraktsbrudd.

⁵⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.589.

”Den tradisjonelle oppfatning med forankring i kjøpsloven av 1907 har vært at hevningsrett betinger en meget høy grad av sannsynlighet for at vesentlig mislighold vil inntreffe: beviskravet inspirert av Almen - ble gjerne formulert slik at det måtte foreligge en til visshet grensende sannsynlighet. Det strenge beviskravet må også ses på bakgrunn av at når først vilkårene for hevning foreligger, behandles det antesiperte misligholdet på linje med et aktuelt mislighold, slik at det eks. er adgang til å kreve erstatning.”⁵⁹

I kjøpsloven § 62, som har vært forbilde for de senere lovbestemmelser om hevningsrett ved antesipert mislighold, er beviskravet at det er "klart" at det vil inntre kontraktsbrudd som vil gi en part hevningsrett. Hvor stor sannsynlighet for kontraktsbrudd som kreves, fastlegges ved ordene: ”... klart at det vil inntre kontraktsbrudd ...”. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at sannsynlighetskravet her er strengt, og at det kreves meget stor sannsynlighet for kontraktsbrudd.

Etter ordlyden er det åpent hvorvidt bestemmelsen krever at det med sikkerhet eller tilnærmet sikkerhet skal kunne fastslås at kontraktsbrudd vil inntre, eller om det er tilstrekkelig med en noe lavere sannsynlighetsgrad enn dette.

Forarbeidene sier at " Kravet til sannsynlighet er sterkt, jfr. uttrykket "klart". Det kreves altså større sannsynlighet her enn i forhold til § 61 om rett til å innstille oppfyllelsen ".⁶⁰

De andre kontraktsrettslige lovene krever også at det er "klart" at vesentlig mislighold vil inntre, jfr. Avhl. § 6-2, Hvtjl. §§ 15(3) og 26(2), Pakkereisel. § 5-1(1), Husleiel. §2-12(2),

⁵⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s.592-593.

⁶⁰ Ot.prp.nr.80(1986-87)s.113.

Bustadsoppfl. §§ 20 (1)(2), 34(1)(2) og 57(1)(2), NS 3430 pkt.34.1.1 og pkt. 34.2.1 og NS 8405 pkt.30.2

Kjøpsloven § 62 svarer til CISG artikkel 72. Sistnevnte fastslår i første ledd følgende om hevingsretten: ”If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.”

Sannsynlighetskravet kan utledes av formuleringen “it is clear”, i den sidestilte franske versjonen ”il est manifeste”. Også etter konvensjonen må det være klart at kontraktsbrudd vil inntre.⁶¹ En naturlig forståelse av ordlyden, både den engelske og kanskje særlig den franske versjonen, tilsier at det kreves en svært høy grad av sannsynlighet for kontraktsbrudd. Leser i Schlechtriem uttaler om sannsynlighetskravet at:”... there must nevertheless be a very high degree of probability, an obvious risk that is evident to persons generally.”⁶²

Ordet "klart" innebærer at det som sagt må foreligge en veldig høy grad av sannsynlighet, og denne sannsynligheten må i utgangspunktet være objektiv. En part har altså ikke rett til å heve bare fordi situasjonen for ham fremsto slik at det var klart at mislighold ville inntre.

Rt. 1987 s. 1205, inneholder en uttalelse om beviskravet ved antesipert mislighold. I saken var en hotelleiendom overdratt, hvorpå selgeren blant annet gjorde gjeldende at hun måtte anses ubundet på grunn av antesipert mislighold. På side 1212:” Jeg tviler på at det kan være

⁶¹ Bergem og Rognlien, 1995, s.589.

⁶² Leser i Schlechtriem, 1998, s.536.

materiell adgang til å bringe spørsmålet om antesipert mislighold inn på dette sene tidspunktet. Men under enhver omstendighet måtte det kreves særdeles sterkt bevis for at Stenberg virkelig var ute av stand til å betale.”

UNIDROIT principles art.7.3.3 inneholder et generelt prinsipp om hevningsrett ved antesipert mislighold og den bygger på CISG art. 72 som igjen er forbildet for kjøpsloven § 62.

UNIDROIT Principles art.7.3.3 fastslår følgende "Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract.”

Kommentaren sier "This article establishes the principle that a non-performance which is to be expected is to be equated with a non-performance which occurred at the time when performance fell due. It is a requirement that it be clear that there will be non-performance; a suspicion, even a well-founded one, is not sufficient. Furthermore, it is necessary that the non-performance be fundamental and that the party who is to receive performance give notice of termination. An example of anticipatory non-performance is the case where one party declares that it will not perform the contract; however, the circumstances also may indicate that there will be a fundamental non-performance."

Som illustrasjon nevnes: "A promises to deliver oil to B by M/S Paul in Montreal on 3 February. On 25 January M/S Paul is still 2,000 kilometres from Montreal. At the speed it is making it will not arrive in Montreal on 3 February, but at the earliest on 8 February. As time is of the essence, a substantial delay is to be expected, and B may terminate the contract before 3 February."

Kommentaren fremholder at antesipert mislighold skal likestilles med aktuelt mislighold. Ifølge norsk rett er situasjonen det samme og innebærer at reglene om erstatning også gjelder her, selv om det ikke spesifikt nevnes verken i UNIDROIT eller norsk rett.

Bevis kravet er her som i norsk rett "clear" eller klart at det vil inntre kontraktsbrudd. Kommentaren sier direkte at en "well founded" mistanke ikke tilfredstiller kravet til at det må være klart at det vil inntreffe et kontraktsbrudd. Ordet klart er et sterkt ord og det skal som i norsk rett mye til for å kunne heve en kontrakt pga. antesipert mislighold. Kommentaren nevner som eksempel de gangene den parten som vet at han kommer til å misligholde en kontrakt selv innrømmer dette. Ellers gis det et eksempel hvor man vet med sikkerhet at en båt ikke vil kunne nå destinasjonsstedet i tide. Det er objektivt umulig å oppfylle kontrakten og det er mulig å finne det ut.

Kommentaren sier videre at misligholdet må være vesentlig og at det må gis "notice of termination" jfr. art. 7.3.2. Dette er i og for seg overflødig å si når det allerede er sagt at et antesipert mislighold skal sidestilles med et aktuelt mislighold. I norsk rett er ikke dette nevnt men det gjelder selvfølgelig også her at det antesiperte misligholdet må være vesentlig og at det må gis varsel om heving.

Principles of European Contract Law, PECL, artikkel 9:304 oppstiller for antesipert mislighold en regel med tilnærmet identisk ordlyd som UNIDROIT Principles artikkel 7.3.3. Illustrerende for det strenge beviskravet er beskrivelsen av det forventede kontraktsbrudd som berettiger heving av kontrakten: "anticipatory non-performance", by which is meant an obvious unwillingness or inability to perform ..." Beviskravet kommenteres videre slik:

“In order for this Article to apply it must be clear that a party is not willing or able to perform at the due date. If its behaviour merely engenders doubt as to its willingness or ability to perform the other party’s remedy is to demand an assurance of performance under Article 8:105.”

Beviskravet er altså veldig strengt etter alle de ovennevnte rettskilder, men det kan ikke legges til grunn et krav om sikkerhet for at kontraktsbrudd vil inntre.

5. UNIDROIT: fundamental non-performance

UNIDROIT Principles art.7.3.1 (1) “A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.” Etter dette kan en kontraktspart altså heve kontrakten hvis kontraktsbruddet kan sies å utgjøre en fundamental non-performance.

Etter art.7.1.1 er “non-performance” definert som "failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance."

Kommentaren sier: “..Particular attention should be drawn to two features of the definition. The first is that "non-performance" is defined so as to include all forms of defective performance as well as complete failure to perform. So it is non-performance for a builder to erect a building which is partly in accordance with the contract and partly defective or to

complete the building late. The second feature is that for the purpose of the Principles the concept of " non-performance" includes both non-excused and excused non-performance."⁶³

Begrepet non-performance inkluderer således både mangler og forsinkelse. Det inkluderer også både unnskyldelige og ikke unnskyldelige mangler og forsinkelse. Som eks på unnskyldelig non-performance kan nevnes art. 7.1.2 (interference by the other party) og art. 7.1.7 (Force majeure)

En kontraktspart kan ikke kreve erstatning eller kreve oppfyllelse når det dreier seg om en unnskyldelig kontraktsbrudd men man kan heve kontrakten se Art. 7.3.1(1)

Kommentaren til art.7.3.1.(1) sier: " The rules set out in this section are intended to apply both to cases where the non-performing party is liable for the non-performance and to those where the non-performance is excused so that the aggrieved party can claim neither specific performance nor damages for non-performance. Som illustrasjon nevnes: A, a company located in country X, buys wine from B in country Y. The Government of country X subsequently imposes an embargo upon the import of agricultural products from country Y. Although the impediment cannot be attributed to A, B may terminate the contract.

Videre sier kommentaren: whether in a case of non-performance by one party the other party should have the right to terminate the contract depends upon the weighing of a number of considerations. On the one hand, performance may be so late or so defective that the aggrieved party cannot use it for its intended

⁶³ UNIDROIT Principles s.193

purpose, or the behaviour of the non-performing party may in other respect be such that the aggrieved party should be permitted to terminate the contract.

On the other hand, termination will often cause serious detriment to the non-performing party whose expenses in preparing and tendering performance may not be recovered. For these reasons para. (1) of this article provides that an aggrieved party may terminate the contract only if the non-performance of the other party is "fundamental" i.e. material and not merely of minor importance.⁶⁴

Om kontraktsbruddet utgjør en "fundamental non performance" skal etter dette bero på en nokså sammensatt helhetsvurdering hvor forskjellige hensyn må veies mot hverandre.

I UNIDROIT Principles art. 7.3.1 (2) litra a til e er det opplistet en del momenter for vurderingen av om det foreligger fundamental non-performance. Men listen er ikke uttømmende da det sentrale er om mangelen eller forsinkelsen kan sies å utgjøre en fundamental non-performance.

⁶⁴ UNIDROIT Principles s.221

6. Vesentlighetsvurderingen I UNIDROIT

6.1 Non- performance substantially depriving the other party of its expectations

UNIDROIT principles art 7.3.1 (2) (a)” The non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such a result”

The first factor referred to in para. (2)(a) is that the non-performance is so fundamental that the aggrieved party is substantially deprived of what it was entitled to expect at the time of the conclusion of the contract. Illustrasjon: On 1 May A contracts to deliver standard software before 15 May to B who has requested speedy delivery. If A tenders delivery on 15 June, B may refuse delivery and terminate the contract.

Utgangspunktet for vurderingen skal her som i norsk rett være kontrakten og avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse,” was entitled to expect under the contract”. Det er kontrakten som gir føringer for hvorvidt det foreligger fundamental non-performance. Tidspunktet for

vurderingen er kontraktsinngåelsen. Kravet til fundamental non-performance innebærer at avviket fra riktig oppfyllelse ikke kan være ubetydelig

Videre: "The aggrieved party cannot terminate the contract if the non-performing party can show that it did not foresee, and could not reasonably have foreseen, that the non-performance was fundamental for the other party". A undertakes to remove waste from B`s site during 1992. B fails to inform A that B has hired excavators at high cost to begin work on the site on 2 January 1993. B cannot terminate its contract with A on the ground that A had not cleared the site on 2 January.

Dette er uttrykk for ett innsiktsrekvisitt (synbarhetsrekvisitt). Det innebærer at man kan ikke heve en kontrakt hvis den andre part ikke så eller ikke "reasonably could have foreseen" at "the non-performance" var fundamental for den annen part. Det avgjørende er altså hva debitor så eller skulle ha sett var viktig for kreditor. Hva har misligholderen grunn til å regne med som betydningsfullt?

Tilsvarende bestemmelse finnes i CISG art. 25 som fastslår at "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result"

6.2 Strict performance of contract of essence

UNIDRUIT principles art.7.3.1 (2)(b) fastsetter at det må legges vekt på hvorvidt "strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract"

Kommentaren fremhever at: " Para. (2)(b) looks not at the actual gravity of the non-performance but at the nature of the contractual obligation for which strict performance might be of essence. Such obligations of strict performance are not uncommon in commercial contracts. For example, in contracts for the sale of commodities the time of delivery is normally considered to be of the essence, and in documentary credit transactions the documents tendered must confirm strictly to the terms of the credit".

Dette punktet omhandler at det må legges vekt på om hvorvidt kontraktsbruddet gjelder det som er særlig viktig for avtalen. I enkelte kontraktsforhold, kan således forholdene tilsi at nøyaktig overholdelse av kontrakten er av særskilt viktighet, slik at mislighold lett blir en fundamental non-performance.

Noen ganger følger det av hele kontraktsforholdet at ytelsen mister sin verdi hvis ikke oppfyllelse skjer til nøyaktig tid. Bestiller man for eksempel en drosje for å rekke et fly og drosjen ikke kommer som avtalt, kan man heve avtalen og ta en annen drosje. Også ellers kan et tilsynelatende ubetydelig avvik fra spesifisering innebære at misligholdet anses vesentlig- i en bestilt maskin del kan for eksempel en millimeters underdimensjonering være nok til å gjøre delen ubrukbar.

Avtaler hvor helt nøyaktig oppfyllelse (enten det nå er tiden eller ytelsen ellers) er av avgjørende betydning, kalles undertiden ”fiksforretninger”.

6.3 Intentional non-performance

Etter UNIDROIT principles art. 7.3.1 (2)(c) skal det videre legges vekt på hvorvidt ” The non-performance is intentional or reckless”. Kommentaren fremhever at ”Para. (2)(c) deals with the situation where the non-performance is intentional or reckless. It may, however, be contrary to good faith (art.1.7) to terminate a contract if the non-performance, even though committed intentionally, is insignificant”.

Denne artikkelen tar for seg forhold på misligholderens (debtors) side og bestemmer at det skal legges vekt på om "the non-performance" er "intentional or reckless ". Det er klart at det ikke er særlig god grunn (beskyttelsesverdig) å ta hensyn til en kontraktspart som er uforsiktig eller begår kontraktsbrudd med overlegg.

Men i artikkelens del to sies det at det kan stride mot " good faith " å terminere en kontrakt selv om "the non performance is intentional " hvis mangelen eller forsinkelsen er ubetydelig.(Artikkelen del to nevner ikke reckless fordi intentional uansett er sterkere enn reckless)(Se også PECL art.8:103 litra c .) Etter ordlyden virker det som om " the non-performance " ikke trenger å være "fundamental" når " the non-performance" er " intentional or reckless " ettersom kommentaren sier at " It may be contrary to good faith to terminate...even though committed intentionally, is insignificant " .

6.4 No reliance on future performance

UNIDROIT Principles art. 7.3.1 (2) (d) fremhever at det må legges vekt på hvorvidt ” the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance ”.Kommentaren sier: “Under para.(2)(d) the fact that non-performance gives the other party reason to believe that it cannot rely on the other party`s future performance is of significance. If a party is to make its performance in instalments, and it is clear that a defect found in one of the earlier performances will be repeated in all performances,the aggrieved party may terminate the contract even if the defects in the early instalments would not of themselves justify termination. Sometimes an intentional breach may show that a party cannot be trusted.”

Som eksempel: “A, the agent of B, who is entitled to reimbursement for expenses, submits false vouchers to B. Although the amounts claimed are insignificant, B may treat A`s behaviour as a fundamental non-performance and terminate the agency contract.”

Gir kontraktsbruddet kreditor grunn til å tro at dette vil skje igjen? Vi snakker om gjentakelsesfare. Hvis det er fare for at misligholderen vil gjenta misligholdet er dette et viktig moment i vurderingen av om det foreligger en fundamental non-performance.

Dette momentet er særlig aktuelt når det dreier seg om langvarige kontrakter.

6.5 Disproportionate loss

I UNIDROIT Principles art. 7.3.1 (2) (e) skal det “ in particular “ sees hen til hvorvidt “ the non-performing party will suffer a disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated “.Kommentaren fremholder at “ Para. (2)(e) deals with the situation where a party who fails to perform has relied on the contract and has prepared or tendered performance. In these cases regard is to be had to the extent to which that party suffers disproportionate loss if the non-performance is treated as fundamental. Non-performance is less likely to be treated as fundamental if it occurs late, after the preparation of performance, than if it occurs early before such preparation. Whether a performance tendered or rendered can be of any benefit to the non-performing party if it is refused or has to be returned to that party is also of relevance.”

Som eksempel angis: “On 1 May A undertakes to deliver software which is to be produced specifically for B. It is agreed that delivery shall be made before 31 December. A tenders delivery on 31 January, at which time B still needs the software, which A cannot sell to other users. B may claim damages from A, but cannot terminate the contract.”

Dette momentet minner om det norske hensynet til debitor. Her skal det legges vekt på om debitor " will suffer a disproportionate loss ". Det skal altså tas hensyn til om debitor vil tape mye økonomisk på å få et hevningskrav mot seg. Kommentaren fremhever at det er mindre sannsynlighet for at et kontraktsbrudd skal anses som "fundamental" hvis det inntreffer sent etter " the preparation of performance ".

7. Sammenligning

Både norsk rett og UNIDROIT tar utgangspunkt i kontrakten og ser på avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse når innholdet i vesentlig kontraktsbrudd og fundamental non-performance skal fastlegges. I Rt. 1998 s.1510 uttales det på side 1518:” Utgangspunktet og det sentrale moment i vurderingen er det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse – dvs. den objektive mangelen ved eiendommen, og da både mangelens karakter og mangelens omfang ”.

UNIDROIT principles art 7.3.1 (2) (a) sier at ved vesentlighetsvurderingen skal det først og fremst legges vekt på hvorvidt” The non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract”. Kontrakten er således den sentrale målestokken på om hvorvidt det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd.

Videre er det etter norsk rett viktig å se på den faktiske betydning for kreditor jfr. eks. Rt.1999 s.408 som på side 422 sier " Den manglende garasje plass rammet ikke kjøperen på samme måte som om leiligheten hadde tilhørt en sentral bygård". Den faktiske betydning for kreditor må avgjøres etter en individuell vurdering. Det kan gi utslag begge veier.

Forholdet må være synbart – innsiktsrekvisitt, hva har misligholderen grunn til å regne med som betydningsfullt? Dette er et punkt som UNIDROIT ikke uttrykkelig nevner men UNIDROIT principles art 7.3.1 (2) (a) sier at det skal legges vekt på om” The non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under

the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foresee such a result". Det innebærer at man kan ikke heve en kontrakt hvis den andre part ikke så eller ikke "reasonably could have foreseen" at "the non-performance" var fundamental for den annen part.

Neste punkt i vesentlighetsvurderingen som Høyesterett legger vekt på er virkningen for debitor. Det er særlig tidsaspektet og det økonomisk tap det tas hensyn til jfr. for eks. Rt.1998 s. 1510 som sier på side 1519 " Et sentralt moment i helhetsvurderingen i denne saken er tidsforløpet" og Rt. 1999 s. 408 på side 422 der det fremholdes at " Tidsforløpet vil også kunne ha betydning for selve hevningsadgangen. Det rammer selgeren hardere når et hevningskrav først fremsettes etter lang tid". Dette legger også UNIDROIT vekt på i form av en vurdering om det foreligger "disproportionate loss" for debitor. Det er således etter UNIDROIT det økonomiske aspektet det her skal tas hensyn til. Vil det medføre urimelige kostnader for debitor å få et hevningskrav mot seg.

Årsaken til kontraktsbruddet er også et moment Høyesterett vurderer. Dersom kontraktsbruddet skyldes forhold misligholderen kan bebreides for, er det mindre betenkelig å tillate hevning. (Omvendt kan god tro gjøre misligholdet mer unnskyldelig, jfr. Rt. 1925 s. 668.) Særlig gjelder dette om det er utvist grov skyld. Svik, d.v.s. bevisst uredelighet, har gjerne vært ansett som tilstrekkelig hevningsgrunn.

Dette er også uttalt i UNIDROIT principles art. 7.3.1 (2)(c) hvor det skal legges vekt på hvorvidt " The non-performance is intentional or reckless". Det er klart at det ikke er særlig god grunn (beskyttelsesverdig) å ta hensyn til en kontraktspart som er uforsiktig eller begår kontraktsbrudd med overlegg. Men kommentaren fremhever at" Para. (2)(c) deals with the situation where the non-performance is intentional or reckless. It may, however, be contrary

to good faith (art.1.7) to terminate a contract if the non-performance, even though committed intentionally, is insignificant.

I norsk rett har vi i Ot.prp.nr.66(1990-91) s.108 noe som ligner på dette i tilknytning til bestemmelsen i avhendingslova § 4-13. Mot at svik er en ubetinget hevningsgrunn, påpekes at ” Heller ikkje vil det alltid vere rimeleg om kjøparen skulle kunne seie seg løyst frå avtala i eitkvart tilfelle der seljaren har fare slik åt. Dette vil kunne vere tilfelle der sviken gjeld eit lite vesentleg omstende i samband med avtala totalt sett. Derimot vil svik eller særleg klanderverdig fremferd frå seljaren si side så godt som alltid kome inn som moment av stor vekt ved vurderinga av om avtalebrotet er ”vesentleg” ”. Dersom misligholderen forsettlig har satt seg utover kontraktens bestemmelser, kan det være tungtveiende, selv om det dreier seg om mislighold av biforpliktelse eller lignende”.

Gjentagelsesfare er et annet moment Høyesterett vurderer. Hvis det er risiko for at misligholdet vil gjenta seg, vil dette være et argument for å kunne heve kontrakter som skal løpe for fremtiden, d.v.s. kontrakter om rateytelser og løpende forpliktelser. Lovregler om dette finnes bl.a. i kjøpsloven §§ 44 (2) og 56 om kjøp oppdelt i rater. Her gis hevningsrett også for fremtidige ytelser når kontraktsbruddet gir ” god grunn til å rekne med at det vil inntre kontraktsbrudd som vil gi hevningsrett ved senere leveringer ”. UNIDROIT Principles art. 7.3.1 (2) (d) fremhever at det må legges vekt på hvorvidt ” the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other partys future performance ”. Gjentagelsesfare er således et sentralt moment etter særlig UNIDROIT men også langvarige kontrakter i norsk rett.

Alternative misligholdsbeføyelser er et annet moment Høyesterett vurderer se Rt. 1998 s.1510 der det uttales på side 1518: ” Ved helhetsvurderingen må det etter min mening legges vekt på

om et prisavslag, som alternativ til hevning, vil kunne gjenopprette de økonomiske konsekvensene av kontraktsbruddet og også gi en adekvat reaksjon på det kontraktsbruddet som foreligger ". Dette er et punkt som UNIDROIT ikke spesifikt nevner som grunn det skal legges vekt på i avgjørelsen om kontraktsbruddet kan sies å utgjøre en fundamental non-performance.

Vesentlighetsbedømmelsen beror etter både norsk rett og UNIDROIT på et individuelt skjønn, derfor lar det seg ikke gjøre å angi uttømmende hvilke momenter som kan være relevante i det enkelte tilfelle. Hensynene vil variere med kontraktstypen og karakteren av kontraktsbruddet. Rt.1923 s.468 " furustav-dommen uttrykte det slik på side 470: " Spørsmålet om, hvorvidt en kjøper har adgang til at hæve kjøpet paa grund av mangler ved salgsgjenstanden, maa avgjøres konkret under hensyn til de i det enkelte tilfælde foreliggende særlige forhold.."

Om kontraktsbruddet utgjør en "fundamental non performance" skal etter UNIDROIT bero på en nokså sammensatt helhetsvurdering hvor forskjellige hensyn må veies mot hverandre.

I UNIDROIT Principles art. 7.3.1 (2) litra a til e opplistes en del momenter for vurderingen av om det foreligger fundamental non-performance. Men listen er ikke uttømmende da det sentrale er om mangelen eller forsinkelsen kan sies å utgjøre en fundamental non-performance.

8. Litteraturliste

Arnholm: Privatrett III

Augdahl: Obligasjonsrett

Bergem og Rognlien: Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp, kommentar, 1995

Berger: The Creeping Codification of the Lex Mercatoria

Hagstrøm: Entrepriserett, utvalgte emner, 1997

Hagstrøm: Obligasjonsrett, 2003

Hov,Jo : Avtalebrudd og Partsskifte, Kontraktsrett II, 2007

International court of Arbitration: UNIDROIT Principles of international commercial contracts

International Institute for the Unification of private law, UNIDROIT Principles of international commercial contracts, 2004

Lassen: Obligationsretten

Sandvik: Kommentar til NS 3401

Schlechtriem: Commentary on the UN convention on the International Sale of Goods, 1998

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>

9. Domsregister

Rt.1912 s.92

Rt.1914 s.295

Rt.1919 s.273

Rt.1920 s.1

Rt.1921 s.285

Rt1921 s.513

Rt.1922 s.308

Rt.1923 s.468

Rt.1925 s.484

Rt.1925 s.566

Rt.1925 s.668

Rt.1926 s.791

Rt.1926 s.832

Rt.1927 s.43

Rt.1927 s.666

Rt.1927 s.964

Rt.1934 s.249

Rt.1937 s.985

Rt.1953 s.449

Rt.1956 s.664

Rt.1958 s.591

Rt.1965 s.159

Rt.1969 s.878

Rt.1973 s.375

Rt.1977 s.97

Rt.1978 s.767

Rt.1978 s.1484

Rt.1980 s.29

Rt.1980 s.901

Rt.1980 s.1586

Rt.1981 s.379

Rt.1983 s.1004

Rt.1987 s.1205

Rt.1988 s.134

Rt.1997 s.1586

Rt.1998 s.1510

Rt.1999 s.408

U 1936 s.1098 H

U 1957 s.348 H

U 1974 s.71

U 1985 s.334 H

NJA 1991 s.217

10. Forarbeider

Ot.prp.nr.66 (1990-91) s.98

Ot.prp.nr.66 (1990-91) s.108

Ot.prp.nr.80 (1986-87) s.91

Ot.prp.nr.80 (1986-87) s.113

NOU 1992:9 s.81

NOU 1993:4 s.28

11. Lovregister

Avhendingslova – Lov 3 juli 1992 nr.93

Avtaleloven – Lov 31 mai 1918 nr.4

Bustadsoppføringslova – Lov 13 juni 1997 nr.43

CISG, FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp

Forbrukerkjøpsloven – Lov 13 mai 1988 nr.27

Husleieloven – Lov 26 mars 1999 nr.17

Håndverkertjenesteloven – Lov 16 juni 1989 nr.63

Kjøpsloven – Lov 13 mai 1988 nr.27

NS 3430

NS 8405

Pakkereiseloven – Lov 25 august 1995 nr.57

Panteloven – Lov 8 februar 1980 nr.2

PECL - Principles of European contract law

Selskapsloven – Lov 21 juni 1985 nr.83

UNIDROIT Principles of international commercial contracts

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>