

Avvisning av realytelsen i kontraktsforhold

Kandidatnummer: 206

Antall ord: 14 727



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2022

Innhold

1	Innledning.....	3
1.1	Temaet for fremstillingen.....	3
1.2	Konsekvensene av rettmessig og urettmessig avvisning.....	4
1.3	Hensyn og interesser som gjør seg gjeldende ved avvisningsspørsmålet	6
1.4	Fremstillingen videre.....	8
2	Avvisning i entreprisekontrakter	9
2.1	Innledningsvis om entreprisekontrakter	9
2.2	Avtaler mellom forbruker og entreprenør om oppføring av bolig	9
2.3	Entrepriseavtaler mellom profesjonelle parter	12
2.4	Andre entrepriseavtaler mellom forbruker og entreprenør	14
2.5	Avvisningsrett som alminnelig entrepriserettslig prinsipp?.....	18
3	Avvisning i andre avtaler som gjelder fast eiendom	20
3.1	Innledningsvis om andre avtaler som gjelder fast eiendom	20
3.2	Adgangen til å nekte å overta husrommet ved husleieavtaler	20
3.3	Avvisning ved kjøp av fast eiendom	22
3.4	Avvisning ved avtaler om leie av tomt.....	25
3.5	Generelt om avvisning i avtaler som gjelder fast eiendom	28
4	Avvisning ved avtaler som gjelder tilvirkningskjøp	30
4.1	Innledningsvis om tilvirkningskjøp.....	30
4.2	Tilvirkningskjøp regulert av kjøpsloven	30
4.2.1	Forholdet til alminnelig kjøp.....	34
4.2.2	Avvisning ved internasjonale tilvirkningskjøp	35
4.2.3	Tilvirkningskjøp regulert av forbrukerkjøpsloven	37
4.3	Tilvirkningskjøp i petroleumssektoren.....	39
4.4	Avtaler om tilvirkning av dataprogrammer.....	40

5	Avvisning som alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp?	44
5.1	Innledningsvis om alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper	44
5.2	Det rettslige grunnlaget for avvisningsrett på tvers av kontraktstypene	44
5.3	Rettspolitiske bemerkninger	45
	Kilderegister	47

1 Innledning

1.1 Temaet for fremstillingen

Temaet for denne fremstillingen er avvisning av realytelsen i kontraktsforhold. Avvisning av realytelsen innebærer at en part et avtaleforhold ikke godtar den andre partens forsøk på å oppfylle sin kontraktsforpliktelse, med den virkning at oppfyllelse ikke har funnet sted.¹ Et eksempel kan være illustrerende. En kjøper møter til overtakelsesforretning for å overta sin nyoppførte bolig, og oppdager at boligen ikke har varmtvann. Dersom kjøperen nekter å overta boligen frem til entreprenøren utbedrer forholdet, vil det foreligge en avvisning.

Det kan være flere grunner til at en realkreditor ønsker å avvise realytelsen. Det kan for eksempel være at realytelsen er så mangelfull eller forsinket at realkreditor vil heve avtalen. Da vil ikke realkreditor være forpliktet til å overta realytelsen.² Det samme gjelder dersom realkreditor krever omlevering, siden det innebærer at realdebitor skal levere en ny og tilsvarende realytelse. I slike tilfeller beror retten til avvisning på om vilkårene for heving eller omlevering er oppfylt. Det som er mer usikkert, er hvilken adgang realkreditor har til å avvise realdebitors oppfyllelsesforsøk, uten at det fremmes krav om heving eller omlevering. Da er det i realiteten en midlertidig avvisning, siden realkreditor ønsker å motta den samme realytelsen, men på et senere tidspunkt når realytelsen er kontraktsmessig.³ En forutsetning for at en slik avvisning, er at realkreditor kan kreve at realdebitor leverer en kontraktsmessig ytelse.⁴ Dersom det for eksempel foreligger en mangel som ikke kan avhjelpes, vil avvisning være utelukket.

Avvisningsspørsmålet kan oppstå i ulike situasjoner. Det kan for eksempel være at en realdebitor forsøker å levere en mangelfull ytelse, levere for tidlig, levere for mye eller for lite. Avvisningsspørsmålet kan også oppstå etter levering, for eksempel dersom en kjøper en kort stund etter overtakelse oppdager at realytelsen er så mangelfull at kjøperen krever omlevering. Denne fremstillingen vil fokusere på mangelstilfellene. Det sentrale spørsmålet er om en realkreditor kan avvise en mangelfull realytelse frem til realdebitor utbedrer manglene.

¹ Krüger (1999) s. 384, Simonsen (1999) s. 392-393 og Solvang (2015) s. 487.

² Augdahl (1978) s. 57 og Lilleholt (2017) s. 327.

³ Solvang (2015) s. 487.

⁴ Augdahl (1978) s. 57, Simonsen (1999) s. 393 og Solvang (2015) s. 488.

Problemstillingen er kun lovregulert i et fåtall av kontraktslovene, og ved flere kontraktstyper er det uklart om det foreligger rettslig grunnlag for en slik avvisningsrett.⁵

1.2 Konsekvensene av rettmessig og urettmessig avvisning

I kontraktsforhold vil realdebitors oppfyllelse utløse en rekke rettsvirkninger som har betydning for partenes rettigheter og plikter. Rettsvirkningene må vurderes konkret for den enkelte avtale, med utgangspunkt i hva partene har avtalt og hva som følger av bakgrunnsretten. To eksempler fra kontraktslovgivningen illustrerer sentrale oppfyllelsesvirkninger i ulike kontraktsforhold.

I kjøpsloven [kjl.] avgjør leveringstidspunktet om det foreligger forsinkelse eller ikke, jf. § 22.⁶ Det følger av kjl. § 13 (1) at «Risikoen går over på kjøperen når tingen er levert». Risikoen overgang innebærer at kjøperens plikt til å betale kjøpesummen ikke faller bort selv om realytelsen «går tapt, skades eller minskes som følge av hending som ikke beror på selgeren», jf. kjl. § 12. Ved overtakelse av realytelsen begynner den absolutte reklamasjonsfristen i kjl. § 32 (2) å løpe. Overlevering kan også ha betydning for selgers rett til å kreve at kjøper betaler for realytelsen, jf. kjl. § 49 (1).

I bustadoppføringslova [buofl.] er virkningene av overtakelse angitt i § 14 tredje ledd.⁷ Overtakelse medfører at risikoen for realytelsen går over fra entreprenøren til forbrukeren, jf. buofl. § 45, reklamasjonsfristene begynner å løpe, jf. § 30, dagmulkt opphører, jf. § 18, og entreprenøren kan kreve sluttoppgjør etter § 46. Tidspunktet for overtakelse er avgjørende for om det foreligger en forsinkelse eller ikke, jf. buofl. § 17 første ledd.

Felles for begge kontraktslovene er at realdebitors oppfyllelse vil medføre en overgang av risikoen for realytelsen, avbryte en eventuell forsinkelse, medføre at reklamasjonsfrister begynner å løpe, og ha betydning for realdebitors adgang til å kreve betaling. Kjøpsloven skiller seg imidlertid fra bustadoppføringslova ved at kjøper ikke kan kreve dagmulkt ved forsinkelse.

⁵ Krüger (1999) s. 384, Irgens-Jensen (2019) s. 268 og Hagstrøm m.fl. (2021) s. 654.

⁶ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.

⁷ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.

En rettmessig avvisning medfører at oppfyllelse ikke har funnet sted, og de rettsvirkninger som er knyttet til oppfyllelsen vil derfor ikke inntreffe. Dersom tidspunktet for oppfyllelse er nådd, og realkreditor rettmessig avviser realdebitors oppfyllelsesforsøk, vil det foreligge en forsinkelse som realdebitor er ansvarlig for.⁸

Dersom realkreditor avviser realytelsen uten å ha rett til det, er realkreditor ansvarlig for at realytelsen ikke leveres eller overtas. En forsinkelse som beror på realkreditor har i juridisk teori tradisjonelt blitt omtalt som kreditormora, men i nyere juridisk teori anses et slikt mislighold som et alminnelig avtalebrudd som gir realdebitor grunnlag for å rette krav mot realkreditor.⁹ Grunnlaget for å oppstille plikter for realkreditor og misligholdsbeføyelser for realdebitor, følger ofte av avtalen eller bakgrunnsretten. Et eksempel er kjl. § 50, hvor kjøperen har plikt til å «yte slik medvirkning som det er rimelig å vente av ham for at selgeren skal kunne oppfylle kjøpet, og [...] overta tingen ved å hente eller motta den.» Dersom kjøperen ikke oppfyller disse pliktene, kan selgeren etter omstendighetene kreve erstatning, jf. kjl. § 57, eller heve avtalen, jf. kjl. § 55.

Ved uenighet vedrørende rettmessigheten av en avvisning, bærer partene risikoen for sine standpunkter.¹⁰ Dette innebærer at feilaktige oppfatninger av hva som er en rettmessig avvisning, kan få store konsekvenser for partene. Det kan for eksempel innebære at den parten som tar et feilaktig standpunkt til avvisningen kan holdes ansvarlig for den andre partens kostnader i forbindelse med omsorg for realytelsen. Kjøpsloven har regler om partenes omsorgsplikt i §§ 72 og 73, og en omsorgsplikt vil etter omstendighetene kunne foreligge i ethvert kontraktsforhold. Et feilaktig standpunkt til avvisningsspørsmålet kan også få mer omfattende konsekvenser. Saksforholdet i Rt. 2007 s. 1587 A er illustrerende.¹¹ Kjøper nektet å overta en leilighet på grunn av tegn til fuktskader og lekkasje i taket, og krevde at selger utbedret forholdene. Retten mente at kjøperen ikke hadde grunnlag for å avvise leiligheten. Selgeren kunne derfor heve avtalen, selge leiligheten til en annen kjøper, og holde den opprinnelige kjøperen ansvarlig for tapet som dekningsalget medførte.

⁸ Krüger (1999) s. 384, Simonsen (1999) og 392-393 og Solvang (2015) s. 498.

⁹ Lilleholt (2017) s. 259-261 og Hagstrøm m.fl. (2021) s. 649-652.

¹⁰ Bergsåker (2013) s. 432, Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 523 og Bergem og Rognlien (2020) s. 279. Sistnevnte omtaler risikoen for eget standpunkt i forbindelse med tvist om heving eller omlevering, men det samme må gjelde ved avvisning.

¹¹ Bergsåker (2013) s. 433.

1.3 Hensyn og interesser som gjør seg gjeldende ved avvisningsspørsmålet

I et kontraktsforhold foreligger det presumptivt et rimelig forhold mellom det en part presterer i form av vederlag eller realytelse, og det parten mottar av henholdsvis realytelse og vederlag.¹² Hvis det senere viser seg at en av partene ikke oppfyller sine kontraktsrettslige forpliktelser, er det et grunnleggende siktemål å gjenopprette den opprinnelige balansen i kontraktsforholdet.¹³ Et sentralt spørsmål er derfor om avvisning er en reaksjon som er egnet til å ivareta balansen i et kontraktsforhold.

For det første må avvisningen fremstå som en rimelig reaksjon på det aktuelle kontraktsavviket.¹⁴ En realkreditor kan i en rekke tilfeller ønske å avvise en realytelse som ikke er kontraktsmessig. Dette kan skyldes et grunnleggende rasjonelt synspunkt om at man ikke ønsker en ufullstendig eller mangelfull ytelse. Det kan også skyldes at realkreditor anser det som fordelaktig å unngå at rettsvirkningene ved oppfyllelse inntreffer. En realdebitor kan for eksempel vurdere det som gunstigere å motta dagbøter enn å overta realytelsen, eller ønske å unngå at reklamasjonsfrister begynner å løpe. Det kan også være at overtakelse av realytelsen medfører betydelig arbeid og kostnader som realkreditor ønsker å utsette. Denne klare interessen en realkreditor kan ha i å avvise realdebitors oppfyllelsesforsøk, må imidlertid veies opp mot realdebitors ønske og behov for å levere realytelsen. For en realdebitor kan det også medføre uønskede rettsvirkninger, merarbeid og kostnader dersom oppfyllelsesforsøket blir avvist. Avvisning vil også kunne medføre at realkreditors betalingsplikt ikke utløses. Dette kan ramme realdebitor hardt, og særlig i tilfeller der realdebitor er i en presset økonomisk situasjon.¹⁵ Derfor bør en avvisningsrett kun foreligge i tilfeller der realkreditors interesse i avvisning står i et rimelig forhold til ulempene det vil medføre for realdebitor.

For det andre vil det være av betydning om avvisningsretten fremstår som en nødvendig reaksjon i kontraktsforhold, eller om det allerede foreligger alternative reaksjoner som i stor grad har samme konsekvenser. Dersom en realkreditor ønsker en kontraktsmessig realytelse,

¹² Anderssen (2016) s. 385.

¹³ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 89, Innst.O. nr. 71 (1991-1992) s. 2 og Selvig og Lilleholt (2019) s. 131.

¹⁴ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25, Bjerkem (2018) s. 234, Kaasen (2018) s. 522 og Selvig og Lilleholt (2019) s. 133.

¹⁵ Lilleholt (2017) s. 328.

er prisavslag til liten hjelp. Realytelsen vil fortsatt være mangelfull. Dersom en realkreditor derimot krever retting, og samtidig holder tilbake en del av vederlaget, vil dette pålegge realdebitor et oppfyllellespress som i stor grad har samme effekt som en avvisning av realytelsen. Likevel vil det etter omstendighetene være et behov for å avvise realdebitors oppfyllellesforsøk, slik at det vil foreligge en forsinkelse dersom tidspunktet for oppfyllelse er nådd. Dette gjelder særlig i tilfeller der realkreditor kan kreve dagmulker på bakgrunn av avtalen eller bakgrunnsretten. På dette punktet skiller avvisning seg fra tradisjonelle misligholdsbeføyelser som for eksempel prisavslag, erstatning eller omlevering. Avvisning er ikke en misligholdsbeføyelse i seg selv, men den gir realkreditor muligheten til å ensidig avgjøre at et kontraktsbrudd fra realdebitor utgjør en forsinkelse, istedenfor en mangelfull oppfyllelse.¹⁶

For det tredje må det legges vekt på hensynet til at partene i rimelig grad skal kunne forutse sin rettsstilling og kontraktsposisjon, selv om kontraktsforholdet ikke utvikler seg som tilsiktet. Forutberegnelighetshensynet er spesielt viktig ved oppfyllelse, siden oppfyllelse utgjør et sentralt skjæringspunkt for en rekke rettsvirkninger.¹⁷ Dette tilsier at rettsreglene som regulerer oppfyllelsen bør være klare.¹⁸ Dersom en realdebitor med liten grad av sikkerhet kan vite om oppfyllelsen blir godtatt eller avvist, vil det skape en usikkerhet i kontraktsforhold som ikke er ønskelig.

På en side kan avvisning virke konfliktskapende, og vanskeliggjøre avviklingen av partenes rettigheter og plikter i et kontraktsforhold. På en annen side kan det være gunstig for begge parter dersom oppfyllelsen utsettes til realytelsen er kontraktsmessig. Ved å avvise realdebitors oppfyllellesforsøk, kan partene løse uenigheter før oppfyllelsen, og dermed unngå at tvister oppstår i ettertid. Siden avvisning innebærer at oppfyllelse ikke har funnet sted, vil partene ha god grunn til å avklare hvilke forventninger som foreligger, og deretter oppfylle sine forpliktelser og avvikle kontraktsforholdet på en måte som begge parter er fornøyde med. Det er ikke tvilsomt at en avvisning ofte medfører betydelige ulemper for realdebitor. Ulempene kan imidlertid være små, sammenlignet med de ulempene det vil medføre om realkreditor fremmer krav på grunn av kontraktsavvikene etter at realytelsen er overtatt. Avvisningsretten er derfor et effektivt virkemiddel for å unngå langvarige og

¹⁶ Krüger (1999) s. 384.

¹⁷ NOU 1993: 4 s. 105.

¹⁸ Arvesen, Marthinussen og Giverholt (2014) s. 354 og Kaasen (2018) s. 521.

uproporsjonalt kostbare tvister i etterkant av oppfyllelsen, selv om det på avvisningstidspunktet kan medføre uforutsette kostnader og ulemper.

1.4 Fremstillingen videre

Fokuset i fremstillingen er realkreditors rett til å avvise realdebitors oppfyllelsesforsøk. Fremstillingen inneholder en analyse av hva som er gjeldende rett for utvalgte kontraktstyper, og hvilke konsekvenser en avvisning vil ha. Fremstillingen er strukturert slik at kontraktsforhold som har likhetstrekk omtales i samme kapitler. Årsaken til dette er at likheter i de særskilte hensyn og interesser som gjør seg gjeldende i kontraktstyper med likhetstrekk, kan være relevante for løsningen av rettslige problemstillinger på tvers av kontraktstypene.¹⁹ Avslutningsvis vurderes det om avvisningsretten utgjør et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp, etterfulgt av rettspolitiske synspunkter knyttet til avvisningsretten.

¹⁹ Alvik (2017) s. 390-394.

2 Avvisning i entreprisekontrakter

2.1 Innledningsvis om entreprisekontrakter

Entreprisekontrakter er kontraktsforhold der den ene parten påtar seg en forpliktelse om å utføre et bestemt bygge- eller anleggsarbeid for den andre parten.²⁰ Et særtrekk ved entreprisekontrakter er at det foreligger en stor grad av usikkerhet knyttet til den endelige realytelsen, siden progresjonen i arbeidet som begynner etter avtaleinngåelsen ikke kan garanteres å samsvare med det som er planlagt.²¹ I denne delen av fremstillingen gjøres det rede for den avvisningsretten som følger av lovgivningen ved avtaler mellom forbruker og entreprenør om oppføring av bolig, og avvisningsretten i entreprisekontraktene som benyttes av profesjonelle parter. Deretter vurderes det om det er rettslig grunnlag for avvisning i andre entreprisekontrakter der verken lov eller avtale regulerer avvisningsretten.

2.2 Avtaler mellom forbruker og entreprenør om oppføring av bolig

Dersom en forbruker inngår en avtale med en entreprenør som innebærer at entreprenøren skal oppføre en bygning som kan brukes som bolig, vil bustadoppføringslova komme til anvendelse, jf. § 1. Utgangspunktet i slike kontrakter er at det avholdes en overtakelsesforretning før boligen overtas, jf. buofl. § 14 første ledd. Dette innebærer at forbrukeren og entreprenøren sammen inspiserer boligen, jf. buofl. § 15 første ledd. Problemstillingen i det følgende er om forbrukeren kan nekte å overta boligen.

Det følger av buofl. § 15 tredje ledd at «Forbrukeren kan nekte å overta ytinga dersom det ligg føre mangel som gjev rimeleg grunn til nektinga.» En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at årsaken til avvisningen må være at det foreligger mangler, og at disse manglene må gi rimelig grunn til å avvise overtakelse. Ordlyden tilsier at det må foretas en

²⁰ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 19.

²¹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 21.

helhetlig vurdering av om boligens tilstand er slik at forbrukeren har tilstrekkelig grunnlag til å motsette seg entreprenørens oppfyllelsesforsøk.

Dette må ses i lys av virkningene av avvisning. Dersom forbrukeren nekter å overta boligen, vil ikke entreprenøren ha oppfylt sin kontraktsmessige forpliktelse. Dersom tidspunktet for oppfyllelse er nådd, vil avvisning medføre at det foreligge en forsinkelse.²² Det er urimelig om forbrukeren kan nekte overtakelse ved enhver mangel. Derfor er avvisning kun aktuelt hvis kontraktsavviket gir «rimelig grunn» til å avvise overtakelse av boligen.

Sentralt i vurderingen er lovens forutsetning om at arbeidet skal være fullført når overtakelsesforretningen avholdes.²³ Derfor vil vurderingen i stor grad bero på om boligen fremstår som ferdig. Dette omfatter både arbeid som ikke er utført og arbeid som er mangelfullt utført.

I det første lovutkastet var vilkåret for å nekte avvisning at det forelå «vesentleg mangel».²⁴ Begrunnelsen for dette vilkåret var at boligen ikke kunne anses som ferdig dersom det forelå vesentlige mangler. Vilkåret var hentet fra NS 3401, som var en tidligere standardkontrakt for avtaler om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.²⁵ Selv om ordlyden «vesentleg mangel» tilsvarte vilkåret for å heve kontrakten, ble det presisert at det var lavere terskel for å nekte overtakelse enn å heve. Dersom manglene likevel var så betydelige at forbrukeren kunne heve avtalen, kunne forbrukeren også velge å avvise overtakelse frem til entreprenøren utbedret manglene.

I det neste lovutkastet ble ordlyden endret til vilkåret om «rimeleg grunn». Vilkåret «vesentleg mangel» hadde blitt kritisert, siden det kunne oppstå uklarheter i forbindelse med forholdet mellom terskelen for heving og midlertidig avvisning.²⁶ Selv om ordlyden ble endret, ble det presisert at innholdet var det samme. Derfor er uttalelsene i det første lovutkastet fortsatt relevante for avvisningsterskelen.

To eksempler fra rettspraksis kan være veiledende for den nærmere grensedragningen av terskelen for avvisning. I lagmannsrettsavgjørelsen LH-2013-98655 nektet forbrukeren å overta en bolig, fordi det ikke var mulig å lukke flere av vinduene og terrassedørene i huset.

²² NOU 1993: 20 s. 47.

²³ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 55.

²⁴ NOU 1992: 9 s. 111-112.

²⁵ NORSK STANDARD 3401 : 1969.

²⁶ NOU 1993: 20 s. 47.

Utbedringsarbeidet var ikke vellykket, og det resulterte i at vann ville trenge inn i huset gjennom vinduene ved regn og vind. Derfor måtte en del vinduer og terrassedører fjernes og installeres på nytt. Retten vurderte hvilke ulemper utbedringene ville medføre. Det ble vist til at arbeidet trolig ville utgjøre rundt 300 arbeidstimer. Retten viste også til de konsekvensene utbedringen ville ha. Det ville medføre støv, støy og fare for skade på møbler og innbo. Beboerens livsutfoldelse i boligen ville være underlagt store begrensninger i perioden. Retten la også vekt på at det vanskeliggjorde huseiers studiefremdrift, siden entreprenøren var kjent med at huseieren studerte hjemme. Forbrukeren hadde derfor rett til å nekte å overta huset.

I lagmannsrettsavgjørelsen LB-2017-65423 ble overtakelse nektet på grunn av mangler ved parketten. Deler av parketten i boligen hadde en annen farge enn det som var planlagt. Dette skyldtes rester av lim som ikke ble tilstrekkelig tørket vekk etter at parketten ble lagt. Retten viste til at manglene kun var av estetisk karakter. Rettingen ville medføre at møbler måtte flyttes, og noe støv og støy i arbeidsperioden på litt over en uke. Retten konkluderte med at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å nekte overtakelse.

Selv om rettspraksis fra lagmannsretten isolert sett har begrenset vekt som rettskilde, kan det være en nyttig rettskilde når verken lovens ordlyd eller forarbeider gir klare tolkningsresultater, og spørsmålet ikke har vært behandlet av Høyesterett. På bakgrunn av avgjørelsene ovenfor fremstår avvisning som aktuelt i tilfeller der mangler eller utbedringen av disse vil ha en betydelig innvirkning på mulighetene for normal livsutfoldelse i boligen.

I juridisk teori er det antatt at manglende baderom, kjøkken, strøm eller varmtvann vil gi grunnlag for avvisning.²⁷ Ulemper som skyldes støv, støy og håndverkeres tilstedeværelse vil isolert sett ikke gi grunnlag for avvisning, men vil samlet sett kunne gi grunnlag for avvisning.²⁸

På bakgrunn av drøftelsene ovenfor har forbrukeren en rett til å nekte overtakelse dersom det foreligger mangler som medfører betydelige begrensninger for forbrukerens normale livsutfoldelse i nybygget i en ikke ubetydelig periode. I denne vurderingen er det ikke bare konsekvensene av manglene som må hensyntas, men også hvilke konsekvenser og utbedringene vil medføre. I slike tilfeller vil ikke boligen fremstå som ferdig, og

²⁷ Wefling (2012) 100-101 og Simonsen (2022) punkt 32.4.3 avsnitt 10.

²⁸ Simonsen (2022) punkt 32.4.3 avsnitt 13.

entreprenøren bør ikke ha en rimelig forventning om at forbrukeren vil godta overtakelse. Regelen fremstår dermed som en rimelig avveining av partenes interesser.

2.3 Entreprisavtaler mellom profesjonelle parter

Entreprisavtaler mellom profesjonelle parter er ikke regulert i lov.²⁹ I slike kontraktsforhold har det siden 1800-tallet vært vanlig å benytte seg av standardkontrakter.³⁰

Standardkontraktene utarbeides av sentrale aktører i bransjen, der både byggherrer og entreprenører er godt representert. Dermed gir standardkontraktene presumptivt uttrykk for en rimelig avveining av partenes interesser.³¹ Det finnes en rekke standardkontrakter som er særskilt tilpasset forskjellige entreprisearbeider. De har i det vesentlige tilsvarende innhold, med unntak av de tilfellene der den enkelte entreprisavtalens særpreg nødvendiggjør særskilte regler. På entrepriserettens område er det lang tradisjon for å regulere avvsningsretten.³² I det følgende vil det bli gjort rede for avvsningsretten i NS 8405, som er den mest brukte standardkontrakten i entreprisavtaler.^{33 34}

Det følger av NS 8405 punkt 1 at kontraktens tilsiktede bruk er for avtaler der en entreprenør «påtar seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid» for en byggherre, «[...] hvor det vesentlige av tegninger, beskrivelser og beregninger skal leveres av byggherren». Etter punkt 32 skjer overtakelse ved overtakelsesforretning. I NS 8405 punkt 32.5 første avsnitt inneholder kontrakten følgende formulering: «Byggherren kan nekte å overta kontraktarbeidet hvis det ved overtakelsesforretningen påvises slike mangler at disse eller utbedringen av dem vil hindre den forutsatte bruken av kontraktarbeidet.»

Ordlyden tilsier at ikke ethvert kontraktsmessig avvik gir grunnlag for avvsnning. Byggherren må være hindret i å kunne ta kontraktarbeidet i bruk. Hindringene kan enten skyldes manglene i seg selv, men hindringer som følge av utbedringsarbeid vil også kunne gi grunnlag for avvsnning. Ordlyden tilsier at avvsningsretten er knyttet til funksjonsdyktigheten til kontraktarbeidet. Det er kun tilfeller der kontraktarbeidet ikke er klart til bruk, at byggherren kan nekte overtakelse. Dermed vil mangler som i utgangspunktet medfører store

²⁹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25.

³⁰ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25.

³¹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25.

³² Nordtvedt m.fl. (2013) s. 565.

³³ NORSK STANDARD 8405 : 2008.

³⁴ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25.

verdireduksjoner eller utbedringskostnader ikke gi grunnlag for avvisning med mindre de påvirker den forutsatte bruken av kontraktarbeidet.

I lagmannsrettsavgjørelsen LE-2009-18453 avviste kommunen overtakelsen av et bygg som skulle brukes som et kommunalt sykehjem. NS 3431 ble brukt som avtalegrunnlag mellom partene.³⁵ Formuleringen i standardkontraktens punkt 35.4 har en ordlyd som ligner den som følger av NS 8405 punkt 32.5. Standardkontraktene skiller seg imidlertid ved at det i NS 3431 gjaldt et vilkår om rimelig grunn for å nekte overtakelse. Ordlyden i de to standardkontraktene indikerer at det sentrale vurderingstemaet er om realytelsen kan tas i bruk som forutsatt. Siden det ikke foreligger annen rettspraksis eller oppklarende rettskilder knyttet til NS 8405, kan domstolenes forståelse av avvisningsretten i NS 3431 være relevant for hvordan avvisningsretten i NS 8405 bør forstås.

Slukene på seks bad var plassert for høyt på grunn av ujevnheter i gulvet, og som medførte utilstrekkelig drenering. Det var uomtvistet at entreprenøren hadde ansvar for å utbedre dette. Spørsmålet var om dette utgjorde grunnlag for å avvise overtakelse. Retten var ikke i tvil om at bygget kunne brukes som forutsatt. Det springende punktet var imidlertid om utbedringsarbeidet ville hindre at bygget kunne brukes som sykehjem. Utbedringen ville medføre støv og støy, og i perioder ville badene og deler av kjøkkenet, inkludert oppvask og kjølerom, ikke kunne brukes. Retten konkluderte med at det ikke forelå rimelig grunn til å nekte overtakelse, som var ordlyden i NS 3431 punkt 35.4. Dette tilsier at mangler eller utbedringer må legge betydelige begrensninger på den forutsatte bruken for at byggherren skal kunne avvise overtakelsen.

I teorien er det gitt uttrykk for at hindringer i seg selv ikke er tilstrekkelig for å nekte overtakelse. Hindringene må være kvalifiserte i lys av bruken. Foreligger det for eksempel mangler som kun påvirker det estetiske, og utbedringen ikke medfører kvalifiserte hindringer av bruken, vil det ikke være grunnlag for avvisning.³⁶

Avvisningsretten i NS 8405 er dermed betinget av at manglene eller utbedringene av disse påvirker muligheten til å bruke kontraktarbeidet som tilsiktet. Kravet om at bruken må påvirkes, medfører at en byggherre ikke kan avvise overtakelse på grunn av bagatellmessige forhold. Avvisningsretten har likhetstrekk med den som følger av bustadoppføringslova, men

³⁵ NORSK STANDARD 3431 : 1994.

³⁶ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 523 og 524.

i profesjonelle entrepriseforhold har rimelighet i liten grad plass i vurderingen. Det sentrale er kontraktarbeidets funksjonsdyktighet.

2.4 Andre entrepriseavtaler mellom forbruker og entreprenør

Hvis en forbruker og en næringsdrivende inngår avtale om oppføring av et bygg som ikke skal brukes som bolig eller fritidshus, vil ikke avtalen være underlagt bustadoppføringslovas regler, jf. lovens § 1. Ved slike avtaler vil håndverkertjenesteloven [hvtjl.] komme til anvendelse, jf. § 1.³⁷ Loven gjelder «avtaler eller oppdrag om bestemte tjenester», herunder «installasjoner», og at «arbeid på fast eiendom, unntatt oppføring av bygning for boformål og annet arbeid som utføres umiddelbart som ledd i slik oppføring» er omfattet, jf. hvtjl. § 1. Ordlyden tilsier derfor at oppføring av bygninger uten boformål er omfattet, så lenge oppføringen ikke er i tilknytning til boligoppføring. I forarbeidene er det forutsatt at for eksempel oppføring av frittstående garasjer vil være omfattet av loven.³⁸ Problemstillingen i det følgende er om det foreligger en avvisningsrett ved entrepriseavtaler som er regulert av håndverkertjenesteloven.

Problemstillingen kan illustreres ved et eksempel. En forbruker inngår en avtale med en håndverker om oppføring av en garasje med plass til to biler. Garasjen skal ha to separate garasjeporter. Partene avtaler en dato for når garasjen skal være ferdig. Ved avtalt dato for ferdigstillelse informerer håndverkeren forbrukeren om at garasjen er ferdig. Forbrukeren forsøker å åpne garasjeportene, men den ene garasjeporten åpner seg kun halvveis. Dermed er det ikke mulig å parkere mer enn en bil i garasjen. Håndverkeren erkjenner at det foreligger en mangel, og påtar seg ansvaret for å utbedre garasjeporten. Forbrukeren mener derimot at garasjen ikke kan anses som ferdig, og at det derfor foreligger en forsinkelse.

Det følger av hvtjl. § 10 (1) at «Tjenesten skal være avsluttet innen den tiden som er avtalt». Ordlyden tilsier at det er tidspunktet når tjenesteyteren avslutter arbeidet som er avgjørende for om avtalt frist er overholdt. Det er ingen holdepunkter i ordlyden for at realytelsens tilstand har betydning. Etter hvtjl. § 11 er det tidspunktet tjenesten avsluttes som er

³⁷ Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m.

³⁸ Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 73.

avgjørende for om forbrukeren kan fremme forsinkelseskrav. Denne ordlyden gir ikke grunnlag for at forbrukeren kan motsette seg at tjenesteyteren avslutter arbeidet. En avvisningsrett har ikke forankring i lovens ordlyd.

I forarbeidene til hvttjl. § 10 er det uttalt at «Forsinkelsesbegrepet må stundom avgrenses mot mangler, særlig ved kvantitative avvik. Som utgangspunkt kan man si at det foreligger forsinkelse når det ikke framstiller seg som klart for forbrukeren at tjenesteyteren i god tro har ment å ha slutført det aktuelle arbeid.»³⁹ Forarbeidene tilsier at det kan være grunnlag for å anvende forsinkelsesreglene istedenfor mangelsreglene dersom eventuelle kontraktsavvik skyldes at arbeidet ikke er ferdig utført. Dette vil være særlig aktuelt dersom det er tydelig for begge parter at tjenesteyteren har utført mindre arbeid enn det som er nødvendig for å oppfylle sin kontraktsmessige forpliktelse. Disse forarbeidsuttalelsene tilsier at realkreditor i slike tilfeller kan motsette seg at tjenesten er avsluttet. Dette vil i realiteten være en avvisningsrett, siden forbrukeren i et slikt tilfelle avviser tjenesteyterens oppfyllelse, og det vil foreligge en forsinkelse dersom tidspunktet for ferdig utført tjeneste er nådd.

Den avgrensningen mot mangler som forarbeidene indikerer at kan være aktuell, gjelder for tilfeller der deler av arbeidet ikke er utført. For en forbruker vil det normalt ikke være av betydning om kontraktsavvik skyldes mangelfullt arbeid eller arbeid som ikke er utført. Dette kan illustreres ved å bruke garasje-eksempelet ovenfor. Hvorvidt garasjedøren ikke åpner seg fordi åpningsfunksjonen ikke er ferdig installert, eller fordi det ble begått feil ved installeringen, har samme innvirkning på realytelsens funksjonsdyktighet. Konsekvensen er i begge tilfeller at forbrukeren ikke kan bruke garasjen som forutsatt. Derfor er det grunn til å stille spørsmål ved om det er grunnlag for å avgrense forsinkelsessituasjonen til kontraktsavvikene som skyldes arbeid som ikke er utført. Det er rimelig at forbrukeren kan påberope seg forsinkelsesreglene dersom en tjenesteyter avslutter arbeidet i ond tro, slik forarbeidene indikerer. Det fremstår imidlertid også som rimelig at forbrukeren kan avvise at realytelsen dersom den ikke kan brukes som forutsatt. Et sentralt formål i håndverkertjenesteloven er å verne forbrukerne.⁴⁰ Derfor fremstår ikke skillet mellom kvantitative og kvalitative avvik i tjenesten som godt begrunnet. Dette gjelder særlig i tilfeller der konsekvensene av avvikene har samme virkning på realytelsen, slik tilfellet er i garasje-eksempelet. Det vil naturligvis være mindre grunn til å klandre en tjenesteyter som avslutter

³⁹ Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 30.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 5.

tjenesten i god tro enn i ond tro. Likevel tilsier hensynet til forbrukeren at det ikke bør oppstilles forskjellige regler for situasjoner der utfallet er likt for forbrukeren.

En avtale om oppføring av garasje er en kontrakt av entrepriserettslig karakter. Siden rettskildene knyttet til håndverkertjenesteloven ikke er klare, er det relevant hvordan problemstillingen er løst i andre entreprisetavtaler. Bustadoppføringslova er i stor grad en lovfesting av alminnelige entrepriserettslige regler.⁴¹ På samme måte som håndverkertjenesteloven, er formålet med bustadoppføringslova å verne forbrukerens interesser og rettsstilling.⁴² Dette tilsier at bustadoppføringslova er relevant ved problemstillinger som gjelder avtaler av entrepriserettslig karakter, hvor håndverkertjenesteloven ikke regulerer problemstillingen. Dette underbygges av lovene har tilgrensende virkeområder. Et eksempel fra rettspraksis er illustrerende. I lagmannsrettsavgjørelsen LB-2005-92701 hadde et ektepar overtatt en boligeiendom. Ett år senere inngikk de en avtale om omfattende oppgraderinger av eiendommen, der det blant annet skulle oppføres et tilbygg på to etasjer. Retten konkluderte med at avtalen var regulert av håndverkertjenesteloven, og ikke bustadoppføringslova. Et slikt tilbygg som saken gjaldt, kan medføre like omfattende arbeid som et nybygg. Det innebærer at entrepriserettslige hensyn gjør seg gjeldende i kontraktsforholdet, som taler for å anvende entrepriserettslige regler dersom de øvrige rettskildene er uklare.

I teorien er det fremholdt at bustadoppføringslova «[...] inneholder regler som typisk kan være med på å understøtte etableringen, eller konsolideringen, av regler av alminnelig entrepriserettslig karakter. Det må være på det rene at loven, dens forarbeider og tilknyttet praksis vil kunne være av stor betydning utenfor dens egentlige anvendelsesområde.»⁴³ Dette tilsier at bustadoppføringslovas bestemmelser kan være relevante for løsningen av spørsmål som grenser mot bustadoppføringslovas virkeområde, for eksempel ved avtaler mellom forbruker og entreprenør om oppføring av andre bygg og anlegg enn boliger.

Et ytterligere poeng er at det er uheldig dersom det blir for store forskjeller i reglene for kontraktstyper av samme karakter. Siktemålet om tilsvarende regler mellom kontraktstyper med likhetstrekk kommer til uttrykk i departementets vurderinger av ansvarsgrunnlag ved mangler i bustadoppføringslova. Det presiseres at det ikke er ønskelig at lover som har store

⁴¹ Wefling (2012) s. 14.

⁴² Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 18, Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 5 og Rt. 2010 s. 1104 A avsnitt 60.

⁴³ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 29.

likhetstrekk skal ha ulike ansvarsregler.⁴⁴ Selv om dette ikke uten videre kan legges til grunn for alle andre regler i loven, kan det ha overføringsverdi til enkeltregler. Et eksempel er buofl. § 15 tredje ledd om retten til å nekte å overta boligen. Begrunnelsen er at avvisningsretten har lang og klar forankring i entrepriseretten, og at den fremstår som en godt begrunnet regel og en proporsjonal reaksjon ved enkelte avtalebrudd. Dette tilsier at det også bør foreligge en avvisningsrett i entrepriseavtaler innenfor håndverketjenestelovens virkeområde, selv om det ikke følger av lovens ordlyd.

Sentralt i vurderingen av om det bør foreligge en avvisningsrett ved entrepriseavtaler innenfor håndverketjenestelovens virkeområde, er å avgjøre om det foreligger et behov for en slik rett. Dette beror på hvilke konsekvenser en avvisning vil ha.

Som nevnt innledningsvis vil en avvisning medføre at oppfyllelse ikke har funnet sted. Dersom tidspunktet for oppfyllelse er nådd, vil avvisning medføre at realdebitor er forsinket i sin oppfyllelse. Spørsmålet blir derfor hvilke konsekvenser en forsinkelse vil ha etter håndverkertjenesteloven.

Hvtjl. § 11 oppstiller forbrukerens krav ved forsinkelse. Forbrukeren kan holde tilbake vederlag, kreve tjenesten utført, kreve erstatning, eller heve avtalen. Disse reaksjonene tilsvarer i stor grad kravene som forbrukeren kan fremme dersom det foreligger mangler, jf. hvtjl. § 21.

Hvtjl. § 31 oppstiller imidlertid en særregel om normalerstatning for forsinkelse. Dersom partene ikke har avtalt noen normalerstatning, kan forbrukeren likevel «kreve normalerstatning i samsvar med alminnelig praksis i bransjen», jf. hvtjl. § 31 (1) tredje punktum. Bestemmelsen må ses i lys av hvtjl. § 30 (1) første punktum, som i utgangspunktet begrenser ansvarets omfang til «til det økonomiske tap forbrukeren har lidt». Ordlyden i hvtjl. § 31 tilsier at forbrukeren kan kreve erstatning uavhengig av om det påvises et reelt økonomisk tap. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene.⁴⁵ Dermed vil det være grunnlag for økonomisk kompensasjon i håndverkertjenesteloven uavhengig av økonomisk tap dersom det inntreffer en forsinkelse, på samme måte som dagmulkt i bustadoppføringslova. For forbrukeren vil det derfor foreligge en klar interesse i og behov for å kunne avvise en realytelse som ikke kan brukes som forutsatt. Dette er et tungtveiende argument som taler for

⁴⁴ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 29.

⁴⁵ NOU 1979: 42 s. 124.

at det bør foreligge en avvisningsrett i entrepriseavtaler som er regulert av håndverketjenesteloven.

Selv om en avvisningsrett ikke følger av ordlyden i håndverkertjenesteloven, fremstår den rettslige begrunnelsen ovenfor som tilstrekkelig til å tilkjenne forbruker en avvisningsrett. Avvisning vil være aktuelt i tilfeller der arbeidet som gjenstår eller som er mangelfullt utført medfører at realytelsen ikke kan tas i bruk som tilsiktet, og at tjenesteyteren har ansvaret for å gjøre realytelsen kontraktsmessig. I en slik situasjon vil ikke tjenesten kunne kategoriseres som utført. Da bør forbrukeren ha en rett til å avvise tjenesteyterens mangelfulle oppfyllelse.

I denne sammenheng er det viktig å presisere at håndverkertjenesteloven ikke inneholder bestemmelser om overtakelsesforretning, slik bustadoppføringslova gjør. Dersom overtakelsesforretning er avtalt, er det ikke tvilsomt at realkreditor kan ha en avvisningsrett. Dersom det ikke er avtalt overtakelsesforretning, og tjenesteyteren har forlatt stedet der tjenesten ble utført, vil det sjeldnere være grunnlag for avvisning. Etter hvtjl. § 24 (1) kan ikke forbrukeren kreve mangler rettet hvis det medfører «urimelig kostnad eller ulempe for tjenesteyteren». I et slikt tilfelle, der tjenesteyteren har avsluttet arbeidet og forlatt arbeidsstedet, vil et krav om retting kunne medføre «urimelig kostnad eller ulempe». Dersom det er tilfellet, vil det ikke foreligge rettingsplikt. Som nevnt innledningsvis er rettingsplikt en forutsetning for avvisningsretten. Dermed vil ikke forbrukeren ha en avvisningsrett i slike tilfeller. Forbrukeren vil imidlertid stå fritt til å påberope seg de øvrige mangelsbeføyelsene som følger av loven, for eksempel prisavslag, jf. hvtjl. § 25.

2.5 Avvisningsrett som alminnelig entrepriserettslig prinsipp?

Et spørsmål som oppstår i forlengelsen av drøftelsene ovenfor, er om avvisningsretten er et alminnelig entrepriserettslig prinsipp. Med alminnelig entrepriserettslig prinsipp menes et rettslig grunnlag for å avvise overtakelse av realytelsen i alle entreprisekontrakter hvor avvisningsretten ikke er regulert i avtalen eller lovgivning regulerer avtalen.

Den avvisningsretten som følger av bustadoppføringslova, er godt begrunnet. Når boligen ikke er klar til bruk, er det uheldig om entreprenøren ensidig kan unngå at forsinkelse inntreffer ved å gjennomføre overtakelsesforretning. Dersom en forbruker vil være i en

gunstigere kontraktsrettslig posisjon ved en avvisning enn ved en plikt til å godta oppfyllelse, bør forbrukeren i slike til ha rett til å avvise overtakelsen.

I entrepriseavtaler mellom næringsdrivende har det som nevnt ovenfor vært lang praksis for å bruke standardkontrakter ved utformingen av avtalene. De fleste reglene i standardkontraktene gir uttrykk for alminnelige entrepriserettslige regler som vil komme til anvendelse selv om det ikke er avtalt.⁴⁶ Siden forarbeider eller lignende utredninger i forbindelse med utgivelsen av standardkontraktene ikke foreligger, er det uklart hvilke regler dette gjelder. I teorien er det imidlertid påpekt at det er lang kontraktstradisjon for en avvisningsrett på entrepriserettens område.⁴⁷ Siden standardkontraktene på entrepriserettens område gjennomgående inneholder regler om avvisning, er det naturlig å anse avvisningsretten som en av reglene som vil komme til anvendelse selv om det ikke er avtalt.

Dette kan likevel ikke gjelde absolutt. Dersom profesjonelle parter inngår en entrepriseavtale som modelleres etter en standardkontrakt, men utelater punktene om avvisningsrett, vil det ikke uten videre være grunnlag for å supplere avtalen med avvisningsrett som et alminnelig entrepriserettslig prinsipp. I kraft av avtalefriheten står partene fritt til å endre og utelate det som følger av standardkontrakter og bakgrunnsretten, så lenge avtalen ikke kommer i konflikt med preseptorisk lovgivning. Dersom partene derimot har inngått en entrepriseavtale uten å benytte seg av standardkontrakter, vil det være nærliggende å tilkjenne realkreditor en avvisningsrett med mindre det er holdepunkter for noe annet. Hvorvidt det er sannsynlig at en slik problemstilling oppstår, er et annet spørsmål. Særlig ved de større entreprisekontraktene er det lite sannsynlig at profesjonelle parter vil inngå avtaler uten å foreta en detaljert regulering av partenes rettigheter og forpliktelser. Ved mindre entreprisearbeider er det ikke utenkelig at problemstillingen kan oppstå.

⁴⁶ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 29.

⁴⁷ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 565.

3 Avvisning i andre avtaler som gjelder fast eiendom

3.1 Innledningsvis om andre avtaler som gjelder fast eiendom

I denne delen av fremstillingen vil avvisningsretten ved andre avtaler om fast eiendom gjøres rede for. Avvisningsretten i tre konkrete kontraktstyper drøftes, før avvisningsretten ved kontrakter som gjelder fast eiendom omtales på generelt grunnlag. De utvalgte kontraktstypene er husleieavtaler, avtaler om kjøp av fast eiendom, og avtaler om leie av tomt.

Entreprisekontraktene som ble omtalt ovenfor skiller seg fra kontraktstypene som omtales i denne delen av fremstillingen, ved at tilvirkningselementet ofte var den sentrale delen av kontraktsforpliktelsen i entrepriseavtalene. I kontraktene som omtales i denne delen av fremstillingen vil det ikke foreligge et tilvirkningselement i avtalene. Dermed vil kontraktsforholdene ha en annen karakter som medfører at andre hensyn gjør seg gjeldende. Dette kan påvirke grunnlaget og behovet for en avvisningsrett.

3.2 Adgangen til å nekte å overta husrommet ved husleieavtaler

Husleieloven [husll.] «gjelder avtaler om bruksrett til husrom», jf. § 1-1 første ledd.⁴⁸ Ordlyden tilsier at lovens virkeområde omfatter leieavtaler hvor bruksretten er knyttet til et hus eller annet bygg. I forarbeidene er det presisert at det siktes til et leieobjekt som har varig tilknytning til en fast eiendom, og at husrommet må bestå av en viss bebyggelse.⁴⁹

Husll. § 2-1 regulerer tidspunktet for overlevering av husrommet. Etter første ledd skal det stilles «til leierens disposisjon til avtalt tid.» Hvorvidt husrommet er stilt til leieren

⁴⁸ Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 147.

disposisjon, følger av bestemmelsens andre ledd første punktum, der det følger av ordlyden at overleveringen anses som «skjedd når leieren har fått nøkler og ellers uhindret adkomst til husrommet.»

Etter husll. § 2-1 andre ledd andre punktum at «Leieren kan nekte å overta husrommet dersom det er i vesentlig dårligere stand enn leieren kan kreve etter avtalen og bestemmelsene i dette kapittel, og overlevering skal i så fall ikke regnes for skjedd». En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at leieren kan avvise husrommet dersom tilstanden avviker vesentlig fra det som er avtalt og fastsatt i loven. Ordlyden «vesentlig» tilsier at det må foreligge markante avvik av stor betydning for at avvisning skal være aktuelt.

Det følger av forarbeidene til husll. § 2-1 at avvisningsretten «er betinget av at mangelen er så kvalifisert at den gir hevingsrett».⁵⁰ For å fastslå terskelen for avvisning er det derfor nødvendig å tolke regelen om heving i husleieloven. Hevingsretten følger av husll. § 2-12 første ledd, og er betinget av at det foreligger «vesentlig mislighold». Ordlyden «vesentlig mislighold» tilsier på tilsvarende måte som ovenfor at husrommets tilstand må utgjøre et markante avvik fra det leieren har rett til å kreve. Kun omfattende kontraktsbrudd vil gi grunnlag for å heve avtalen eller midlertidig avvise overtakelsen av husrommet.

Forarbeidene til husll. § 2-12 presiserer at hvorvidt det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd, i utgangspunktet er en objektiv vurdering. Subjektive forhold kan likevel tillegges vekt dersom utleieren har grunn til å regne med at forholdene er særlig betydning for leieren.⁵¹ Heving beror på en totalvurdering der den rekke momenter er relevante, herunder grad av skyld, om utleier enkelt kan leie ut husrommet til noen andre eller bruke det på en nyttig måte, og om andre reaksjoner kan være en mer passende reaksjon på kontraktsbruddet. Hvilke muligheter utleier har til å finne andre leietakere vil ikke være relevant ved avvisningsvurderingen, siden dette kun innebærer en midlertidig avvisning. Leietakeren står fortsatt ved avtalen.

Det foreligger dermed en avvisningsrett dersom husrommets tilstand er vesentlig dårligere enn det leieren kan kreve. Denne avvisningsretten skiller seg fra de standardiserte entreprisekontraktene, ved at flere momenter enn muligheten for å benytte realytelsen som forutsatt er sentrale i vurderingen. Avvisningsretten i husleieloven har imidlertid likhetstrekk

⁵⁰ Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 153.

⁵¹ Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 162.

med avvisningsretten i buofl. § 15 tredje ledd, hvor vilkåret «rimeleg grunn» indikerer at flere andre forhold er relevante i vurderingen. Vesentlighetskriteriet medfører en høyere terskel enn kriteriene om rimelig grunn til avvisning og mangler av praktisk betydning.

Det er verdt å merke seg at lovgiver valgte å lovfeste avvisningsretten i husleieloven, selv om terskelen for avvisning er ment å tilsvare terskelen for heving. Som nevnt innledningsvis vil en realkreditor i alle tilfeller være berettiget til å avvise realytelsen dersom avtalen kan heves. Avvisning i forbindelse med heving er imidlertid en endelig avvisning, og ikke en midlertidig avvisning. Lovgivers valg om å lovfeste avvisningsretten i husleieloven kan tilsi at det ikke uten videre kan oppstilles et «fra det mer til det mindre»-resonnement som åpner for midlertidig avvisning i alle tilfeller der realkreditor kan heve avtalen. Spørsmålet er imidlertid ikke omtalt i forarbeidene, og det uklart om det grunnlag for en slik slutning.

3.3 Avvisning ved kjøp av fast eiendom

Avhendingslova [avhl.] gjelder «avhending av fast eiedom» når overdragelsen «skjer ved frivillig sal, byte eller gåve», jf. § 1-1 (1).⁵² Spørsmålet i det følgende er om en kjøper kan nekte å overta realytelsen dersom det oppdages mangler før overtakelse.

Avhl. § 4-8 inneholder en oversikt over kravene en kjøper kan fremme dersom det foreligger mangler ved den faste eiendommen. Avvisning er ikke nevnt i bestemmelsen, og heller ikke andre steder i loven. I forarbeidene til bestemmelsen er det imidlertid uttalt at «Hvis kjøparen nektar å ta over bruken, og han eller ho har rett til dette fordi det ligg føre avtalebrot på seljarens side, er det derimot som utgangspunkt reglane om forseinking og ikkje manglar som er aktuelle.»⁵³ Det presiseres også at alternativene som er nevnt i avhl. § 4-8 ikke er ment å være uttømmende. Forarbeidene forutsetter dermed at kjøper kan ha rett til å avvise overtakelse på grunn av selgers avtalebrudd, men gir ingen ytterligere indikasjoner på når det kan være aktuelt.

I høyesterettsavgjørelsen Rt. 2007 s. 1587 A kom spørsmålet om avvisning ved kjøp av fast eiendom på spissen. Da kjøper møtte opp i leiligheten for overtakelse, oppdaget kjøperen et

⁵² Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiedom.

⁵³ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 103.

riss og misfarging i stuetaket. Disse forholdene indikerte at det var en vannlekkasje, og kjøper nektet derfor å overta leiligheten frem til forholdet var utbedret.

Høyesterett konstaterte at det forelå en mangel, og vurderte deretter om avvisningen var rettmessig.⁵⁴ Det ble vist til at ordlyden i avhendingslova ikke utelukker en avvisningsrett, og at avvisning omtales i forarbeidene som en mulig reaksjon. En analogi fra avvisningsretten i buofl. § 15 tredje ledd var utelukket, siden de hensynene som gjør seg gjeldende mellom en entreprenør og forbruker ikke gjorde seg gjeldende i den foreliggende saken. Retten vurderte deretter behovet for en avvisningsrett. Det ble vist til at avhendingslova bygget på en avveining av hensynet til både kjøper og selger, og at retten til å holde tilbake deler av kjøpesummen langt på vei kan ivareta balansen mellom partene på en tilfredsstillende måte. Behovet for en avvisningsrett ble derfor ansett som begrenset.

Det ble likevel uttalt at avvisningsrett kan være aktuelt i særskilte tilfeller. Det ble henvist til synspunkter i juridisk teori om at dersom det foreligger mangler som gir grunnlag for heving, bør kjøper også kunne kreve mindre inngripende alternativer. I avsnitt 52 ble det uttalt at «[...] avvisning særlig kunne være aktuelt i situasjoner hvor den aktuelle eiendom på overtakelsestidspunktet må utbedres og – før det er gjort – ikke kan regnes som beboelig. Slik avvisningsrett må imidlertid etter mitt syn være forbeholdt de klare tilfeller, hvor det vil virke sterkt urimelig om ikke kjøper skal kunne avvise overtakelse.» Retten konkluderte med at det i den konkrete saken ikke var grunnlag for avvisning eller heving, verken ved overtakelse eller senere. Verken mangelen eller eventuelle utbedringer ville medføre at leiligheten var ubeboelig. Dommen var enstemmig i avdeling.

I teorien er det delte meninger om høyesterettsavgjørelsen. På en side er avgjørelsen ansett for å inneholde uttalelser som er for unyanserte til å kunne avgjøre spørsmålet i enkeltsaker.⁵⁵ På en annen side har uttalelsene blitt tolket slik at terskelen for avvisningsrett etter avhendingslova langt på vei tilsvarende terskelen i entreprisekontraktene, hvor funksjonsdyktighet er sentralt.⁵⁶ Teoretikerne er imidlertid enige i at kjøper kan ha en avvisningsrett selv om det ikke foreligger mangler som gir grunnlag for å heve avtalen.⁵⁷

⁵⁴ Rt. 2007 s. 1587 A avsnitt 48-53.

⁵⁵ Lilleholt (2017) s. 329.

⁵⁶ Solvang (2015) og Hagstrøm m.fl. (2021) s. 656.

⁵⁷ Se også Anderssen (2008) s. 251-252 og Bergsåker (2013) s. 434-435.

Den mest nærliggende forståelsen av rettskildebildet er at dersom det på overtakelsestidspunktet foreligger mangler som gir grunnlag for heving, og eiendommen er ubeboelig som følge av manglene eller arbeidet med utbedring av disse, vil kjøper har rett til å avvise overtakelsen. Denne avvisningsretten vil også foreligge selv om det ikke er grunnlag for heving, forutsatt at den faste eiendommen er ubeboelig. Uttalelsene fra Høyesterett må forstås slik at det grunnlag å senke terskelen ned til et nivå der mulighetene for forutsatt bruk er avgjørende, slik kriteriet er oppstilt i flere av kontraktstypene som er gjort rede for ovenfor. Terskelen for avvisning vil trolig ligge et sted mellom avvisningsretten i bustadoppføringslova og avvisningsretten i husleieloven. Dette betyr at det ikke er et krav om at kjøper kan heve avtalen, men det er heller ikke nok at den faste eiendommen ikke kan tas i bruk som forutsatt. Kontraktsavvikene må være så omfattende at det er vanskelig å ta eiendommen i bruk, og kontraktsbruddet må være så kvalifisert at det nærmer seg terskelen for å heve avtalen.

Ikke alle avtaler om kjøp av fast eiendom gjelder bolig. Avtalene kan for eksempel gjelde næringsbygg eller tomter. I slike tilfeller vil det være både upresist og formålsløst å vurdere om den faste eiendommen er beboelig. Vurderingen må tilpasses den faste eiendommen som avtalen gjelder, slik at vurderingen er om kjøperen kan bruke den faste eiendommen som forutsatt.

Avhendingslova skiller seg fra annen kontraktslovgivning ved at kjøper sjeldent kan kreve at selger retter mangler. Det følger av avhl. § 4-10 (2) at kjøperen kan kreve mangler rettet i tilfeller der selgeren har «ført opp hus eller anna innretning for sal», og «ved forbrukarkjøp av nyoppført eigarbustad som ikkje har vore brukt som bustad i meir enn eitt år på avtaletida, dersom seljaren har gjort avtalen som ledd i næringsverksemd». På bakgrunn av ordlyden vil svært mange avtaler om kjøp av fast eiendom falle utenfor tilfellene som er nevnt i loven. Dermed vil kjøper være avskåret fra å kreve at selger retter mangler, med mindre partene har avtalt noe annet. Dersom selger ikke har ansvar for å rette manglene, har ikke kjøper avvisningsrett. Derfor vil mange kjøpere av fast eiendom trolig være avskåret fra å avvise overtakelse.

3.4 Avvisning ved avtaler om leie av tomt

Tomtefestelova [tfl.] gjelder leie «av grunn til hus» og «bruksrett til grunn» som skal brukes i tilknytning til bygninger på tomten, jf. § 1.⁵⁸ Problemstillingen i det følgende er om festeren kan nekte å overta tomten dersom den lider av mangler, med den virkning at det foreligger en forsinkelse dersom tidspunktet for overtakelse er nådd.

Dersom det foreligger mangler, oppstiller lovbestemmelsene i tomtefestelova ulike alternativer for festeren. Festeren kan kreve retting, jf. tfl. § 24, avslag i festeavgift, jf. tfl. § 25, erstatning, jf. tfl. § 27, og heving, jf. tfl. § 26.

I forarbeidene til tomtefestelova er det nevnt at misligholdsbeføyelsene i loven ikke er ment å være uttømmende.⁵⁹ Dette tilsier at det kan være aktuelt å tilkjenne festeren en avvisningsrett, selv om en slik rett ikke følger av lovens bestemmelser. Forarbeidene gir uttrykk for at problemstillinger som ikke er regulert i loven, skal løses på bakgrunn av analogier fra avhendingslova og husleieloven, og alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.⁶⁰ Ovenfor ble det gjort rede for hvordan en avvisningsrett følger av husleielovens ordlyd, og at det innenfor avhendingslovas virkeområde også foreligger en avvisningsrett. Dette indikerer at det kan være grunnlag for en avvisningsrett på tomtefestelovas virkeområde.

Tfl. § 20 regulerer festerens plikt til å betale leie for tomten når bortfesteren er forsinket i sin oppfyllelse. Utgangspunktet i bestemmelsen er at festeren ikke må betale leie dersom festeren ikke får råderetten over tomten til avtalt tid. Dersom festeren ikke får råderetten over hele tomten til avtalt tid, kan leiesummen reduseres med en sum som tilsvarer leieprisen for den delen festeren ikke får råderetten til. Det følger av bestemmelsens siste punktum at «Festeren pliktar likevel ikkje å betale festeavgift dersom festaren ikkje kan utnytte den delen festaren har fått råderett over til festeføremålet». Ordlyden tilsier at det ikke er tilstrekkelig for bortfesteren at tomten er stilt til festerens rådighet for at bortfesteren skal ha krav på leien. Dersom tomtens tilstand avviker fra avtalen i en slik grad at tomten ikke kan brukes som forutsatt, kan ikke bortfesteren kreve leie.

⁵⁸ Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 42.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 42.

I forarbeidene til tfl. § 20 er det uttalt at «Dersom bortfestaren oppfyller kontrakta på ein måte som gjer at festaren ikkje kan avvise oppfyltinga, vil spørsmålet om prisavslag eller andre fylgjer av at det er ein fysisk eller rettsleg mangel ved tomta måtte vurderast med utgangspunkt i mangelsreglane.»⁶¹ Forarbeidene synes dermed å forutsette at festeren etter omstendighetene kan ha rett til å avvise bortfesterens forsøk på oppfyllelse ved kontraktsavvik. En slik forståelse av forarbeidene tilsier at det foreligger en avvisningsrett innenfor tomtefestelovas virkeområde.

Forarbeidsuttalelsen må imidlertid forstås i lys av innholdet i tfl. § 20. Bestemmelsen gir festeren rett til å ikke betale leie ved kontraktsavvik som medfører at tomten ikke kan brukes som forutsatt. Den mest nærliggende forståelsen av forarbeidene er derfor at den avvisningsretten som omtales, gjelder situasjonen der festeren mener at tomten ikke kan brukes som forutsatt, og at festeren derfor ikke vil betale leie. Den avvisningen av oppfyllelsen som omtales i forarbeidene knytter seg derfor ikke til en avvisning som medfører at oppfyllelse ikke har skjedd. Den avvisningen som omtales, har kun betydning for plikten til å betale leie. Som nevnt innledningsvis er det likevel ikke slik at misligholdsbeføyelsene i loven er uttømmende, og andre rettskilder kan derfor gi rettslig grunnlag for en avvisning som medfører at oppfyllelse ikke har funnet sted.

I juridisk teori er det vist til Rt. 2007 s. 1587 A avsnitt 52, som er omtalt ovenfor, og hevdet at den avvisningsretten som foreligger på avhendingslovas virkeområde «[...] må det være plass for også i festeforhold.»⁶² Synspunktet er imidlertid ikke ytterligere begrunnet. Trolig siktes det til likhet i de hensyn og interesser som gjør seg gjeldene både ved kjøp av fast eiendom og leie av fast eiendom, og at en slik likhet kan begrunne avvisningsretten på tvers av kontraktstypene. Et slikt synspunkt kunne med fordel vært begrunnet ytterligere. Som nevnt ovenfor indikerer imidlertid forarbeidene at reglene innenfor avhendingslovas virkeområde er veiledende for løsninger på problemstillinger som ikke er regulert i tomtefestelova. Det er derfor grunnlag for å vurdere om Høyesteretts begrunnelse for avvisningsretten på avhendingslovas virkeområde kan begrunne en avvisningsrett innenfor tomtefestelovas virkeområde.

⁶¹ NOU 1993: 29 s. 68-69.

⁶² Falkanger (2017) s. 134.

Et sentralt moment i Høyesteretts vurdering av om det forelå avvisningsrett, var hvorvidt lovens øvrige sanksjoner i tilstrekkelig grad ivaretar de interessene som en avvisning. Dersom leieren står overfor en mangelfull tomt, kan leieren kreve retting, avslag i festeavgiften tilsvarende verdireduksjonen mangelen medfører, og erstatning for eventuelt tap som oppstår som følge av mangelen, jf. tfl. §§ 24, 25 og 27. Ved en avvisning er det realkreditors behov for at ytelsen er kontraktsmessig som er det sentrale. Prisavslag og erstatning vil ikke gjøre ytelsen noe mindre mangelfull, og disse reaksjonene ivaretar derfor ikke de samme interessene som en avvisning. Krav om retting derimot, innebærer at manglene ved tomten utbedres. På samme måte som i kontraktstypene ovenfor vil imidlertid ikke retting forhindre at oppfyllelsevirkningene inntreffer. Det oppfyllellespresset realdebitor blir påført ved avvisning, er ikke like sterkt ved et krav om retting, siden realdebitor på et slikt tidspunkt vil ha oppfylt det vesentlige av sin kontraktsrettslige forpliktelse.

Høyesterett uttalte som nevnt ovenfor i Rt. 2007 s. 1587 A avsnitt 52 at avvisning kunne være aktuelt når «[...] den aktuelle eiendom på overtakelsestidspunktet [...] ikke kan regnes som beboelig», og «[...] hvor det vil virke sterkt urimelig om ikke kjøper skal kunne avvise overtakelse.» Dersom en fester står ovenfor en tomt som på overtakelsestidspunktet ikke kan brukes som forutsatt, og det er sterkt urimelig om festeren ikke kan avvise overtakelsen av tomten, foreligger det dermed gode grunner for å tillate festeren å avvise overtakelsen. Selv om det er flere bestemmelser i tomtefestelova som til dels ivaretar festerens interesser på samme måte som en avvisning gjør, gir de ikke grunnlag for å avvise bortfesterens oppfyllelsesforsøk i sin helhet. Avvisningsretten er ikke regulert i loven, og i slike tilfeller autoriserer forarbeidene analogier fra husleieloven og avhendingslova, som begge åpner for en avvisningsrett. Det vil følgelig være rettslig grunnlag for avvisning i tomtefesteavtaler. Avvisning vil være aktuelt i tilfeller der det foreligger betydelige mangler som klart begrenser mulighetene for å bruke tomten som forutsatt inntil utbedringer er gjennomført. Terskelen vil ligge tett opp mot det som kreves for å heve avtalen.

3.5 Generelt om avvisning i avtaler som gjelder fast eiendom

Punkt 3 i fremstillingen har synliggjort at det kan foreligge en avvisningsrett i avtaler om fast eiendom, selv om disse avtalene ikke har det tilvirkningspreget som kjennetegner entreprenskontraktene. Det er ikke åpenbart at avvisningsretten bør ha en plass i avtalene om fast eiendom uten tilvirkningselementet. I entreprenskontrakter eksisterer ikke den endelige realytelsen på avtaletidspunktet. Da er det naturlig at realkreditor har et bredt utvalg av mulige reaksjoner i tilfellene der realytelsen etter hvert som den blir oppført og skal overtas, i liten grad samsvarer med det som var avtalt, og dermed ikke kan brukes som forutsatt. På en annen side er det krevende for entreprenøren hvis realkreditoren har en utstrakt hevingsrett. For en entreprenør vil det kunne medføre store tap å bli sittende igjen med en realytelse som ble særskilt tilvirket i tråd med det som ble avtalt. Slike realytelser kan være vanskelig å selge videre. I slike avtaler er avvisning en egnet reaksjon som sikrer realkreditors interesser, uten at det rammer realdebitor uforholdsmessig hardt. Avvisningsretten er et effektivt virkemiddel som sikrer at overtakelse først skjer når den kontraktsrettslige forpliktelsen i tilstrekkelig grad er oppfylt.

I avtaler om fast eiendom som uten tilvirkningselement, er situasjonen annerledes. Når en realkreditor skal kjøpe en fast eiendom, eller leie et husrom eller en tomt, vil realytelsen som regel eksistere på avtaletidspunktet. Den usikkerheten som foreligger i forbindelse med sluttresultatet i en tilvirkningsprosess vil som regel ikke gjøre seg gjeldende i slike avtaler. I tilfeller der det foreligger mangler, vil det derfor være mer naturlig å påberope seg mangelsbeføyelser. Hvis realdebitor forsøker å overlevere realytelsen, vil det ikke på samme måte som ved tilvirkningsavtaler være naturlig å avvise overtakelse, med mindre avtalen skal heves. Den bærende begrunnelsen for dette synspunktet er at med mindre noe er særskilt avtalt, har ikke realkreditor krav på noen form for dagmulkt ved forsinkelse i slike avtaler. Erstatningskrav kan gjøres gjeldende uavhengig av om det foreligger mangel eller forsinkelse, og det vil derfor ikke være noen hensikt å fremprovosere en forsinkelse ved å avvise av den grunn, siden dette ikke vil endre realkreditors økonomiske utsikter. Likevel er det klart at det kan være fordelaktig for en realkreditor å utsette risikoens overgang, tidspunktet for mangelsbedømmelsen, garantier og reklamasjonsfrister, samt kostnadene og innrettelsen det innebærer å overta realytelsen. Det er derfor ikke tvilsomt at det kan foreligge både et ønske

og et behov for å avvise realdebitors oppfyllelsesforsøk. Dette behovet er likevel betydelig mindre enn ved entrepriseavtaler, hvor realkreditor kan kreve en form for økonomisk kompensasjon i form av dagmulkt eller normalerstatning som er uavhengig av økonomisk tap.

4 Avvisning ved avtaler som gjelder tilvirkningskjøp

4.1 Innledningsvis om tilvirkningskjøp

Tilvirkningskjøp skiller seg fra alminnelige kjøp ved at ofte det hefter en del usikkerhet om den endelige realytelsen, siden det på avtaletidspunktet vil gjenstå en del arbeid med tingen før den er klar til levering. Tilvirkningskjøp har på dette punktet likhetstrekk med entrepriseavtaler. Dette innebærer at entrepriserettslige regler kan være relevante ved tilvirkningskjøp, dersom likheten i hensynene og interessene som gjør seg gjeldende tilsier det. I denne delen av fremstillingen drøftes avvisningsretten ved tilvirkningskjøp.

4.2 Tilvirkningskjøp regulert av kjøpsloven

Kjøpsloven gjelder for «kjøp» med mindre annet følger av lov, jf. kjl. § 1 (1) første punktum. I kjl. § 2 (1) er det presisert at «Loven gjelder bestilling av ting som skal tilvirkes, når ikke den som bestiller skal skaffe en vesentlig del av materialet. Loven gjelder ikke avtaler om oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom». Ordlyden oppstiller ingen begrensninger vedrørende avtalenes størrelse og kompleksitet, og anvendelsesområdet er følgelig svært vidt. Skip og borerigger er i forarbeidene nevnt som eksempler på tilvirkningskjøp som er omfattet av lovens virkeområde.⁶³ Spørsmålet i det følgende er om kjøper har en avvisningsrett ved tilvirkningskjøp som er regulert av kjøpsloven.

Avvisning er nevnt i flere av kjøpslovens bestemmelser. I kjl. §§ 54 (4) og 66 (1) bokstav c er avvisning omtalt i forbindelse med avvisning etter at realytelsen er levert. Bestemmelsene tilføyer likevel ingen relevante tolkningsbidrag vedrørende avvisning før levering. Det samme gjelder kjl. § 73 (1), hvor kjøper er pålagt en omsorgsplikt for realytelsen frem til den blir returnert til selger, i tilfeller realkreditor ønsker å avvise realytelsen etter at den er levert.

⁶³ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 49.

Kjl. § 73 (2) gjelder imidlertid tilfeller der kjøperen vil «avvise en ting som er sendt til ham og stilt til hans rådighet på bestemmelsesstedet». Utgangspunktet er at kjøperen er pålagt en omsorgsplikt for realytelsen, men av bestemmelsens siste punktum fremgår det at «Dette gjelder likevel ikke dersom selgeren eller noen på hans vegne kan ta seg av tingen på bestemmelsesstedet». Spørsmålet er dermed om lovens ordlyd gir grunnlag for en avvisning før levering. For å besvare dette spørsmålet, er det nødvendig å fastslå hvilket tidspunkt realytelsen anses som levert. Med mindre avtalen eller annen handelsbruk tilsier noe annet, jf. kjl. § 3, vil kjl. §§ 6 og 7 være avgjørende for leveringstidspunktet. Disse lovbestemmelsene bygger på en forutsetning om at tidspunktet for levering er avhengig av hvordan realytelsen skal leveres. Et slikt tilfelle som er omtalt i kjl. § 73 (2), hvor realytelsen er «sendt til ham», er et sendekjøp. Leveringstidspunktet for sendekjøp er regulert i kjl. § 7 (2). Med mindre annet er avtalt, «skjer levering ved at tingen blir overgitt til den fraktfører som påtar seg transport fra avsendingsstedet. Utfører selgeren transporten selv, skjer levering først når tingen mottas av kjøperen.» Ordlyden tilsier at leveringstidspunktet er avhengig av om selgeren benytter seg av fraktførere, eller foretar leveringen på egen hånd. Dersom fraktfører benyttes, er realytelsen levert når den overgis til en fraktfører. I tilfeller der selgeren foretar leveringen selv, er realytelsen levert «først når tingen mottas av kjøperen.»

Avsnittet ovenfor illustrerer hvordan loven åpner for at kjøper etter omstendighetene kan ha en avvisningsrett dersom realytelsen skal transporteres til et avtalt sted, og selgeren foretar transporten. Lovens ordlyd gir imidlertid ingen indikasjoner på hvilke kontraktsavvik som kan gi grunnlag for avvisning.

Forarbeidene til kjl. § 73 er heller ikke oppklarende. En forutsetning for at kjøpers omsorgsplikt ikke skal inntre er at «kjøperen har rett til å avvise tingen», men det står ingenting om når kjøperen faktisk har rett til å avvise tingen.⁶⁴ Lovbestemmelsene som omtaler avvisning etter levering, gjelder etter sin ordlyd for tilfeller der kjøper fremmer krav om heving eller omlevering. Dette er også lagt til grunn i forarbeidsuttalelsene knyttet til bestemmelsene.⁶⁵ Da er det nærliggende å forstå kjl. § 73 (2) på tilsvarende måte, ved at avvisning før levering ved sendekjøp er aktuelt dersom kjøper vil heve kjøpet eller kreve omlevering. Spørsmålet blir derfor om det er andre rettskilder som kan gi grunnlag for en midlertidig avvisning av realytelsen.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 130.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 120.

Forarbeidsuttalelsene til de enkelte bestemmelsene inneholdt ikke holdepunkter for en avvisningsrett utover hevings- og omleveringstilfellene. Ved utarbeidelsen av loven uttalte imidlertid Kjøpslovsutvalget det følgende:

Et særlig spørsmål som ikke reguleres i utkastet er i hvilken grad kjøperen har rett til å avvise en mangelfull salgsgjenstand selv om mangelen ikke er vesentlig. Har kjøperen plikt til å motta en mangelfull gjenstand når mangelen ikke gir hevningsrett? Kan m.a.o. kjøperen vente med å betale kjøpesummen til mangelen er rettet (sml. kontantprinsippet i § 14) ? Som en illustrasjon på problemene kan vises til en voldgiftsdom i Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender NDS 1975 s. 27. Det er omtvistet hva som er gjeldende rett på dette området. Men det må trolig kunne hevdes at dersom kjøperen ikke kan kreve retting (f.eks. fordi dette ville medføre urimelig kostnad eller ulempe), så kan han heller ikke avvise gjenstanden til retting er skjedd. Etter utvalgets mening er disse spørsmålene for mangfoldige til å kunne reguleres særskilt.⁶⁶

Den avvisningsretten som omtales av Kjøpslovsutvalget, er en midlertidig avvisning. Utvalgets standpunkt kan oppsummeres med at avvisning er uaktuelt dersom realdebitor ikke har en plikt til å foreta retting, og at det ikke er klart hva som var gjeldende rett. Utvalget vurderte problemstillingen som for mangfoldig til å kunne reguleres i loven. Det ble imidlertid ikke uttalt at avvisning er utelukket, og det er derfor nærliggende å forstå forarbeidene slik at avvisning kan være en aktuell reaksjon i tilfeller der kontraktsavvik oppdages før levering. De nærmere vilkårene for en slik avvisning er ikke omtalt, og må oppstilles på bakgrunn av andre rettskilder.

I lagmannsrettsavgjørelsen LF-2021-20466 ble avvisningsproblematikken etter kjøpsloven aktualisert. Saken gjaldt en avtale om mellom to privatpersoner om kjøp av båt. Da kjøper møtte opp for å overta båten, startet ikke båtmotoren. Selgeren påtok seg ansvaret for å reparere båtmotoren, men partene var i ettertid uenig om båten faktisk ble levert. Kjøper hevdet at båten ble avvist, og selgeren mente at båten ble levert. Leveringstidspunktet var relevant for å avgjøre om det forelå en vesentlig forsinkelse som kunne gi grunnlag for heving. Avvisningsspørsmålet ble imidlertid ikke drøftet, siden retten raskt konkluderte med at overtakelse av båten hadde funnet sted. Likevel bygger lagmannsrettens syn på at det etter omstendighetene kan foreligge en adgang til å midlertidig avvise realytelsen. Dette tilsier at

⁶⁶ NOU 1976: 34 s. 36-37.

avvisning i avtaler regulert av kjøpsloven kan være aktuelt i andre tilfeller enn ved krav om heving eller omlevering.

I juridisk teori er avvisningsproblematikken ved kjøp omtalt i en rekke fremstillinger. Felles for de fleste fremstillingene er at midlertidig avvisning anses som en aktuell reaksjon, uten at det gis en utfyllende begrunnelse. I hvilke tilfeller en kjøper kan avvise realytelsen, har imidlertid flere av teoretikerne et ulikt syn på. Det er heller ikke alle teoretikere som skiller mellom tilvirkningskjøp og alminnelige kjøp ved vurderingen av avvisningsretten. Et av synspunktene som er fremmet er at avvisningsretten etter kjøpsloven må bero på en totalvurdering tilsvarende den vurderingen som følger av buofl. § 15 tredje ledd, om hvorvidt det foreligger rimelig grunn til å avvise realytelsen.⁶⁷ Et annet synspunkt er at midlertidig avvisning kan være rettmessig dersom mangelen i utgangspunktet gir grunnlag for heving, men at selger kan rette den uten at det medfører vesentlig kostnad eller ulempe for kjøperen.⁶⁸ Det er også hevdet at Høyesteretts uttalelser i Rt. 2007 s. 1587 A som gjaldt avtaler innenfor avhendingslovas virkeområde, også må gjelde for kjøpsloven.⁶⁹ Dette innebærer at avvisning vil være aktuelt dersom realytelsen i ikke kan tas i bruk som forutsatt, og at det er urimelig om kjøperen må overta realytelsen. Det er også tatt til orde for en avvisningsrett i tilfeller der mangler oppdages før levering, og manglene er av en slik art at ytelsen ikke fremstår som ferdig.⁷⁰

Selv om synspunktene ikke fullt ut samsvarer med hverandre, inneholder de flere likhetstrekk. De fleste hevder at avvisning er en aktuell reaksjon dersom realytelsen ikke kan brukes som forutsatt, og avvisning fremstår som en rimelig reaksjon. Det foreligger dermed en festnet rettsoppfatning i juridisk teori som taler for at kjøper etter omstendighetene kan avvise realytelsen. Denne festnede rettsoppfatningen har imidlertid begrenset vekt som rettskilde. Årsaken er at synspunktene inneholder noen ulikheter, og at de gjennomgående er tilnærmet ubegrunnede.

På samme måte som ved andre kontraktstyper, vil behovet for avvisningsretten kunne utgjøre en sentral del av den rettslige begrunnelsen for reaksjonen. Kjøpsloven har et bredt utvalg av aktuelle reaksjoner dersom selger leverer en mangelfull realytelse. Kjl. § 34 om krav på

⁶⁷ Krüger (1999) s. 384-387, Tveberg (2008) s. 69 og Hagstrøm m.fl. (2021) s. 655-656.

⁶⁸ Lilleholt (2017) s. 330.

⁶⁹ Solvang (2015) s. 498.

⁷⁰ Simonsen (1999) s. 392-393.

retting eller omlevering, og kjl. § 42 om rett til å holde tilbake deler av kjøpesummen, ivaretar i stor grad de samme interessene som en avvisning. Kjøperen kan kreve en kontraktmessig realytelse, og samtidig holde tilbake en del av vederlaget som samsvarer med omfanget av kontraktsavviket. I motsetning til flere av entrepriseavtalene, er ikke forsinkelser i kjøp dagmulksanksjonert. Derfor kan ikke en avvisningsrett begrunnes i behovet for å kreve dagmulker i tilfeller der realytelsen i realiteten er forsinket, siden den ikke kan brukes som forutsatt. Dette taler for at det ikke er behov for en avvisningsrett i tilvirkningskjøp som er regulert av kjøpsloven.

Det kan likevel være omstendigheter i den enkelte sak som tilsier at en kjøper bør ha rett til å avvise levering dersom realytelsen ikke kan brukes som forutsatt. Det kan på samme måte som ved andre kontraktstyper skyldes de praktiske ulempene og kostnadene det kan medføre å motta levering, men dette vil i stor grad avhenge av hva slags realytelse kjøpet gjelder. Andre relevante omstendigheter er hvilke rettsvirkninger som unngås dersom kjøper rettmessig avviser realytelsen. Virkningene av levering ved kjøp som er regulert av kjøpsloven ble nevnt innledningsvis under punkt 1.2, og kort oppsummert er de sentrale rettsvirkningene at kjøper i utgangspunktet plikter å betale for realytelsen, reklamasjonsfrister begynner å løpe, og risikoen for realytelsen passerer fra selger til kjøper.

På bakgrunn av drøftelsene ovenfor er det rettslig grunnlag for å tilkjenne kjøper en avvisningsrett ved tilvirkningskjøp regulert av kjøpsloven. Kjøper vil ha en avvisningsrett dersom realytelsen lider av kontraktsavvik som medfører at den ikke kan brukes som tilsiktet, og at avvisning fremstår som rimelig. Det er en forutsetning at kjøper kan kreve at selger utbedrer realytelsen. Den rettslige begrunnelsen bygger på forarbeidsuttalelsene ovenfor som åpnet for en avvisningsrett uten at det ble regulert i loven, den festnede rettsoppfatningen i juridisk teori, at avvisning lenge har hatt forankring i andre kontraktstyper der realytelsen tilvirkes, særlig entreprisekontrakter, og at avvisning i mange tilfeller vil være en rimelig reaksjon som ivaretar kjøpers interesser på en god måte ved selgers kontraktsbrudd.

4.2.1 Forholdet til alminnelig kjøp

I kjøpsloven er reglene for alminnelige kjøp og tilvirkningskjøp i hovedsak de samme. Unntakene er at det er en noe høyere terskel for heving ved forsinkelser i tilvirkningskjøp, jf. kjl. § 26, og regelen i kjl. § 52 (2) som gir selger en utvidet rett til å fastholde kjøpet ved

tilvirkingskjøp når kjøper ønsker å avbestille realytelsen. At reglene i hovedsak er de samme, tilsier i utgangspunktet at kjøper både ved tilvirkningskjøp og alminnelige kjøp bør ha samme rett til å avvise realytelsen. Det vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak på bakgrunn av vurderingen som er redegjort for ovenfor, og i alminnelige kjøp vil det nok tilhøre sjeldenhetene at problemstillingen kommer på spissen. Lagmannsrettsavgjørelsen LF-2021-20466 illustrerte imidlertid at det ikke er utenkelig at problemstillingen kan oppstå. Dette vil nok være mest aktuelt i tilfeller der avtaler inngås før kjøper har hatt mulighet til å undersøke realytelsen, og at det derfor er først ved overtakelse at mangler oppdages. Problemstillingen vil også aktualiseres i tilfeller der mangler oppstår etter avtaleinngåelsen, men før overtakelse. I slike tilfeller vil avvisning kunne være en passende reaksjon for kontraktsavviket, og ha tilstrekkelig rettslig begrunnelse for å kunne utøves.

4.2.2 Avvisning ved internasjonale tilvirkningskjøp

United Nations convention on contracts for the international sale of goods [CISG] er en sentral rettskilde ved internasjonale kjøp.⁷¹ Ved utarbeidelsen av kjøpsloven var det et siktemål å lage tilsvarende regler som ved internasjonale kjøp regulert av CISG.⁷² Konvensjonen er dermed en relevant tolkningsfaktor ved tolkningen av kjøpsloven. Det er derfor av interesse for fremstillingen å vurdere om CISG inneholder en avvisningsrett.

CISG kommer til anvendelse på «contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States», dersom statene har sluttet seg til konvensjonen eller internasjonal privatrett medfører at en konvensjonsstats rett er anvendelig på kontraktsforholdet, jf. artikkel 1. Det finnes flere unntak, bl.a. ved forbrukerkjøp der selger visste eller burde visst dette jf. artikkel 2, eller ved kjøp mellom nordiske stater, jf. kjl. § 5 andre punktum. Konvensjonen er også deklarasjonsrett, jf. artikkel 6. Tilvirkningskjøp er omfattet av konvensjonen, jf. artikkel 3 første avsnitt.

CISG artikkel 86 første avsnitt pålegger kjøper en omsorgsplikt dersom kjøperen har mottatt realytelsen og «intends to exercise any right under the contract or this Convention to reject them». Ordlyden tilsier at det etter konvensjonen foreligger en rett til å avvise realytelsen etter levering i visse tilfeller. Andre avsnitt omtaler tilfeller der realytelsen er stilt til kjøpers

⁷¹ United Nations convention on contracts for the international sale of goods, Vienna, 11 April 1980 (entered into force 1 January 1988).

⁷² Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 3.

disposisjon på avtalt sted. Dersom kjøperen «exercises the right to reject them», foreligger det i utgangspunktet en omsorgsplikt. Dette gjelder ikke dersom selgeren selv eller andre som er autoriserte til å ta vare på realytelsen er til stede på destinasjonen. Ordlyden i andre avsnitt tilsier derfor at det kan foreligge en rett til å avvise realytelsen før overtakelse, men det er ikke nevnt når en slik avvisning er aktuelt. Innholdsmessig tilsvarer artikkelen kjl. § 73. Dette var siktemålet ved utarbeidelsen av kjøpsloven.⁷³

Etter artikkel 46 andre avsnitt kan kjøperen kreve «substitute goods» hvis det foreligger mangler som utgjør «a fundamental breach of contract». Ordlyden tilsier at kjøperen kan kreve omlevering ved et fundamentalt kontraktsbrudd, og er nesten identisk med kjl. § 34 (2).⁷⁴ I en slik situasjon vil kjøperen kunne avvise realytelsen med krav om levering av ny og mangelfri realytelse. Hvis slike mangler er synlige før overtakelse, og selgeren eller selgerens representanter er til stede på leveringsstedet, kan kjøper avvise realytelsen, jf. CISG artikkel 86 andre avsnitt, jf. artikkel 46 andre avsnitt. Dersom kjøperen leverer realytelsen før avtalt tidspunkt, kan kjøperen også «refuse to take delivery», jf. CISG artikkel 52 første avsnitt. Utover dette gir ikke konvensjonen klare holdepunkter for at kjøper kan ha en avvisningsrett.

Spørsmålet om kjøpers avvisningsrett i CISG er drøftet i juridisk teori.⁷⁵ Der hevdes det at spørsmålet om avvisningsrett utover tilfellene som eksplisitt nevnes i konvensjonen, må løses på bakgrunn av en tolkning av hele konvensjonen. Dette forankres i CISG artikkel 7 andre avsnitt, som påpeker at forhold som ikke er eksplisitt regulert i konvensjonen skal avgjøres «in conformity with the general principles on which it is based». Ved mangelfulle ytelser antas det å foreligge en avvisningsrett i tilfeller der omlevering kan kreves etter CISG artikkel 46 andre avsnitt. Hvorvidt det er grunnlag for å avvise mangelfulle varer i andre tilfeller, anses som usikkert. En slik avvisningsrett kan ha forankring i utgangspunktet om at selger plikter å levere varer som kontraktsmessige, jf. CISG artikkel 35, og at kjøpers omsorgsplikt etter CISG artikkel 86 vil sikre at selger ikke ville bli utsatt for urimelige tap ved en eventuell avvisning. Det foreslås et utgangspunkt om at det bør være adgang til å avvise mangelfulle varer så lenge det foreligger proporsjonalitet mellom omfanget av mangelen og hvilke konsekvenser manglene har for kjøper, og konsekvensene en avvisning har for selger.

⁷³ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 130.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 82.

⁷⁵ Bianca mfl. (1987) s. 389-392.

Det presiseres at mindre mangler ikke kan gi grunnlag for avvisning. Synspunktet har støtte hos flere teoretikere.⁷⁶

Den avvisningsretten som er forslått i teorien, fremstår i overkant konstruert. Det vises til en tolkning av hele konvensjonen og prinsippene den bygger på, men det presenteres ingen forankring av eller begrunnelse for avvisningsretten. Behovet for forutsigbarhet i internasjonale kjøp, taler med tyngde for at konvensjonen ikke bør suppleres med ytterligere reaksjoner ved kontraktsbrudd enn de som har klar forankring i konvensjonens ordlyd. Den avvisningsretten som foreslås, fremstår ikke som tilstrekkelig rettslig begrunnet til å gi grunnlag for avvisning.

Heller ikke andre kilder som gjelder internasjonale kjøp kan begrunne en slik avvisningsrett. Ser man for eksempel i UPICC, foreligger det en avvisningsrett dersom selger kun leverer deler av realytelsen, eller leverer for tidlig, og kjøper har en saklig grunn for å avvise leveringen, jf. UPICC artikkel 6.1.3 første avsnitt og 6.1.5 første avsnitt.⁷⁷ Prinsippene tilkjenner ikke kjøperen avvisningsrett i tilfeller der det foreligger mangler. Det fremstår ikke som hensiktsmessig å problematisere forholdet mellom delvis levering og mangelfull levering i denne sammenheng.

Det foreligger derfor ikke rettslig grunnlag for å avvise realytelsen i kjøp som reguleres av CISG, samtidig som kjøper står ved kontrakten. Unntak gjelder i tilfeller der kjøperen kan kreve omlevering.

4.2.3 Tilvirkningskjøp regulert av forbrukerkjøpsloven

Forbrukerkjøpsloven [forbrkj.] gjelder avtaler om kjøp der kjøperen er forbruker, og selgeren opptrer i næringsvirksomhet, jf. forbrkj. § 1.⁷⁸ Tilvirkningskjøp er omfattet av loven, jf. forbrkj. § 2 første ledd bokstav a. Loven skiller seg fra kjøpsloven ved at den er ufravikelig til gunst for forbrukeren, jf. forbrkj. § 3 første ledd. Utover dette har kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven store likhetstrekk. Dette er en naturlig konsekvens av at lovene i stor

⁷⁶ Ramberg og Herre (2016) s. 386-387.

⁷⁷ UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts 2016.

⁷⁸ Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp.

grad er ment å ha tilsvarende regler, men at forbrukerkjøpsloven tilkjenner kjøperen, som er forbruker, en sterkere posisjon enn i kjøpsloven, og at loven er mer oversiktlig.⁷⁹

Siden formålet med forbrukerkjøpsloven er å gi kjøper en sterkere kontraktsposisjon enn kjøpsloven, bør forbrukeren minste fall ha en tilsvarende avvisningsrett ved kjøpslovens virkeområde.

I teorien er det argumentert for en enda mer vidtgående avvisningsrett ved forbrukerkjøp enn ved andre kjøp. Det er argumentert for at enhver mangel bør gi grunnlag for avvisning med mindre det påfører selgeren urimelige kostnader, eller omlevering er umulig, jf. forbrkjl. § 29 første ledd annet punktum.⁸⁰ Dersom avvisning innebærer urimelige kostnader eller omlevering er umulig, hevdes det at avvisning kun er aktuelt hvis det foreligger rimelig grunn til å avvise realytelsen. Den vidtgående avvisningsretten er begrunnet i at forbrukeren i utgangspunktet kan velge mellom retting eller omlevering ved enhver mangel, jf. forbrkjl. § 29 første ledd første punktum. Den avvisningsretten som er foreslått i teorien, fremstår derfor som en rasjonell og godt begrunnet regel.

På samme måte som ved kjøpsloven, er erstatning ved forsinkelse begrenset til «det økonomiske tapet», jf. forbrkjl. § 52 første ledd første avsnitt. Siden en avvisning ikke gir forbrukeren krav på dagbøter, er behovet for avvisning begrenset. Et ytterligere poeng som svekker behovet for en avvisningsrett i forbrukerkjøp, er at forbrkjl. § 30 tredje ledd gir forbrukeren rett til en erstatningsgjenstand dersom retting eller omlevering medfører at forbrukeren ikke kan bruke realytelsen på over en uke. Dette er en rettighet forbrukeren har ved mangelfulle realytelser. Mangelsbedømmelsen foretas på «tidspunktet da risikoen går over på forbrukeren», jf. forbrkjl. § 18 første ledd. Risikoens overgang er «når tingen er levert i samsvar med § 7», jf. forbrkjl. § 14 første ledd første punktum, som innebærer at levering har skjedd «når tingen overtas av forbrukeren», jf. forbrkjl. § 7. Lovens ordlyd og system tilsier derfor at forbrukeren ikke kan avvise realytelsen, og samtidig påberope seg mangelsbeføyelser. Dette betyr at forbrukerens interesser ofte vil være bedre ivaretatt i mangelssituasjoner enn i forsinkelsessituasjoner, som innebærer at behovet for en

⁷⁹ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 29.

⁸⁰ Tveberg (2008) s. 69.

avvisningsrett reduseres ytterligere.⁸¹ Likevel vil det etter omstendighetene være grunnlag for avvisning.

4.3 Tilvirkningskjøp i petroleumssektoren

NTK 15 er en standardkontrakt for avtaler om «[...] leveranse av større komponenter til produksjon av petroleumsforekomster på norsk sokkel der leverandøren skal stå for prosjektering, innkjøp, bygging og eventuelt installasjon», jf. forordene til NTK 15.⁸² Avtaler om levering av understellet til oljeplattformer er et eksempel på avtaler hvor partene ofte benytter seg av NTK 15.⁸³ Spørsmålet i det følgende er om avvisningsretten er regulert i standardkontrakten.

NTK 15 artikkel 19 gjelder «levering og fullføring av arbeidet». Det følger av artikkel 19.1 første avsnitt at «Levering av Kontraktsgjenstanden skjer ved at partene i fellesskap etter krav fra Leverandøren oppretter Leveringsprotokoll når Leveringsdato er nådd, og Kontraktsgjenstanden er ferdig, har gjennomgått de tester som Kontrakten foreskriver og er klar for levering.» Ordlyden tilsier at levering skjer ved en formalisert prosedyre når standardkontraktens øvrige vilkår for levering er oppfylt. Ordlyden avskjærer leverandøren fra å kunne levere før avtalt leveringsdato, dersom realytelsen er ufullstendig eller ikke gjennomgått avtalte tester, eller hvis realytelsen ikke er leveringsklar.

Det følger av artikkel 19.1 andre avsnitt at «Leveringsprotokollen skal opprettes selv om mindre deler av Arbeidet gjenstår, forutsatt at disse ikke har praktisk betydning for bruk av Kontraktsgjenstanden eller for senere arbeid som skal utføres av andre leverandører». Ordlyden i dette avsnittet tilsier at små og ubetydelige kontraktsavvik ikke gir grunnlag for å nekte levering. Avsnittet regulerer dermed realkreditors avvisningsrett.⁸⁴ Realkreditor har på bakgrunn av ordlyden i avtalen rett til å nekte at leveringsprotokoll opprettes hvis kontraktsavviket påvirker muligheten til å bruke realytelsen som forutsatt, eller andre leverandørers mulighet til å utføre ytterligere arbeid på realytelsen. Ordlyden retter seg kun mot gjenstående arbeid, men avvisningsretten gjelder også ved mangelfullt utført arbeid.⁸⁵

⁸¹ Frølich og Kjellby (2016) s. 182.

⁸² NORSK TOTALKONTRAKT 2015.

⁸³ Bjerkem (2018) s. 28.

⁸⁴ Kaasen (2018) s. 531.

⁸⁵ Kaasen (2018) s. 533.

Dersom arbeid er mangelfullt utført, er ikke realytelsen «ferdig» og «klar for levering», jf. NTK 15 artikkel 19.1 første avsnitt.

I juridisk teori er manglende maling brukt som eksempel på gjenstående arbeider som ikke har praktisk betydning.⁸⁶ I tilfeller der andre leverandører skal utføre ytterligere arbeid, er det antatt at realkreditor har rett til å avvise levering dersom kontraktsavviket medfører kostnader eller forsinkelser for selskapet eller andre leverandører.⁸⁷

Avvisningsretten har følgelig klar forankring i ordlyden i NTK 15. Terskelen for avvisning er både tydeligere og lavere i NTK 15 enn ved tilvirkningskjøp som reguleres av kjøpsloven. Realkreditor vil derfor være i en gunstigere posisjon i NTK 15 enn dersom spørsmålet reguleres av bakgrunnsretten. NTK 15 skiller seg også fra kjøpslovens regler ved at avvisning innebærer at realkreditor kan kreve dagmulkt, jf. NTK 15 artikkel 24.2.

4.4 Avtaler om tilvirkning av dataprogrammer

Ordlyden i kjl. § 1 indikerer at loven gjelder alle kjøp, med mindre annet følger av lov. Forarbeidene presiserer at der loven bruker formuleringen «ting», er det ment å omfatte mer enn det som er omfattet av en naturlig språklig forståelse, og at det ikke bare er fysiske gjenstander som er omfattet.⁸⁸ Kjøp av verdipapirer, lisenser og bruksretter nevnes som eksempler på hva som er omfattet av loven. Hvorvidt kjøp av dataprogrammer er omfattet av loven, er omdiskutert i juridisk teori. Et synspunkt som har blitt fremmet er at dataprogrammer er omfattet dersom de leveres på fysiske lagringsmedier.⁸⁹ Et annet synspunkt som er fremmet, er at kjøpsloven gjelder for alle kjøp av dataprogrammer, selv om de leveres digitalt.⁹⁰ Det sistnevnte standpunktet fremstår som det mest overbevisende. Dersom kjøpsloven kommer til anvendelse for avtaler om dataprogrammer, vil dette også gjelde for dataprogrammer som tilvirkes, jf. kjl. § 2 (1).⁹¹

Ved kjøp av fysiske gjenstander, for eksempel en bil, vil kjøperen ofte ha en mulighet til å oppdage mangler før bilen overtas. Dette kan gjelde bulker og riper, sprekk i ruter eller

⁸⁶ Bjerkem (2018) s. 234-235.

⁸⁷ Kaasen (2018) s. 534.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 48.

⁸⁹ Bergem og Rognlien (2020) Kapittel I § 1 avsnitt 45-46.

⁹⁰ Snipsøy (2021) s. 291.

⁹¹ Snipsøy (2021) s. 294.

varsellamper som indikerer at noe er galt. Dette er ikke like enkelt ved digitale ytelser. Dersom dataprogrammene er levert når kjøper enten mottar det fysiske mediet programmet er lagret på, eller når kjøperen gis mulighet til å laste ned programmet, vil det være vanskelig å oppdage kontraktsavvik før dataprogrammet er levert. Dermed vil ikke avvisning være en aktuell reaksjon i slike kontraktsforhold.

Hvorvidt kjøpsloven omfatter kjøp av dataprogrammer, og når dataprogrammet i så fall anses som levert, er ikke avklart. Det pågår et arbeid med en lov som skal regulere avtaler om levering av digitale ytelser til forbrukere. Resultatet av denne lovgivningsprosessen vil trolig være relevant utenfor sitt avgrensede virkeområde, i lys av den usikkerheten som gjelder ved kjøp av digitale ytelser. I proposisjonen til den foreslåtte digitalytelsesloven er det foreslått en løsning der leveringstidspunktet avhenger av om den digitale ytelsen leveres gjennom et fysisk medium, eller digitalt.⁹² Etter utkastet til digitalytelsesloven § 2 andre ledd andre punktum gjelder forbrukerkjøpslovens regler om levering i tilfeller der den digitale ytelsen leveres via «fysiske medier som utelukkende brukes som bærere av digitalt innhold.»⁹³ Dermed vil digitalytelseslovens utgangspunkt være at realytelsen er levert når de fysiske mediet «overtas av forbrukeren», jf. forbrkjl. § 7. I andre tilfeller angir § 5 i utkastet til digitalytelsesloven at «Den digitale ytelsen er levert når den er gjort tilgjengelig for forbrukeren eller for en tredjeperson, en elektronisk plattform eller en annen innretning som forbrukeren har valgt til å motta ytelsen.»⁹⁴ Dersom kjøper for eksempel blir tilsendt en e-post med en unik tilgang til å laste ned et dataprogram, vil dataprogrammet allerede være levert når forbrukeren mottar e-posten. Felles for begge leveringsmetodene er at kjøperen ikke får undersøkt ytelsen før levering, slik at en avvisning før levering ikke vil være en aktuell problemstilling i slike kontraktsforhold. I slike tilfeller vil realkreditor måtte påberope seg mangelsbeføyelsene.

Det finnes flere standardkontrakter for avtaler om tilvirkning av dataprogrammer. SSA-T 2018 er et eksempel, som er statens standardavtale for levering av dataprogram som utvikles eller tilpasses for staten.⁹⁵ I det følgende er spørsmålet om det foreligger en avvisningsrett i SSA-T 2018.

⁹² Prop. 66 LS (2021-2022) s. 40-44.

⁹³ Prop. 66 LS (2021-2022) s. 128.

⁹⁴ Prop. 66 LS (2021-2022) s. 128.

⁹⁵ Utviklings- og tilpasningsavtalen : Avtale om levering av programvare som utvikles eller tilpasses for Kunden

I SSA-T punkt 1.5 er kontraktens faser og hovedmilepæler angitt. En av disse hovedmilepælene er akseptansetesten, som er regulert i punkt 2.4. En akseptansetest innebærer at leverandøren skal varsle kunden når programvaren er ferdig utviklet, slik at kunden kan teste programvaren. Avtalen forutsetter at partene har avtalt en fremdriftsplan hvor det er satt et tidspunkt for når programvaren skal være godkjent ved kundens akseptansetest.

Ved gjennomføringen av akseptansetesten, følger det av punkt 2.4.6 at kunden ikke kan «nekte å godkjenne testen på grunn av forhold som er uvesentlige for Kundens bruk av leveransen». Ordlyden i avtalen tilsier at kunden kan nekte å godkjenne akseptansetesten dersom det foreligger forhold som er vesentlige for bruken. Avsnittet henviser videre til punkt 2.4.5, hvor det angis hvilke feil som er kritiske, alvorlige og mindre alvorlige. Kunden har følgelig en rett til å underveis i kontraktsforholdet motsette seg at leverandørens fremdrift samsvarer med det som er avtalt, dersom det foreligger ikke-ubetydelige kontraktsmessige avvik i dataprogrammet.⁹⁶ Hvis en slik avvisning medfører at akseptansetesten ikke er godkjent til avtalt tid, og partene har avtalt dagbøter ved overskridelse av fristen, kan kunden kreve dagbøter, jf. punkt 11.5.2 første avsnitt.

Etter at akseptansetest er godkjent, kan kunden ta programvaren i bruk, jf. punkt 2.4.7. Fra tidspunktet programvaren tas i bruk, gjelder det en godkjenningsperiode på tre måneder, med mindre noe annet er avtalt, jf. punkt 2.5.1. I løpet av denne godkjenningsperioden skal kunden sende melding til leverandøren om kunden godkjenner leveringen eller ikke. Dersom kunden ikke sender melding innen fristen, anses leveransen som godkjent, jf. punkt 2.5.3 første avsnitt. Den endelige leveringsdagen er første virkedag etter at leveransen er godkjent, jf. 2.5.3 åttende avsnitt.

Det følger av punkt 2.5.3 andre avsnitt at «Kunden kan ikke nekte å godkjenne leveransen på grunn av forhold som er uvesentlige for kundens bruk av leveransen. Hvis ikke annet er avtalt i bilag 5, gjelder følgende: A-feil og 3 (tre) eller flere B-feil anses hver for seg som vesentlige. C-feil anses som uvesentlige, hvis ikke flere C-feil samlet sett medfører at godkjenning vil være klart urimelig.» Dette er i realiteten en detaljert regulering av realkreditors avvisningsrett. Dersom det foreligger feil ved dataprogrammet som har den nærmere spesifiserte betydningen for kundens bruk av realytelsen, kan kunden avvise

⁹⁶ Krüger (1988) s. 157.

leverandørens dataprogram. Dette vil medføre at leverandøren er forsinket dersom datoen for levering er nådd. På samme måte som ved akseptansetesten, vil en overskridelse av leveringsdagen medføre at kunden kan kreve dagbøter, jf. punkt 11.5.2 første avsnitt.

SSA-T 2018 bygger dermed på et system der realkreditor er gitt en eksplisitt rett til å avvise at realdebitor har oppfylt sin kontraktsmessige forpliktelse i tilfeller der realytelsen ikke er i en slik tilstand at den kan tas i bruk som forutsatt. Selv om et dataprogram er en vesentlig annen realytelse enn et kontorbygg eller en flyttbar borerigg, er vurderingstemaet for avvisningsretten tilsvarende i samtlige av standardkontraktene som benyttes ved kjøp av slike realytelser.

5 Avvisning som alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp?

5.1 Innledningsvis om alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper

Med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper siktes det til prinsipper som påvirker partenes rettigheter og plikter, uten forankring i avtalen eller kontraktslovgivning som direkte regulerer avtalen.⁹⁷ Det foreligger eksempler fra både høyesterettspraksis og lovforarbeider på at slike prinsipper kan være avgjørende for partenes rettigheter og plikter i et kontraktsforhold.⁹⁸ En nærmere redegjørelse for obligasjonsrettslige prinsippers tilhører ikke denne fremstillingen, men eksemplene det er henvist til illustrerer eksistensen av slike prinsipper.

5.2 Det rettslige grunnlaget for avvisningsrett på tvers av kontraktstypene

Spørsmålet er i det følgende er om det er rettslig grunnlag for at avvisningsrett kan anses som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp.

Fremstillingen har synliggjort hvordan den rettslige begrunnelsen for avvisning varierer ved forskjellige kontraktstyper. I noen kontraktslover har avvisningsretten forankring i ordlyden eller i lovforarbeidene, og ved andre kontraktstyper har avvisningsretten rettslig forankring i bransjepraksis og særskilte hensyn som gjør seg gjeldende i kontraktsforholdet. I alle standardkontraktene som er nevnt i fremstillingen, er avvisningsretten eksplisitt regulert i avtalens ordlyd selv standardkontraktene gjelder svært ulike realytelser. For de aller fleste kontraktstypene er det sentrale vurderingstemaet ved avvisningsspørsmålet om realytelsen kan tas i bruk som forutsatt.

⁹⁷ Hagstrøm m.fl. (2021) s. 33-34, Monsen (2012) s. 328-332 og Alvik (2017) s. 379-382.

⁹⁸ Se for eksempel HR-2020-2254-A avsnitt 55 og Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 65.

At det foreligger rettingsplikt for realdebitor er ikke tilstrekkelig for å fastslå at realkreditor kan avvise realytelsen. Som vist til ovenfor er det i mange tilfeller et utvalg av andre reaksjoner som kan gjenopprette balansen i kontraktsforholdet på en tilstrekkelig måte. I noen tilfeller er realkreditor i en sterkere posisjon dersom mangelsbeføyelser påberopes istedenfor forsinkelsesbeføyelser. I andre tilfeller er det ikke et tilstrekkelig behov for å avvise realdebitors oppfyllelse. Det er ved kontraktene der realkreditor kan kreve dagmulker eller normalerstatning ved forsinkelse, at en avvisning påfører realdebitors det sterkeste oppfyllellespresset. Det er også i disse kontraktene at avvisningsretten fremstår som en nødvendig reaksjon for å unngå at en realdebitor leverer ufullstendige ytelser for å unndra seg forsinkelsesansvar.

På bakgrunn av forskjellene i avvisningsretten på tvers av kontraktstypene, er det ikke grunnlag for å karakterisere avvisningsretten som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. Det autorative og positivistiske rettslige grunnlaget er for svakt, og innholdet i avvisningsretten er for varierende. Likevel kan avvisningsretten ved de forskjellige kontraktstypene i visse tilfeller ha overføringsverdi til andre kontraktstyper. Dette beror på om arten av det aktuelle kontraktsforholdet har likhetstrekk med en eller flere av de øvrige kontraktstypene hvor avvisningsretten har en klar rettslig forankring.

5.3 Rettspolitiske bemerkninger

Kontrakslovene skiller kontraktsbrudd inn i mangelfull oppfyllelse og forsinket oppfyllelse. Dersom realytelsen på oppfyllestidspunktet ikke samsvarer med det realdebitor er forpliktet til å levere, foreligger det en mangelfull oppfyllelse. Dersom realdebitor ikke har forsøkt å oppfylle på avtaletidspunktet, foreligger det en forsinkelse. Avvisningsretten skjærer gjennom denne oppfatningen. Begrunnelsen for avvisningsretten er at dersom ikke kan brukes som forutsatt, og realdebitor har ansvaret for å utbedre realytelsen, bør ikke realdebitor kunne levere realytelsen før den er utbedret. I slike tilfeller vil det være bedre om oppfyllelse utsettes til realdebitor kan levere en realytelse som realkreditor kan bruke som forutsatt. Dette er en rasjonell reaksjon, og det fremstår som en god løsning at realkreditor i slike tilfeller ikke står hjelpeløs mot en realdebitor som ønsker å levere en mangelfull realytelse. På en annen side vil det kunne skape vanskeligheter og konflikter dersom det foreligger en til å avvise realytelsen ved enhver mangel. Ved flere kontraktsforhold vil det være krevende å oppfylle sine forpliktelser og avvikle kontraktsforholdet på en effektiv og hensiktsmessig måte.

Fremstillingen har synliggjort hvordan det i kontrakter der avtaler gjelder tilvirkning av realytelsen, foreligger en rettstradisjon for å regulere realkreditors avvisningsrett. Dette er en naturlig konsekvens av at det i slike avtaler hefter stor usikkerhet rundt den endelige realytelsen, og at forsinkelser er dagmulftsanksjonert. Dersom realdebitor kan levere realytelsen med mindre kontraktsbruddet er så vesentlig at realkreditor kan heve avtalen, vil det stille realkreditor i en svak kontraktsposisjon. Avvisningsretten avskjærer i slike tilfeller realdebitors adgang til å levere mangelfulle realytelser i tilfeller der realytelsen ikke kan brukes som forutsatt. Dette sikrer at det som i realiteten fremstår som en forsinkelse, i rettslig forstand blir behandlet som en forsinkelse.

I andre avtaler, der realytelsen ikke skal tilvirkes, og forsinkelser ikke er dagmulftsanksjonert, er det mindre åpenbart at avvisningsretten bør ha en plass. Som vist til ovenfor vil kjøperen ved alminnelige kjøp ofte være bedre stilt ved mangelsreaksjoner enn forsinkelsesreaksjoner. Den risikoen som foreligger for sluttresultatet av realytelsen ved tilvirkningskontrakter gjør seg heller ikke gjeldende i alminnelige kjøp. Dette gjelder særlig dersom realytelsen er fungibel, slik at omlevering er uproblematisk. Det kan stille seg annerledes i tilfeller der realytelsen er en specieytelse som ikke kan brukes som forutsatt på oppfyllestidspunktet, og realkreditor har en klar interesse i å unngå praktiske vanskeligheter, risikoen for realytelsen, og kostnader og merarbeid i forbindelse med overtakelse. I slike tilfeller vil det etter omstendighetene foreligge en rettslig begrunnelse som tilsier at realkreditor bør ha en avvisningsrett.

Kilderegister

Lover

Kjl.	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
Hvtjl.	Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m
Avhl.	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom
Tfl.	Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste
Buofl.	Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m
Husll.	Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler
Forbrkjl.	Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp

Konvensjoner

CISG	United Nations convention on contracts for the international sale of goods, Vienna, 11 April 1980 (entered into force 1 January 1988)
------	---

Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 2007 s. 1587 A

Rt. 2010 s. 1104 A

HR-2020-2254-A

Lagmannsrettene

LB-2005-92701

LE-2009-18453

LH-2013-98655

LB-2017-65423

LF-2021-20466

Lovforarbeider

Innst.O .nr. 71 (1991–1992)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om avhendelse av fast eigedom (avhendelseslova)
NOU 1976: 34	Lov om kjøp
NOU 1979: 42	Forbrukertjenester: Delinnstilling I
NOU 1992: 9	Forbrukarentrepriselov
NOU 1993: 4	Lov om husleieavtaler
NOU 1993: 20	Kjøp av ny bustad: Delutgreiing II
NOU 1993: 29	Rådsegn 15 – Ny lov om tomtefeste
Ot.prp. nr. 21 (1996-1997)	Om lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)
Ot.prp. nr. 28 (1995-1996)	Om lov om tomtefeste
Ot.prp. nr. 29 (1988–1989)	Om lov om håndverkertjenester m.m for brukere
Ot.prp. nr. 44 (2001-2002)	Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Ot.prp. nr. 66 (1990-1991)	Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)
Ot.prp. nr. 80 (1986-1987)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løssørekjøp, vedtatt 11 april 1980
Ot.prp. nr. 82 (1997-1998)	Om lov om husleieavtaler (husleieloven)
Prop. 66 LS (2021-2022)	Lov om levering av digitale ytelser til forbrukere (digitalytelsesloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 70/2021 av 5. februar 2021 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2019/770 om visse aspekter ved avtaler om levering av digitalt innhold og digitale tjenester

Standardkontrakter

NS 3401	NORSK STANDARD 3401 : 1969
NS 3431	NORSK STANDARD 3431 : 1994
NS 8405	NORSK STANDARD 8405 : 2008
NTK 15	NORSK TOTALKONTRAKT 2015
SSA-T 2018	Utviklings- og tilpasningsavtalen : Avtale om levering av programvare som utvikles eller tilpasses for Kunden
UPICC	UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts 2016

Bøker

- Anderssen (2008) Anderssen, Harald Benestad,
Avhendingsloven : med kommentarer,
Gyldendal 2008
- Anderssen (2016) Anderssen, Harald Benestad, *Mangler ved
omsetning av boliger*, Gyldendal 2016
- Arvesen, Marthinussen og Giverholt (2014) Arvesen, Hans-Jørgen, Karl Marthinussen
og Heikki Giverholt, *NS 8406 : Forenklet
norsk bygge- og anleggskontrakt med
kommentarer*, 2. utg., Gyldendal 2014
- Augdahl (1978) Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts
almindelige del*, H.Aschehoug & Co 1978
- Bianca m.fl. (1987) Bianca, C.M. m.fl., *Commentary on the
International Sales Law: The 1980 Vienna
Sales Convention*, Giuffrè Editore 1987
- Bergsåker (2013) Bergsåker, Trygve, *Kjøp av fast eiendom :
med kommentarer til avhendingsloven*, 5.
utg., 07 Gruppen AS 2013.
- Bjerkem (2018) Bjerkem, Jon Didrik, *Norsk totalkontrakt
2015 med kommentarer*, Gyldendal 2018
- Falkanger (2017) Falkanger, Thor, *Tomtefesteloven : lov 20.
desember 1996 nr. 106 om tomtefeste*,
Universitetsforlaget 2017
- Frølich og Kjellby (2016) Frølich, Peter Christian og Hans Nyvold
Kjellby, *Innføring og oppgavesamling i
kontraktsrett*, Universitetsforlaget 2016

- Hagstrøm m.fl. (2021) Hagstrøm, Viggo m.fl., *Obligasjonsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget 2021
- Hagstrøm og Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Universitetsforlaget 2014
- Irgens-Jensen (2019) Irgens-Jensen, Harald m.fl., *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utg., Universitetsforlaget 2019
- Kaasen (2018) Kaasen, Knut, *Tilvirkningskontrakter : med kommentarer til NTK15 og NF15*, Universitetsforlaget 2018
- Krüger (1999) Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, Fagbokforlaget 1999
- Lilleholt (2017) Lilleholt, Kåre, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, Cappelen Damm 2017
- Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405: kommentarutgave til Norsk Standard 8405, Norsk bygge- og anleggskontrakt*, Gyldendal 2016
- Nordtvedt m.fl. (2013) Nordtvedt, Henning m.fl., *NS 8407 : Kommentارutgave*, Universitetsforlaget 2013
- Ramberg og Herre (2016) Ramberg, Jan og Johnny Herre, *Internationella köplagen (CISG)*, 4. utg, Nordstedts Juridik 2016
- Selvig og Lilleholt (2019) Selvig, Erling og Kåre Lilleholt, *Kjøpsrett til studiebruk*, Universitetsforlaget 2019

Tveberg (2008)

Tveberg, Arnulf, *Forbrukerkjøpsloven : med kommentarer*, Gyldendal 2008

Wefling (2012)

Wefling, Christian, *Bustadoppføringslova : en praktisk juridisk håndbok*, Cappelen Damm 2012

Artikler

Alvik (2017)

Alvik, Ivar, «Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og kontraktstyper i norsk rett», *Jussens Venner* 2017/6, Årgang 52 side 378-405

Krüger (1988)

Krüger, Kai, «Datamaskinutrustning og programvare – kontraktsvilkår», *Jussens Venner* 1988/4-5, Årgang 68, side 139-160

Monsen (2012)

Monsen, Erik, «Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten», *Jussens Venner* 2012/6 Årgang 47, side 319-345

Simonsen (1999)

Simonsen, Lasse, «Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene», *Jussens Venner* 1999/5-6, Årgang 57, side 305-398

Snipsøy (2021)

Snipsøy, Bjarne, «Kjøpslova og avtaler om digitale ytingar», *Lov og Rett* 2021/5 Årgang 60, side 278-296

Solvang (2015)

Solvang, Trond, «Naturalkreditors avvisningsrett», *Lov og Rett* 2015/8, Årgang 54, side 487-583

Elektroniske utgivelser

Bergem og Rognlien (2020)

Bergem, John Egil og Stein Rognlien, *Kjøpsloven med kommentarer*, 4. utg., Gyldendal 2020

Simonsen (2022)

Simonsen, Lasse, *Avtaler om bygging og kjøp av ny bolig : bustadoppføringslova*, Gyldendal 2022