



Det juridiske fakultet

Retroaktiv heving av tjenestekontrakter

I hvilken grad kan heving gjennomføres med retroaktiv virkning (ex tunc) for tjenester som etter sin art ikke kan tilbakeføres.

Vilde Engen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, høsten 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Formålet med oppgaven	1
1.3	Avgrensninger og begrepsavklaringer	2
1.4	Rettskilder og metode.....	3
1.5	Den videre fremstillingen.....	5
2	Grunnleggende forutsetninger for heving	6
2.1	Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper	6
2.2	Forholdet mellom heving og ugyldighet	7
2.3	Mangler og misligholdsbeføyelser	8
2.4	Hensynene bak heving	8
2.5	Hovedvilkåret for heving – vesentlig mislighold.....	9
2.6	Hevingserklæringen	11
2.7	Hevingsoppgjøret	12
3	Retroaktiv heving av lovregulerte tjenestekontrakter	14
3.1	Innledende bemerkninger	14
3.2	Materielle tjenester	14
3.2.1	Håndverkertjenesteloven	14
3.2.2	Bustadoppføringslova.....	17
3.2.3	NS 8405 - Utførelsesentreprise	19
3.3	Immaterielle tjenester	20
3.3.1	Agenturloven	20
3.3.2	Sjøloven.....	21
3.3.3	Tomtefestelova	22
3.3.4	Husleieloven.....	23
3.3.5	Eiendomsmeglingsloven	25

3.3.6	Pakkereiseloven.....	25
3.3.7	Finansavtaleloven.....	27
3.3.8	Digitalytelsesloven.....	29
4	Sammenfatning av gjeldende rett.....	31
4.1	Oppsummering av hevingsadgangen i tjenestekontrakslovene.....	31
4.2	Prisavslag sammenlignet med nyttefradrag.....	32
5	Regeldanning med grunnlag i induksjon fra tjenestekontrakslovene.....	35
5.1	Innledende betraktninger.....	35
5.2	Eksisterer det en ulovfestet regel om retroaktiv hevingsadgang for tjenestekontrakter?.....	36
5.2.1	Innledende betraktninger.....	36
5.2.2	Entreprisemodellen.....	36
5.2.3	Kjøpsmodellen.....	37
5.3	Grov skyld som selvstendig hevingsgrunnlag.....	44
5.4	Tilpasning av regelen på bakgrunn av konkrete forhold.....	46
5.4.1	Innledende bemerkninger.....	46
5.4.2	Forbrukerforhold.....	46
5.4.3	Materielle tjenester og immaterielle tjenester.....	47
5.4.4	Leieforhold.....	47
5.5	Særlig om håndverkertjenester mellom to næringsdrivende.....	48
6	Avsluttende betraktninger.....	50
	Referanseliste.....	53

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Problemstillingen i denne masteroppgaven er om, og i så fall i hvilken grad, heving av tjenestekontrakter kan skje med retroaktiv virkning. Med retroaktiv heving siktes det til at hele avtalen heves, inkludert foretatte oppfyllelser.¹ Oppgaven vil behandle tjenestekontrakter som er regulert gjennom lovgivning innen flere rettsområder. Som følge av dette vil oppgaven berøre blant annet kjøpsrett, entrepriserett og fast eiendoms rettsforhold.

Det særegne med retroaktiv heving av gjennomførte tjenestekontrakter er at ytelsen etter sin art ikke kan tilbakeføres. Hvis en avtale om bygging av bod heves med retroaktiv virkning, vil ikke snekkeren få tilbake timene som ble brukt på arbeidet. Dette gjelder selv om materialet muligens kan tilbakeføres. Der det ikke skal ytes noe materielt, vil ikke tjenesten kunne tilbakeføres i det hele tatt. Et eksempel på dette er retroaktiv heving av en leiekontrakt. Her vil utleier aldri få tilbake rådigheten over husrommet i tiden leieforholdet besto.

Det er særlig to motstridene hensyn som gjør seg gjeldende ved retroaktiv heving av tjenestekontrakter. På den ene siden hensynet til tjenesteyteren som har brukt tid og penger på å yte en tjeneste som ikke kan tilbakeføres. På den andre siden hensynet til tjenestemottaker som får en mangelfull tjeneste som i verste fall ikke kan brukes til det tiltenkte formålet. Det er dermed interessant å se nærmere på hvordan avveiningen av hensynet til partene er løst i de ulike tjenestekontrakslovene.

1.2 Formålet med oppgaven

Formålet med denne masteroppgaven er å klarlegge gjeldende rett for den retroaktive hevingsadgangen i de lovfestede tjenestekontraktene. Dernest er målet med oppgaven å undersøke den retroaktive hevingsadgangen på ulovfestet grunnlag.

Det har kommet flere kontraktslover i nyere tid, senest digitalytelsesloven² og den nye finansavtaleloven³ som begge trådte i kraft 1. januar 2023. I tillegg er det et internasjonalt

¹ Hagstrøm (2011) s. 453.

² Lov 17. juni 2022 nr. 56 om levering digitale ytelser til forbrukere (digitalytelsesloven).

³ Lov 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (finansavtaleloven).

aspekt til problemstillingen. Norge er etter folkeretten, herunder særlig EØS-avtalen⁴, forpliktet til å gjennomføre direktiver i norsk rett.⁵

Flere kontraktslover fører til at hevingsspørsmålet blir ytterligere belyst, men samtidig resulterer det i flere ulike løsninger på tvistene. Dette kan være med på å skape et uoversiktlig rettskildesbilde.

Til tross for en omfattende kontraktslovgivning er det flere typer tjenesteavtaler som faller utenfor lovgivningen. Eksempelvis er kino og teater, fortløpende annonsering og enkelte konsulentoppdrag ikke lovregulert. Dette viser et behov for å klarlegge rettsstilstanden på ulovfestet grunnlag.

1.3 Avgrensninger og begrepsavklaringer

I oppgaven brukes *heving* om de situasjoner der en av kontraktspartene, på grunn av oppfyllingsavvik, opphever den gjensidige retten og plikten til å oppfylle avtalen.⁶ Heving kan forklares som «bortfall av yteplikt og oppgjør for det som er ytt».⁷

Videre skilles det mellom heving *ex nunc* og heving *ex tunc*. Med heving *ex nunc* siktes det til at heving kun omfatter fremtidige ytelser, mens heving *ex tunc* også vil omfatte foretatte ytelser.⁸ *Retroativ heving* og *heving med tilbakevirkende kraft* er synonymt med heving *ex tunc*. I denne oppgaven vil begrepene bli brukt om hverandre, men med samme betydning.

Et annet gjennomgående begrep i oppgaven er *tjenestekontrakt*. Med dette menes en avtale om utføring av en tjeneste som er inngått mellom to parter, *naturalkreditor* og *naturaldebitor*. Med *naturalkreditor* siktes det til den part som har krav på naturalytelsen, altså kjøper av tjenesten.⁹ Der *naturalkreditor* er forbruker, vil dette begrepet også benyttes. *Naturaldebitor* er

⁴ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

⁵ Se blant annet Europaparlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 om visse aspekter ved avtaler om levering av digitalt innhold og digitale tjenester (heretter digitalytelsesdirektivet).

⁶ Hagstrøm (2011) s. 425.

⁷ Lilleholt (2017) s. 301.

⁸ Hagstrøm (2011) s. 453.

⁹ Hov og Høgberg (2017) s. 23.

den som er forpliktet til å utføre tjenesten, altså tjenesteyteren.¹⁰ Som følge av at det er ytelsen til tjenesteutøveren som ikke kan tilbakeføres, er oppgaven avgrenset til å omhandle heving fra naturalkreditors side.

Oppgaven er videre begrenset til å omhandle heving som følge av mangler. Ved forsinkelser vil ytelsen ofte ikke være levert, og det er dermed ingenting som kan tilbakeføres. Spørsmålet om heving med retroaktiv virkning for tjenester som allerede er gjennomført, vil i slike tilfeller ikke være aktuelt. Av hensyn til oppgavens omfang vil fokuset av den grunn være på heving som følge av mangler, selv om det kan tenkes tilfeller der deler av ytelsen er levert og forsinkelse oppstår.

1.4 Rettskilder og metode

Oppgaven er en rettsdogmatisk avhandling basert på alminnelig juridisk metode.¹¹

Utgangspunktet for oppgaven er lovbestemmelsene om heving i tjenestekontrakslovene. Rettskildebildet er varierende ut fra hvilken lov som behandles. For enkelte hevingsbestemmelser er det omfattende rettspraksis og forarbeidsuttalelser, mens det i andre lover er det totalt fravær av slike kilder.

Forarbeider har på generelt grunnlag stor rettskildeverdi, da autoriteten som rettskilde er utledet fra lovgivermyndigheten.¹² Likevel er det forhold som kan svekke den rettskildemessige betydningen, blant annet dersom det er tale om uklare uttalelser.¹³ Der det er aktuelt vil dette kommenteres fortløpende.

Videre er rettspraksis en relevant rettskilde for å se hvordan vilkår er anvendt og forstått i praksis. Det er Høyesterett som med endelig virkning avgjør og utvikler gjeldende rett.¹⁴ Høyesterettspraksis vil benyttes der dette foreligger, men hvor dette ikke finnes vil tingrett-

¹⁰ Hov og Høgberg (2017) s. 23.

¹¹ Skoghøy (2018) s. 25.

¹² Skoghøy (2018) s. 39.

¹³ Skoghøy (2018) s. 261.

¹⁴ Skoghøy (2018) s. 40.

og lagmannsrettsdommer anvendes. Underrettspraksis kan vektlegges ut fra argumentasjonskraften.¹⁵

Videre har systemhensyn betydning for den juridiske metoden på kontraktsrettens område. Kjøpslovens regler er ansett som et utslag av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.¹⁶ Med alminnelig kontraktsrettslige prinsipper siktes det til «enkeltregler som gjelder generelt på obligasjonsrettens område, både i lovregulerte og ikke-lovregulerte tilfeller».¹⁷ Som følge av dette har «nyere kontraktsrettslig lovgivning hatt kjøpsloven som forbilde»¹⁸ ved utformingen. Etter dette kan forarbeider og rettspraksis tilknyttet en kontraktslov ha overføringsverdi til andre kontraktslover.

Kjøpsloven har også vært forbilde ved utformingen av standardvilkår¹⁹, som for eksempel NS 8405: 2008.²⁰ Standardkontrakter er alminnelige kontraktsvilkår som det ofte vises til i den individuelle kontrakten mellom næringsdrivende parter i entrepriseretten.²¹ Entreprisavtaler kan gjelde på alminnelig grunnlag dersom den gir uttrykk for kutyme, eller er kodifisering av alminnelige entrepriserettslige regler.²² I oppgaven vil jeg derfor også behandle en standardkontrakt.

Nordisk rett vil i løpet av oppgaven behandles. Dette fordi det på obligasjonsrettens område har vært forsøkt opprettet en nordisk rettsenhet.²³ Flere kontraktslover, blant annet kjøpsloven, er skapt gjennom et samarbeid mellom nordiske land.²⁴ Der det er relevant vil svensk rett nevnes.

¹⁵ Skoghøy (2018) s. 227.

¹⁶ Hagstrøm (2011) s. 71.

¹⁷ Hallsteinsen (2018) s. 142.

¹⁸ Hagstrøm (2011) s. 71.

¹⁹ Hagstrøm (2011) s. 71.

²⁰ NS 8405: 2008 (heretter NS 8405).

²¹ Hagstrøm (2011) s. 46.

²² Hagstrøm (2011) s. 46 og s. 60.

²³ Hagstrøm (2011) s. 88.

²⁴ Lilleholt (2017) s. 34.

1.5 Den videre fremstillingen

Oppgaven er inndelt i 6 kapitler.

Kapittel 2 omhandler bakgrunnsretten for heving. Jeg vil redegjøre nærmere for det alminnelige hevingsvilkåret, hevingserklæringen og hevingsoppgjøret, herunder kravet til restitusjon.

Kapittel 3 er en undersøkelse av hevingsadgangen i tjenestekontraktslovene som omhandler hevings spørsmålet. I tillegg vil jeg her undersøke hevingsadgangen etter norsk standard. Formålet med undersøkelsen i dette kapitlet er å danne grunnlaget for analysen i kapittel 5.

Kapittel 4 er en sammenfatning av ovennevnte redegjørelse av tjenestekontraktslovene. I kapitlet vil også forskjellene mellom nyttefradrag og prisavslag drøftes.

Kapittel 5 er en analyse av gjeldende rett og en drøftelse av likheter og ulikheter i tjenestekontraktslovene. Formålet med analysen er å klarlegge hvorvidt det foreligger tilstrekkelige fellestrekk i lovene til å konstatere eksistensen av en alminnelig kontraktsregel som kan gjelde på ulovfestet grunnlag.

I kapittel 6 vil det avslutningsvis knyttes noen betraktninger til hevingsadgangen som følger av gjeldende norsk rett.

2 Grunnleggende forutsetninger for heving

2.1 Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper

Avtalefrihet er et rådende prinsipp i kontraktsretten.²⁵ Prinsippet innebærer at den enkelte velger om en ønsker å inngå avtale, hvem avtalen skal inngås med samt innholdet i avtalen.²⁶ Dersom en avtale foreligger, skal den som den klare hovedregel holdes og gjennomføres etter sitt innhold.²⁷ Med grunnlag i at en selv står fritt til å inngå avtaler, er det også rimelig at en på egen risiko er ansvarlig for at avtalen gjennomføres. Prinsippet strekker seg langt tilbake i tid og er helt grunnleggende for et fungerende samfunn.

Ovennevnte prinsipper blir imidlertid utfyllt og moderert av lojalitetsprinsippet.²⁸

Lojalitetsprinsippet stiller «krav til aktsom og lojal opptreden»²⁹ i avtaleforholdet. Prinsippet gjelder ved avtaleinngåelsen, men også ved gjennomføringen av avtalen.³⁰

Lojalitetsprinsippet setter blant annet begrensinger for når man kan kreve en avtale gjennomført.³¹ En avtale som er inngått på illojalt vis i form av svik, kan være ugyldig etter avtaleloven.³²

Et annet grunnleggende prinsipp på kontraktsrettens område er gjensidighetsprinsippet.³³

Dette innebærer at misligholdet til den ene part resulterer i et gjensidig bortfall i ytelsesplikten for den andre part.³⁴ Gjensidighetsprinsippet er begrunnet i et rettferdshensyn; dersom «den berettigede ikke får det han regnet med, blir hans egen plikt tilsvarende modifisert».³⁵ Parten kan enten «si seg ubundet til fortsatt oppfyllelse»³⁶ eller «kreve handelen omgjort ved en

²⁵ Hov og Høgberg (2017) s. 32.

²⁶ Hallsteinsen (2018) s. 111.

²⁷ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 art. 5-1-1.

²⁸ Hov og Høgberg (2017) s. 35.

²⁹ Rt. 1988 s. 1078 på s. 1084.

³⁰ Rt. 1988 s. 1078 på s. 1084; Lilleholt (2017) s. 47.

³¹ Lilleholt (2017) s. 47.

³² Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) § 30.

³³ Hallsteinsen (2018) s. 109.

³⁴ Hov og Høgberg s. 130.

³⁵ Hov og Høgberg s. 130.

³⁶ Krüger (1989) s. 757.

«speilvendt» leveringsprosedyre».³⁷ Det er sistnevnte som er følgen ved retroaktiv heving. Jeg vil komme tilbake til dette i punkt 2.7.

2.2 Forholdet mellom heving og ugyldighet

Konsekvensen av en ugyldig avtale og en avtale som heves kan fremstå som lik ettersom oppfylleelsesplikten bortfaller. Heving og ugyldighet knytter seg imidlertid til forskjellige forhold.

En ugyldig avtale innebærer at det i utgangspunktet ikke foreligger en bindende kontrakt mellom partene, slik at avtalen settes til side og partene ikke lenger står i et avtalerettslig forhold til hverandre.³⁸ Det vil si at ingen av partene vil måtte oppfylle avtalen som følge av at den er en nullitet. Tvang ved avtaleinngåelsen er et eksempel på forhold som kan gjøre avtalen ugyldig.³⁹ Ved ugyldige avtaler kan det, i likhet med heving, oppstå spørsmål om restitusjon hvor avtalen helt eller delvis er oppfylt på tidspunktet avtalen kjennes ugyldig. Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg ikke behandle dette nærmere.

Mislighold sikter til tilfellene som gjelder uriktig oppfyllelse av en kontrakt. Ved heving er virkningen at det kun er plikten til å oppfylle som faller bort.⁴⁰ Partene vil fortsatt stå i et avtaleforhold, men oppfylleelsesplikten er satt til side.

Angående forskjellen på ugyldighet og heving, er skillet mellom negativ og positiv kontraktsinteresse av relevans. Den positive kontraktsinteresse «innebærer at skadelidte stilles økonomisk som om han hadde fått riktig oppfyllelse».⁴¹ Dette vil være tilfellet ved mislighold av en avtale. Den negative kontraktsinteressen tar derimot sikte på å stille den skadelidte som at avtalen aldri var inngått. Utmåling etter den negative kontraktsinteressen er etter norsk rett forbeholdt ugyldige avtaler.⁴²

³⁷ Krüger (1989) s. 757.

³⁸ Avtaleloven § 33.

³⁹ Avtaleloven § 28.

⁴⁰ Se bl.a. Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) § 64.

⁴¹ Hagstrøm (2011) s. 539.

⁴² Hagstrøm (2011) s. 540.

Målet med de to reaksjonene er dermed forskjellig – for misligholdsbeføyelser, herunder heving, er målet å kompensere for mangelen slik at partene stilles som at avtalen var oppfylt etter avtalens innhold.

2.3 Mangler og misligholdsbeføyelser

Selv om utgangspunktet er at avtaler skal holdes slik de er inngått, kan det oppstå situasjoner som fører til at en eller flere av partene ikke kan, eller vil gjennomføre sin del av avtalen i kontraktsmessig stand. I tillegg kan det være skjulte feil som er til stede ved avtaleinngåelsen, men som først viser seg etter at avtalen er inngått.

Hvorvidt det foreligger en mangel, vil variere ut fra kontraktsområdet. Det sentrale er å vurdere hva som er avtalt opp mot det presterte.⁴³ Dersom avtalen ikke regulerer forholdet mangelen gjelder, stilles det på generelt grunnlag et krav om alminnelig god vare.⁴⁴ Kravet er for enkelte avtaletyper lovfestet.⁴⁵

Når det foreligger en mangel, er det flere misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende for å utjevne eller reparere virkningen mangelen har hatt på avtalen. Hvilke misligholdsbeføyelser som er aktuelle vil variere ut fra kontraktstype og alvorlighetsgraden av mangelen. Av misligholdsbeføyelsene er heving ansett som den mest alvorlige og inngripende kontraktsbruddsvirkningen.⁴⁶

2.4 Hensynene bak heving

Krüger systematiserer hensynene for heving i tre kategorier.⁴⁷

For det første har hevingsreglene en erstatningsfunksjon.⁴⁸ Naturalkreditor vil kunne komme skadeløs ut av et kontraktsbrudd der vilkårene for heving er oppfylt og en ikke må betale

⁴³ Kjøpsloven § 17 første ledd, jf. tredje ledd.

⁴⁴ Se bl.a. Rt. 1998 s. 774 på s. 781.

⁴⁵ Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) §§ 5 – 6, jf. NOU 1979:2 side 104; kjøpsloven § 17 andre ledd bokstav a.

⁴⁶ Haaskjold (2023) s. 173.

⁴⁷ Krüger (1989) s. 758.

⁴⁸ Krüger (1989) s. 758.

vederlag for tjenesten. I enkelte tilfeller vil likevel reglene om erstatning supplere reglene om heving, der det erstatningsrettslige tapet er større enn vederlaget ytelsen representerer.

For det andre vil reglene fungere «som et virkemiddel for å *realisere kontraktens formål*». ⁴⁹ Med heving i bakhånd legger det en særlig oppfordring på tjenesteyteren til å levere i kontraktmessig stand. Heving kan med andre ord anses som et pressmiddel for å prestere i henhold til kontrakten og lojalitetsprinsippet.

Til slutt uttrykker reglene om heving ren rimelighet. ⁵⁰ Dette begrunnes i at det vil anses urettferdig om kjøper må betale full pris for «en prestasjon som har ingen eller svært begrenset verdi». ⁵¹

2.5 Hovedvilkåret for heving – vesentlig mislighold

Det er gode grunner for at ikke ethvert avvik fra kontraktmessig oppfyllelse gir grunnlag for heving, ettersom heving er den mest inngripende kontraktsbruddsvirkningen. ⁵² Et forhold er at den misligholdene part ikke lenger har krav på betaling for sin ytelse. Dette gjelder særlig der varen eller tjenesten ikke kan omsettes videre. Et annet forhold er at uten en forhøyet terskel vil det vært lettere å heve en ugunstig avtale til fordel for et bedre tilbud. Fra et overordnet perspektiv ville dette kunne føre til færre inngåtte avtaler.

I de fleste kontraktslover, både i og utenfor forbrukerforhold, kreves det «vesentlig mislighold» for å heve avtalen. ⁵³ Formuleringen *vesentlig mislighold* er dermed ansett som et alminnelig vilkår for heving. ⁵⁴

Utgangspunktet for vurdering av om et kontraktsbrudd er vesentlig, er «det objektive avviket fra kontraktmessig oppfyllelse». ⁵⁵ Det sentrale er å vurdere det som er avtalt opp mot det

⁴⁹ Krüger (1989) s. 758.

⁵⁰ Krüger (1989) s. 758.

⁵¹ Krüger (1989) s. 758-759.

⁵² Haaskjold (2023) s. 173.

⁵³ Se blant annet kjøpsloven § 39, lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhendig av fast eiendom (avhendingslova) § 4-13 og lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) § 34.

⁵⁴ Hagstrøm (2011) s. 426

⁵⁵ Rt 1998 s. 1510 på side 1518.

som er prestert. Høyesterett har uttalt at det vil være et vesentlig kontraktsbrudd dersom det gir kjøper «rimelig grunn»⁵⁶ til å si seg fri fra kontrakten. I dette ligger en sammensatt vurdering av alle relevante forhold som kan belyse spørsmålet.

For det første er det av betydning om andre alternative sanksjoner er tilstrekkelig for å avhjelpe mangelen. I en sak for Høyesterett hadde kjøper over lengre tid gitt uttrykk for at han kun ønsket prisavslag.⁵⁷ I hevingsspørsmålet talte det for at prisavslag var en tilstrekkelig kompenserende løsning.⁵⁸ Et eksempel i motsatt retning er Rt. 2015 s. 321. Saken gjaldt kjøp av bil etter forbrukerkjøpsloven⁵⁹ hvor selger hevdet at bilen var ny, men i realiteten var en bruktbil. Høyesterett konstaterte at prisavslag ikke kunne kompensere for denne mangelen, og kjøper av bilen fikk medhold i at avtalen skulle heves.⁶⁰

Et annet moment er tiden fra avtaleinngåelsen frem til hevingstidspunktet. I en dom fra Høyesterett var det gått seks år fra kjøpet var gjennomført til reklamasjonen forelå.⁶¹ I denne vurderingen ble det vektlagt hvorvidt misligholderen hadde følt seg trygg på at det ikke var mangler ved den solgte eiendommen. I tilknytning til tidsmomentet er det relevant hvorvidt kjøper har innrettet seg etter avtalen. Det kan ha særlig betydning ved salg av boligeiendom som dommen omhandler. I ovennevnte dom om kjøp av bil kom hevingserklæringen kun i overkant av to måneder etter at avtalen ble inngått. Dette talte for at avtalen kunne heves.⁶²

Kontraktstypen er også av betydning i vurderingen av om mangelen fører til vesentlig mislighold. For det første er det i forbrukerforhold en lavere terskel for at hevingsvilkåret er oppfylt.⁶³ At terskelen for heving er senket i forbrukerforhold, er også bekreftet av

⁵⁶ Rt 1998 s. 1510 på side 1518.

⁵⁷ Rt. 1999 s. 408.

⁵⁸ Rt. 1999 s. 408 på s. 422.

⁵⁹ Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

⁶⁰ Rt. 2015 s. 321 avsnitt 55.

⁶¹ Rt. 1998 s. 1510 på side 1519.

⁶² Rt. 2015 s. 321 avsnitt 57.

⁶³ Forbrukerkjøpsloven § 32.

Høyesterett.⁶⁴ I motsatt retning har Høyesterett vurdert at der en kontrakt strekker seg over lang tid, kan det skjerpe terskelen for heving.⁶⁵

Som følge av at den høye hevingsterskelen i hovedsak er begrunnet i hensynet til naturaldebitor, er det naturlig at kontraktsbruddets betydning for misligholderen er et sentralt moment i helhetsvurderingen. I Rt. 1922 s. 308 ble det lagt stor vekt på at transformatoren ikke hadde «kurant omsættelighet»⁶⁶ dersom selger måtte ta den tilbake. I saken var vesentlighetsvilkåret isolert sett oppfylt, men det faktum at gjenstanden ikke kunne omsettes til en annen, fikk avgjørende betydning. Konklusjonen var at avtalen ikke kunne heves.

Til sist er årsaken til kontraktsbruddet av betydning i vurderingen av om kontraktsbruddet er vesentlig. Dette kommer til uttrykk i Rt. 2015 s. 321. Det uttales her at bilforhandleren kunne «med letthet»⁶⁷ gitt tilstrekkelig informasjon om bilens historikk. Konklusjonen ble motsatt i Rt. 1999 s. 408, hvor Høyesterett uttalte at «ingen av partene kan bebreides»⁶⁸ for at mangelen fant sted og ikke ble oppdaget tidligere.

Det er dermed en høy terskel for å fravike utgangspunktet om at avtaler skal holdes slik de er inngått og gjøre heving gjeldende.

2.6 Hevingserklæringen

For det tilfellet at vilkåret om vesentlig mislighold er oppfylt, er det ingen automatikk i at heving skal gjennomføres. Det kreves at parten som ønsker å heve gir en erklæring om dette til misligholderen. Erklæringen må gi uttrykk for at parten ønsker å heve avtalen, men det stilles ingen nærmere krav til formulering, og det kreves ikke at ordet «heving» er inntatt.⁶⁹

For oppgavens tema er hevingserklæringen viktig, da det utgjør skjæringstidspunktet for når det er tale om retroaktiv heving eller heving med virkning fremover. Som følge av at hevingserklæringen avtalerettslig sett er et påbud, vil den få rettsvirkning fra det tidspunkt den

⁶⁴ Rt. 2015 s. 321 avsnitt 53.

⁶⁵ Rt. 1973 s. 375 på side 379.

⁶⁶ Rt. 1922 s. 308 s. 309.

⁶⁷ Rt. 2015 s. 321 avsnitt 57.

⁶⁸ Rt. 1999 s. 408 på side 422.

⁶⁹ Hagstrøm (2011) s. 463.

kom frem til mottaker, men det kreves ikke at mottaker har fått kunnskap om innholdet.⁷⁰ Det vil si at heving *ex nunc* vil skje fra det tidspunkt erklæringen kom frem til mottaker.

Retroaktiv heving vil også omfatte tidspunktet før erklæringen kom frem.

2.7 Hevingsoppgjøret

I de tilfellene en avtale heves, vil plikten til fremtidig oppfyllelse bortfalle. Ved heving *ex tunc* hvor en eller begge parter har ytet noe, må det skje et oppgjør. Dette kalles for hevingsoppgjør. Oppgjøret skal i størst mulig grad stille partene som om avtalen ikke var inngått.⁷¹

Sentralt i hevingsoppgjøret står kravet om tilbakeføring av allerede gjennomført ytelser– også kalt restitusjon.⁷² Det vil si at om det er ytet fra begge sidene, skal også begge parter tilbakeføre ytelsen i samme stand.⁷³ Kravet om restitusjon oppstår som en direkte følge av hevingsvirkningen – at en ikke lenger skal oppfylle den opprinnelige avtalen.⁷⁴

Prinsippet kommer til uttrykk blant annet i kjøpsloven. Kjøper kan heve «bare dersom han leverer tingen tilbake i vesentlig samme stand og mengde».⁷⁵ For tilfeller der avtalen er helt eller delvis gjennomført, fra en eller begge sider, er utgangspunktet at en kun kan heve om man kan gi det mottatte tilbake i vesentlig samme stand og mengde.⁷⁶

Dersom en kjøpsavtale heves, skal kjøperen «gi rimelig vederlag for vesentlig nytte han ellers har hatt av den».⁷⁷ Selv om denne regelen isolert sett kun gjelder etter kjøpsloven, har Høyesterett også utenfor kjøpsforholdet bygget på tilsvarende prinsipper.⁷⁸ Prinsippet om nyttefradrag legges derfor til grunn på ulovfestet grunnlag, også utenfor kjøp.⁷⁹

⁷⁰ Hagstrøm (2011) s. 462.

⁷¹ Lilleholt (2017) s. 314.

⁷² Haaskjold (2023) s. 179.

⁷³ Hagstrøm (2011) s. 469

⁷⁴ Haaskjold (2023) s. 179.

⁷⁵ Kjøpsloven § 66 første ledd første punktum.

⁷⁶ Kjøpsloven § 66 første ledd og forbrukerkjøpsloven § 51 første ledd.

⁷⁷ Kjøpsloven § 65 første ledd.

⁷⁸ Rt. 1978 s. 43 på side 46.

⁷⁹ Hagstrøm (2011) s. 451.

I kjøpsforhold vil tilbakeføringen normalt ikke være problematisk. Ved kjøp av en datamaskin vil kjøper returnere denne, eventuelt supplert med nyttefradrag, og selger vil samtidig returnere beløpet som er betalt. Kravet om restitusjon vil da være oppfylt for begge parter, og de vil stilles som om avtalen om kjøp av datamaskinen aldri var inngått.

Ved tjenester som allerede er gjennomført, vil kravet om restitusjon være mer problematisk. Som følge av at tjenesten ikke kan restitueres, er det verdien ytelsen representerer for kjøper som er søkt tilbakeført.⁸⁰ Likevel vil nyttefradraget kunne stå i et skjevt forhold til den verdien som tjenesten isolert sett representerer. Hvis et cateringselskap leverer mat til feil helg, vil ikke naturalkreditor kunne benytte tjenesten til det tenkte formålet. Som følge av at tjenesten er uten nytte vil cateringselskapet ikke ha krav på nyttefradrag, til tross for at verdien av maten isolert sett er stor.

Kjøpslovens regler om restitusjon er dermed ikke anvendbar for tjenester som allerede er helt eller delvis oppfylt. Det er dette som er spesielt ved heving av ytelser som ikke kan tilbakeføres. I det videre vil jeg se nærmere på hvordan regelen om tilbakeføring ved retroaktiv heving er regulert i de ulike tjenestekontrakslovene der ytelsen helt eller delvis ikke kan tilbakeføres.

⁸⁰ Hagstrøm (2011) s. 453.

3 Retroaktiv heving av lovregulerte tjenestekontrakter

3.1 Innledende bemerkninger

For å få best mulig oversikt over den lovfestede tilstanden for heving av lovregulerte tjenestekontrakter er alle lover som regulerer området tatt inn i redegjørelsen. Dette danner så grunnlaget for analysen i kapittel 5. Hensynet til oppgavens omfang gjør det ikke mulig å behandle hver enkelt lov inngående, fokuset er på spørsmålet om retroaktiv heving av lovregulerte tjenestekontrakter.

Videre er en forutsetning for redegjørelsen at det foreligger en mangel og at vesentlighetsterskelen er overtrådt. Det legges også til grunn at det foreligger rettidig reklamasjon og gyldig hevingserklæring.

I det videre vil lovene og standardkontraktene behandles ut fra om det er en materiell eller immateriell tjeneste. Det sentrale med en materiell tjeneste er at ytelsen kan tenkes delvis tilbakeført. Motsetningsvis vil det for en immateriell tjeneste aldri være mulig å restituere ytelsen til tjenesteutøveren. Leieforhold har en materiell og en immaterielle side. Det materielle består av leieobjektet, for eksempel en leilighet. Likevel kan ytelsen ved å stille leieobjektet til disposisjon ikke tilbakeføres, derfor kategoriseres leieforhold som en immateriell tjeneste. Det samme forhold gjelder også pakkereiser.

Innad i de to kategoriene vil lovene og standardkontrakten bli behandlet kronologisk fra da de ble vedtatt.

3.2 Materielle tjenester

3.2.1 Håndverkertjenesteloven

Håndverkertjenesteloven gjelder «avtaler eller oppdrag om bestemte tjenester» mellom en forbruker og næringsdrivende.⁸¹ Loven er ufravikelig til ugunst for forbrukeren.⁸² Typiske håndverkertjenester er reparasjoner, vedlikehold, installasjoner og ombygging.

⁸¹ Håndverkertjenesteloven § 1 første ledd.

⁸² Håndverkertjenesteloven § 3.

Lovens virkeområde er avgrenset mot å omfatte kjøpstilfeller.⁸³ Videre gjelder loven arbeid på fast eiendom, men er avgrenset mot oppføring av bygg til boformål og arbeid tilknyttet dette.⁸⁴ I sistnevnte tilfelle vil bustadoppføringsloven gjelde, se nærmere i punkt 3.2.2. Virkeområdet til håndverkertjenesteloven er vidt og kan omfatte flere ulike tjenstekontrakter, både på ting og fast eiendom.

Etter håndverkertjenesteloven kan forbrukeren, istedenfor prisavslag, heve avtalen dersom «formålet med tjenesten blir vesentlig forfeilet som følge av mangelen.»⁸⁵ Denne formuleringen tilsvarer formuleringen i kjøpsloven om heving av tilvirkningskjøp ved forsinkelse.⁸⁶ Til forskjell fra håndverkertjenester vil naturalytelsen ved tilvirkningskjøp ofte kunne tilbakeføres, men ikke omsettes videre.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «vesentlig forfeilet» tilsier at tjenesten ikke oppfyller det tiltenkte formålet, men det krever ikke at tjenesten er helt nytteløs for forbrukeren. Forarbeidene bekrefter denne tolkningen og utdyper at med grunnlag i den inngripende effekten heving har for tjenesteyteren, bør det begrenses til de tilfeller der ytelsen «er til liten nytte for forbrukeren».⁸⁷

Forarbeidene inneholder begrenset informasjon om forskjellen på den alminnelige terskelen «vesentlig mislighold» og den skjerpede terskelen etter håndverkertjenesteloven. Det uttales at det innebærer at «ikke ethvert avvik fra forbrukerens formål med tjenesten berettiger til heving, bare et kvalifisert avvik er hevingsgrunn».⁸⁸ Det vil imidlertid også gjelde for den alminnelige hevingsterskelen som krever et kvalifisert avvik i form av at det må være «vesentlig». Videre uttales det at hvorvidt formålet er vesentlig forfeilet, «må avgjøres ut fra vanlige avtalerettslige prinsipper».⁸⁹

Det sentrale er at selv om det foreligger et kvalifisert avvik, vil dette ikke være en hevingsgrunn dersom formålet med avtalen delvis oppfylles. For å forstå den skjerpede

⁸³ Håndverkertjenesteloven § 2.

⁸⁴ Håndverkertjenesteloven § 1 fjerde ledd bokstav b.

⁸⁵ Håndverkertjenesteloven § 26 første ledd.

⁸⁶ Kjøpsloven. § 26, jf. § 2 første ledd.

⁸⁷ NOU 1979: 42 Forbrukertjenester Delinnstilling I s. 111.

⁸⁸ NOU 1979: 42 Forbrukertjenester Delinnstilling I s. 111.

⁸⁹ NOU 1979: 42 Forbrukertjenester Delinnstilling I s. 111.

hevingsterskelen er to dommer fra lagmannsretten illustrerende. Skoghøy uttaler at der praksis fra underordnede domstoler brukes som «illustrasjonsmateriale, er det ikke bare avgjørelser av Høyesterett som kan benyttes, men også avgjørelser av lavere domstoler».⁹⁰

Den første saken gjaldt murerarbeid på en eiendom i Grimstad.⁹¹ Arbeidet omfattet flere oppdrag på samme eiendom, til sammen fire ulike murerjobber. Det oppsto frostsprengningskader på murene, og entreprenøren rettet mangelen. Tilsvarende mangel oppsto imidlertid igjen på rettingsarbeidet. I saken for tingretten var spørsmålet om kjøper kunne heve avtalen. I tingretten fikk ikke kjøper medhold med grunnlag i at arbeidet til dels kunne nyttiggjøres. Dommen ble anket til lagmannsretten.

Lagmannsretten kom frem til at to av de oppførte murene måtte rives eller støpes på nytt. Rettingsarbeidet ble anslått til en verdi av 40 000 kroner. De øvrige utbedringene kunne forankres i de gamle murene. Inklusiv merverdiavgift utgjorde utbedringskostnadene totalt 190 000 kroner. Vederlaget var på 282 000 kroner. Utbedringskostnadene utgjorde nesten 70% av det totale vederlaget.

Likevel kom lagmannsretten til at formålet med avtalen ikke var vesentlig forfeilet. Dette ble i hovedsak begrunnet i at enkelte elementer fortsatt kunne brukes som forankring til det nye arbeidet. I tillegg var det gjort en jobb med å meisle grunnmuren som ikke hadde mangel. Lagmannsretten vurderte at prisavslag var tilstrekkelig til å kompensere for mangelen. I tillegg la de avgjørende vekt på at heving ville ramme entreprenøren hardt, i og med at han ikke kunne få ytelsen sin tilbakeført. Retten uttalte likevel at spørsmålet om heving var vanskelig å avgjøre.⁹²

I en annen sak for lagmannsretten var det fremsatt krav om heving som følge av mangelfullt arbeid med oppføring av en terrasse og tilhørende vinterstue.⁹³ Det ble fastslått at det var gjennomgående dårlig håndverkerarbeid fra starten av med fundamentering til terrassebyggingen og oppføring av vinterstuen. Hovedproblemet var imidlertid grunnarbeidet. Retten fant det sannsynlig at vinterhagen måtte demonteres, terrassen måtte rives og

⁹⁰ Skoghøy (2018) s. 226.

⁹¹ LA-2015-58781.

⁹² LA-2015-58781 under punkt 4.

⁹³ LE-2022-90746.

grunnarbeidet måtte utføres på nytt, før man igjen kunne bygge ny terrasse og montere vinterstuen. Ingenting av det tjenesteyteren hadde utført kunne brukes i det nye arbeidet. På bakgrunn av dette konkluderte lagmannsretten med at avtalen kunne heves med retroaktiv virkning.

Dommene illustrer terskelen for når formålet med en avtale kan sies å være vesentlig forfeilet. I den første saken, murerarbeidet, uttales det at det var et vanskelig spørsmål som kan tyde på at det var et grensetilfelle. I saken om vinterstuen uttales det at kjøper «klart» kan heve avtalen.⁹⁴

Ved heving av håndverkertjenester har tjenesteyteren ikke krav på betaling for tjenesten som er ytet. Det er derimot tale om tilbakeføring av verdi så langt det lar seg gjøre.⁹⁵ Som allerede nevnt er det sjeldent problematisk å tilbakeføre ytelser ved heving av kjøpsavtaler. For håndverkertjenester er dette løst ved at materiell og verdien av tjenesten tilbakeføres. Reglene om heving etter håndverkertjenesteloven er dermed tilpasset det forhold at tjenesten ikke kan tilbakeføres og kan ses på som en modifisering av reglene om restitusjon som gjelder ved kjøp.

3.2.2 Bustadoppføringslova

Bustadoppføringslova gjelder avtaler mellom forbruker og næringsdrivende om oppføring av bygninger til det formål at en skal bo der.⁹⁶ Loven er følgelig en forbrukerlov.

Loven har likhetstrekk med både NS 8405 og håndverkertjenesteloven. I likhet med standardkontrakten omfatter avtalen oppføring av bygg. Til forskjell fra standardkontrakten er den ene part forbruker etter bustadoppføringsloven. Videre er bustadoppføringslova etter ordlyden en håndverkertjeneste. Der tjenesten går ut på «oppføring av bygning til bustadforemål»⁹⁷ og arbeidet i direkte tilknytning dette, vil bustadoppføringsloven gjelde på bekostning av håndverkertjenesteloven. I tillegg regnes «full ombygging» likt med

⁹⁴ LE-2022-90746 under punkt «Kan A heve avtalen?».

⁹⁵ Lilleholt (2017) s. 320.

⁹⁶ Bustadoppføringslova § 1 første ledd første punktum.

⁹⁷ Bustadoppføringslova § 1 første ledd bokstav a.

oppføring.⁹⁸ Grensedragningen mellom håndverkertjenesteloven og bustadoppføringsloven, vil ikke redegjøres for nærmere.

Forbrukeren kan heve avtalen dersom mangelen medfører «eit vesentleg avtalebrot».⁹⁹ Dette er samme formulering som det alminnelige hevingsvilkåret, og viser til punkt 2.5 om redegjørelsen av vilkåret.

Videre fremkommer det av § 21 at dersom avtalen heves «har entreprenøren krav på vederlag for det som er utført i samsvar med avtalen». En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at entreprenøren kun kan kreve betaling for arbeid som ikke er mangelfullt, og ordlyden åpner dermed opp for at det foreligger retroaktiv hevingsadgang.

Forarbeidene tilsier at det er tiltenkt en annen løsning enn ordlyden indikerer. Det uttales at «[i] entrepriseforhold er det stort sett berre aktuelt med delheving, dvs at hevinga gjeld den delen av avtalen som enno ikkje er oppfylt av entreprenøren. Ei tilbakeføring av det som er utført, er upraktisk her».¹⁰⁰ Angående spørsmål om den retroaktive hevingsadgangen uttales det:

«Dersom det utførte arbeidet er meir eller mindre verdiløst, blir meirkostnaden ved fullføring så stor at oppgjeret langt på veg svarar til oppgjeret etter totalheving, slik handverkartjenestelova § 26, jf § 16, opnar for i visse tilfelle. Utvalet meiner at ein ikkje treng særlege reglar for totalheving i entrepriseforhold. Det er sjeldan at føremålet med arbeidet blir 'vesentlig forfeilet' på grunn av mangelen, slik vilkåret for totalheving er formulert i handverkartjenestelova § 26.»¹⁰¹

Etter forarbeidene er det kun adgang til å heve med virkning fremover. En slik forståelse har også blitt lagt til grunn av Høyesterett.¹⁰² Saken gjaldt en avtale mellom forbruker og entreprenør om oppføring av et tilbygg til bolighus. Da omtrentlig 90 prosent av arbeidet var utført, hevet forbrukeren avtalen grunnet en rekke mangler ved bygget. Avtalt pris for arbeidet var 450 000 kroner, hvorav 300 000 kroner var betalt på hevingstidspunktet. Det var

⁹⁸ Bustadoppføringslova § 1 tredje ledd tredje punktum.

⁹⁹ Bustadoppføringslova § 34 første ledd første punktum.

¹⁰⁰ NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov s. 81.

¹⁰¹ NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov s. 82.

¹⁰² HR-2016-219-A.

ikke omtvistet hvorvidt forbrukeren kunne heve avtalen – det sentrale var hvordan hevingen skulle gjennomføres. Høyesterett uttalte at:

«Hevingen får kun virkning for den delen av kontraktsoppfyllelsen som gjenstår på hevingstidspunktet, det vil med andre ord si kun med virkning framover i tid. Siden denne delen av kontrakten er hevet, tilfaller en eventuell fordel som følge av at det resterende arbeidet blir utført rimeligere enn det kontrakten skulle tilsi, byggherren. For det arbeidet som er utført på hevingstidspunktet, skal det skje et separat oppgjør.»¹⁰³

Følgelig er det ikke adgang til å heve med retroaktiv virkning for tjenester som omfattes av bustadoppføringslova. Mangler på arbeid som allerede er utført må søkes kompensert for ved andre misligholdsbeføyelser, som prisavslag og eventuelt erstatning.

3.2.3 NS 8405 - Utførelsesentreprise

Den mest sentrale kontraktstandarden for større byggeprosjekter er NS 8405 som brukes som det sentrale referansepunkt.¹⁰⁴ Kontrakten er utarbeidet av «de største aktørene i bygge- og anleggsbransjen».¹⁰⁵ Jeg tar derfor utgangspunkt i denne standardkontrakten for vurdering av heving i entrepriseretten.

Hevingsretten følger av punkt 39 hvor det kreves at «den andre parten vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser».¹⁰⁶ Dette er i samsvar med den alminnelige hevingsadgangen. Når hevingserklæringen er kommet frem, skal entreprenøren så snart som mulig sikre arbeidet og forlate byggeplassen.¹⁰⁷ Entreprenøren har imidlertid krav på vederlag for allerede utført arbeid¹⁰⁸, og begge parter kan kreve erstatning for merkostnader som følge av hevingen.¹⁰⁹ Etter dette kan heving kun skje med virkning fremover, da entreprenøren alltid har krav på betaling for allerede utført arbeid.

¹⁰³ HR-2016-219-A avsnitt 37.

¹⁰⁴ Hagstrøm (2011) s. 46.

¹⁰⁵ Marthinussen, Giverholt og Arversen (2016) s. 48.

¹⁰⁶ NS 8405 punkt 39.1 første ledd.

¹⁰⁷ NS 8405 punkt 39.2 tredje ledd.

¹⁰⁸ NS 8405 punkt 39.3.

¹⁰⁹ NS 8405 punkt 39.4 første og andre ledd.

At hevingsadgangen er begrenset til å gjelde ex nunc er begrunnet med «entrepriseformens egenart».¹¹⁰ I motsetning til kjøpsforhold kan ikke det utførte arbeidet tilbakeleveres.¹¹¹ Et kjennetegn ved entreprisekontrakter er at det ofte omfatter store verdier og arbeid over lengre tid. Heving med tilbakevirkende kraft vil kunne få store konsekvenser for entreprenøren. I tillegg vil det kunne tenkes at det oppstår en frykt for å påta seg vanskelige oppdrag, i fare for at byggherren kan erklære heving ved mislighold.

I motsetning til håndverkertjenesteloven skal det etter NS 8405 ikke skje en restitusjon av materiell eller verdien av tjenesten. Her skal det alltid skje et oppgjør for det som er utført. En mangel forut for hevingstidspunktet må kompenseres for med prisavslag og eventuelt erstatning.

3.3 Immaterielle tjenester

3.3.1 Agenturloven

Agenturloven¹¹² regulerer avtaler der en handelsagent skal innhente ordrer, eller inngå avtaler mellom en hovedmann og en tredjemann.¹¹³ Hevingsbestemmelsen ufravikelig til skade for handelsagenten.¹¹⁴

Agenturloven skal gjennomføre handelsagentdirektivet.¹¹⁵ Reglene om heving er imidlertid overlatt til hvert enkelt land å utforme, og bestemmelsen gir dermed ikke direkte uttrykk for internasjonal rett.¹¹⁶ Ved en eventuell hevings situasjon, vil arbeidet handelsagenten legger ned i forkant av en avtaleinngåelse eller innhenting av ordre, aldri kunne tilbakeføres.

Agenturloven er derfor kategorisert som en immateriell tjeneste.

Agenten og hovedmannen kan heve agenturavtalen «med umiddelbar virkning hvis motparten ikke har oppfylt sine plikter etter avtalen eller loven og dette medfører vesentlig

¹¹⁰ Marthinussen, Giverholt og Arversen (2016) s. 657.

¹¹¹ Marthinussen, Giverholt og Arversen (2016) s. 657

¹¹² Lov 19. juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven).

¹¹³ Agenturloven § 1 første ledd.

¹¹⁴ Agenturloven § 27 tredje ledd.

¹¹⁵ Direktiv 1986/653/EØF artikkel 16, jf. Ot.prp. nr.49 (1991-1992) om handelsagenter og handelsreisende s. 5.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 49 (1991-1992) om handelsagenter og handelsreisende s. 21.

kontraktsbrudd». ¹¹⁷ En naturlig språklig forståelse av «umiddelbar virkning» tilsier at hevingen skjer fra det tidspunktet erklæringen kom frem, altså med virkning fremover.

Dersom avtalen heves, mister handelsagenten sin rett til avgangsvederlag. ¹¹⁸ Loven ellers og forarbeidene er tause om virkningen av heving. Likevel er det alminnelige vilkåret for heving fremover i tid «vesentlig mislighold». Ordlyden «umiddelbar virkning» sett opp mot vilkåret «vesentlig kontraktsbrudd» taler for at hevingen skjer med virkning fremover.

Videre kan agenten miste sin rett til provisjon dersom «avtalen mellom hovedmannen og tredjemann ikke oppfylles og dette ikke skyldes hovedmannen». ¹¹⁹ Lovens system legger derfor opp til at hevingen isolert sett kun har virkning for fremtiden, men at retten til betaling kan bortfalle dersom avtalen ikke oppfylles.

3.3.2 Sjøloven

Sjøloven ¹²⁰ er en revidering av sjøfartloven ¹²¹ som følge av den store utviklingen i nordisk og internasjonal skipsfart. ¹²² Loven er kompleks og svært omfattende. Blant annet regulerer den regler om frakt av gjenstander og personer til sjøs. Flere bestemmelser regulerer heving ut fra type avtale og hvor i avtaleprosessen en er. ¹²³

Reglene om heving under utførselen av reisen fremkommer av sjøloven § 384. Dersom skipet ikke holdes sjødyktig, reisen utføres for sent, eller det foreligger andre kontraktsbrudd, kan befraktningsavtalen heves om det medfører at «formålet med avtalen blir vesentlig forfeilet.» Det foreligger ikke forarbeider eller rettspraksis tilknyttet bestemmelsen. Vilkåret er likt som i håndverkertjenesteloven, og det vises til punkt 3.2.1 for redegjørelse av kravet.

¹¹⁷ Agenturloven § 27 første ledd.

¹¹⁸ Agenturloven § 29 første ledd.

¹¹⁹ Agenturloven § 13 første ledd.

¹²⁰ Lov 24. Juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøloven).

¹²¹ Lov 20. Juli 1893 nr. 1 om sjøfarten (sjøfartloven).

¹²² Ot.prp. nr. 55 (1993-1994) om sjøfarten s. 7.

¹²³ Se bl.a. sjøloven §§ 358, 376 og 414.

Loven er søkt å være i samsvar med internasjonal rett, og særlig nordisk rett.¹²⁴ Av hensyn til nordisk rettsenhet på kontraktsrettens område vil ordlyden i bestemmelsen ha stor vekt. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 5.2.3.2.

3.3.3 Tomtefestelova

Tomtefestelova¹²⁵ gjelder feste av grunn til hus med formål at det skal oppføres hus på grunnen.¹²⁶ Det kan ikke avtales mindre gunstige vilkår enn det som følger av loven.¹²⁷ Dersom det erklæres heving vil utleier ikke kunne få tilbakeført disposisjonen over eiendommen den tiden festeavtalen besto, og det er dermed en immateriell tjeneste.

En tomtefesteavtale kan heves dersom det foreligger en «vesentleg mangel».¹²⁸ Dette er i samsvar med det alminnelige vilkåret for heving, og vil i all hovedsak samsvare med punkt 2.5, om hovedvilkåret for heving.

Loven regulerer ikke virkningen av heving. Av forarbeidene fremgår det imidlertid at det skal skje en tilbakelevering. I tomtefesteavtaler vil det innebære at festeren må gi fra seg råderetten over tomten mot å få tilbakebetalt festeavgift og eventuell erstatning.¹²⁹

Det sentrale i hevingsvurderingen av tomtefesteavtaler er hvorvidt mangelen har påvirket festerens mulighet til å utnytte tomten «i samsvar med festeføremålet».¹³⁰ Dersom tomten «i det heile ikkje kan utnyttast til festeføremålet, er det klart at festaren vil ha hevingsrett».¹³¹

Etter dette er kan en tomtefesteavtale heves med retroaktiv virkning dersom formålet med tomtefesteavtalen har blitt vesentlig forfeilet.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 55 (1993-1994) om sjøfarten s. 7.

¹²⁵ Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (heretter tomtefesteloven).

¹²⁶ Tomtefesteloven § 1 første ledd.

¹²⁷ Tomtefesteloven § 4.

¹²⁸ Tomtefesteloven § 26 første ledd første punktum.

¹²⁹ NOU 1993: 29 Rådsegn 15 – Ny lov om tomtefeste s.72.

¹³⁰ NOU 1993: 29 Rådsegn 15 – Ny lov om tomtefeste s.72.

¹³¹ NOU 1993: 29 Rådsegn 15 – Ny lov om tomtefeste s.72.

3.3.4 Husleieloven

Husleieloven¹³² regulerer avtaler der utleier stiller leieobjekt til disposisjon mot vederlag fra leietaker.¹³³ På samme måte som ved tomtefeste vil utleiers ytelse ved å stille husrom til disposisjon ikke kunne tilbakeføres. Loven er i utgangspunktet ufravikelig til gunst for leietaker.¹³⁴

Ved en mangel som medfører «vesentlig mislighold», kan leietaker heve leieavtalen.¹³⁵ Loven regulerer ikke hvorvidt det foreligger retroaktiv hevingsadgang. Systembetraktninger bygget på de øvrige lovene tilsier imidlertid at denne adgangen er begrenset til å gjelde fremover i tid, da det ofte kreves noe mer enn «vesentlig mislighold» for å kunne heve ex tunc.

Likevel fremkommer det av forarbeidene at virkningen av heving «vil bero på de konkrete forhold.».¹³⁶ Utgangspunktet er at leietaker kun kan heve med virkning for fremtiden, og mangler forut for hevingserklæringen må kompenseres for gjennom avslag i leien og eventuelt erstatning.¹³⁷ Det foreligger imidlertid to unntak fra dette utgangspunktet.

For det første åpner grov skyld for heving med retroaktiv virkning.¹³⁸ I husleieavtaler er skyld dermed ikke bare et moment i vurdering av om vilkåret «vesentlig mislighold» er oppfylt, men det er også et moment i vurderingen av hvilken virkning heving får.

For det andre kan heving med tilbakevirkende kraft være aktuelt der «husrommet i seg selv er så vidt mangelfullt at det må betegnes helt utjenlig».¹³⁹ Ut fra dette vil et husrom som er helt ubrukelig til det tiltenkte formålet gi grunnlag for heving med tilbakevirkende kraft. Dette har likhetstrekk til vilkåret om at formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet.

Terskelen for heving ex tunc fremstår imidlertid høyere etter husleieloven, sammenlignet med vilkåret om vesentlig formålsforfeiling. Etter forarbeidene må husrommet være helt nytteløst

¹³² Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven).

¹³³ Husleieloven § 1-1 første ledd.

¹³⁴ Husleieloven § 1-2 første ledd.

¹³⁵ Husleieloven § 5-7 første ledd, jf. § 2-12 første ledd.

¹³⁶ NOU 1993: 4 Lov om husleieavtaler s.116.

¹³⁷ NOU 1993: 4 Lov om husleieavtaler s.116.

¹³⁸ NOU 1993:4 Lov om husleieavtaler s. 116.

¹³⁹ NOU 1993:4 Lov om husleieavtaler s. 116.

for leietaker for at heving skal være aktuelt. Det tilsier at terskelen for heving ex tunc etter husleieloven er strengere enn vilkåret om vesentlig formålsforfeiling.

En høyere hevingsterskel har gode grunner for seg etter husleieloven. For det første vil en mangel kunne oppdages før tjenesten er påbegynt eller gjennomført, i motsetning til for eksempel håndverkertjenester. I husleieforhold er det vanlig å gjennomføre visning i forkant av leieforholdet, og leietaker oppfordres til å foreta forundersøkelser av boligen.¹⁴⁰ Det vil derfor være en betydelig mulighet for leietaker å oppdage en mangel allerede før avtaleinngåelsen.

For tilfeller hvor mangler ikke oppdages på visning, vil de nok oppdages ved innflytting, med mindre det er tale om skjulte feil. Skillet mellom heving ex tunc og heving ex nunc vil da være tilnærmet ubetydelig.

Dersom leietaker tar husrommet i bruk, og det oppstår synlige mangler underveis i leieforholdet som utløser hevingsadgangen, vil det kun være adgang til å heve fra det tidspunktet mangelen oppsto. Dette følger implisitt av husleieloven § 2-12 tredje ledd, hvor det fremkommer at hevingsadgangen bortfaller når mangelen er rettet. Leietaker har til hevingstidspunktet disponert husrommet i kontraktsmessig stand og rimelighetsbetraktninger tilsier at en bør betale vederlag for dette. For tilfeller hvor mangeler utvikler seg over tid, og heving ikke er aktuelt før et visst tidspunkt, vil leieren måtte kreve andre misligholdsbeføyelser som prisavslag for perioden der mangelen ikke ga hevingsrett.

Til slutt kan hensynet til leietakers oppsigelsestid begrunne en høyere terskel.

Oppsigelsestiden har ikke direkte betydning for hevingsadgangen, men det kan ha indirekte innvirkning. Uavhengig av omfang og alvorlighetsgrad av mangelen vil avtalen uansett kunne opphøre innen relativt kort tid, normalt tre måneder.

Etter husleieloven er det dermed adgang til å heve med tilbakevirkende kraft, dersom det er tale om grov skyld eller et husrom som er helt utjenlig.

¹⁴⁰ Husleieloven § 2-6 andre ledd.

3.3.5 Eiendomsmeglingsloven

Eiendomsmeglingsloven¹⁴¹ regulerer avtaler om omsetning av fast eiendom ved bruk av en mellommann.¹⁴² Loven er ikke en ren forbrukerlov, også forhold mellom næringsdrivende vil være omfattet av reglene.¹⁴³ Eiendomsmeglerens ytelse ved å fungere som en mellommann vil ikke kunne tilbakeføres.

Det følger av eiendomsmeglingsloven § 7-7 at dersom det foreligger en «ikke ubetydelig pliktforsømmelse» fra mellommannen, kan «oppdragsgiveren kreve at vederlaget settes ned eller faller bort». I forarbeidene brukes ordet «prisavslag» om nedsettelsen av vederlaget.¹⁴⁴ Dersom vederlagskravet bortfaller i sin helhet vil det i realiteten være tale om heving, til tross for at ordet «heving» ikke brukes uttrykkelig.

Til sammenligning var ordlyden i den tidligere eiendomsmeglingsloven at oppdragsgiver kunne heve dersom foretaket «vesentlig har tilsidesatt sine plikter».¹⁴⁵ Terskelen for heving er dermed etter ordlyden lempet i den nye loven. Dette er også bekreftet i forarbeidene.¹⁴⁶

Etter eiendomsmeglingsloven vil det være adgang til å heve med retroaktiv virkning dersom det foreligger en «ikke ubetydelig pliktforsømmelse». Formuleringen er mer vag sammenlignet med vilkåret i de øvrige lovene. Hva som ligger i vilkåret, vil være en sammensatt helhetsvurdering.¹⁴⁷

3.3.6 Pakkereiseloven

Pakkereiseloven¹⁴⁸ gjelder for næringsdrivende som tilbyr pakkereiser til «reisende».¹⁴⁹ Etter ordlyden er derfor ikke pakkereiseloven en ren forbrukerlov, også næringsdrivende kan omfattes av ordlyden.¹⁵⁰ Pakkereise er definert som «en kombinasjon av minst to forskjellige

¹⁴¹ Lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling (eiendomsmeglingsloven).

¹⁴² Eiendomsmeglingsloven § 1-1 og § 1-2 andre ledd.

¹⁴³ Se forutsetningsvis eiendomsmeglingsloven § 1-3.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 144.

¹⁴⁵ Lov 16. juni 1989 nr. 53 om eiendomsmegling § 4-6 første ledd.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 145.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 144.

¹⁴⁸ Lov 15. juni 2018 nr. 32 om pakkereiser og reisegaranti mv. (pakkereiseloven).

¹⁴⁹ Pakkereiseloven § 1 første ledd.

¹⁵⁰ Prop. 54 L (2017-2018) Lov om pakkereiser og reisegaranti mv. s. 26.

reisetjenester som gjelder samme reise»¹⁵¹, eksempelvis hotell og flytur i samme tur. Loven er nylig revidert og trådte i kraft juli 2018. Pakkereiseloven gjennomfører EUs pakkereisedirektiv¹⁵² som erstattet et tidligere direktiv.¹⁵³

Det tidligere direktivet var et minimumsdirektiv. Dette innebærer at landene selv kunne bestemme innholdet i reglene så fremt vernet var likt eller bedre for den reisende enn det som fulgte av direktivet. Dette førte til ulike regler innad i EØS-landene.¹⁵⁴ Det nye direktivet som er gjennomført i gjeldende lov er basert på et prinsipp om totalharmonisering, som innebærer at de nasjonale reglene i all hovedsak ikke skal avvike direktivets regler.¹⁵⁵ Forskjellen mellom gjeldende lov og den tidligere loven¹⁵⁶ er dermed interessant for å se hva som følger av det interne rettssystemet (den tidligere loven) og hva som følger av det internasjonale systemet (gjeldende lov).

Etter gjeldende rett kan en pakkereiseavtale heves dersom «en mangel i vesentlig grad påvirker gjennomføringen av pakkereisen»¹⁵⁷ og mangelen ikke er rettet eller på annen måte kompensert for. Virkningen av at avtalen heves er at den reisende kan «kreve tilbake verdien av reisetjenestene som ikke er levert».¹⁵⁸ Bestemmelsen gjennomfører pakkereisedirektivet artikkel 13 nr. 6 første ledd.

Etter ordlyden kan den reisende kun kreve tilbakebetaling for det som «ikke er levert». Ordlyden avskjærer adgangen til å heve *ex tunc*. Dette fremkommer også av forarbeidene, der det uttales at siden det presterte ikke kan tilbakeleveres er det kun adgang til å heve med virkning fremover, og mangler for det som er levert må søkes kompensert ved prisavslag og eventuelt erstatning.¹⁵⁹

¹⁵¹ Pakkereiseloven § 6 første ledd.

¹⁵² Europaparlamentets og rådets direktiv 2015/2302/EU av 25. november 2015 om pakkereiser og sammensatte reisearrangementer m.v.

¹⁵³ Prop. 54 L (2017-2018) Lov om pakkereiser og reisegaranti mv. s. 7.

¹⁵⁴ Prop. 54 L (2017-2018) Lov om pakkereiser og reisegaranti mv. s. 9.

¹⁵⁵ Prop. 54 L (2017-2018) Lov om pakkereiser og reisegaranti mv. s. 9.

¹⁵⁶ Lov 25. august 1995 nr. 57 om pakkereiser og reisegaranti (heretter den tidligere pakkereiseloven).

¹⁵⁷ Pakkereiseloven § 29.

¹⁵⁸ Pakkereiseloven § 29.

¹⁵⁹ Prop. 54 L (2017-2018) Lov om pakkereiser og reisegaranti mv. s. 108.

Den tidligere pakkereiseloven åpnet imidlertid opp for hevingsadgang med tilbakevirkende kraft. Dersom reisen var påbegynt, kunne den reisende heve avtalen ved «vesentlige mangler og formålet med pakkereisen av den grunn er vesentlig forfeilet».¹⁶⁰ Etter dette kunne den reisende «kreve tilbake de beløp som er betalt i henhold til avtalen».¹⁶¹

Forarbeidene bekrefter at det etter den gamle loven forelå en slik hevingsadgang, men at terskelen for heving var høyere der tjenesteyteren hadde påbegynt sin oppfyllelse. Dette med grunnlag i at de ytelsene kunden har mottatt ikke kan tilbakeføres og dermed er særlig inngripende ovenfor tjenesteyteren.¹⁶²

Dette viser at før direktivet fikk virkning for hevingsadgangen, så mente lovgiver at den rimeligste løsningen var retroaktiv hevingsadgang dersom formålet med avtalen ble vesentlig forfeilet. Den nye bestemmelsen gir uttrykk for den internasjonale retten, og hvordan EU-lovgiver har vurdert spørsmålet. I fastsettelsen av en alminnelig regel etter norsk rett vil derfor den gamle loven være av interesse. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 5.2.

3.3.7 Finansavtaleloven

Den nye finansavtaleloven trådte i kraft 1. januar 2023. Loven skal gjennomføre tre nye direktiver i norsk rett, men hevingsreglene er ikke regulert av direktivene.¹⁶³ Det er dermed opp til hvert enkelt land å utforme hevingsreglene.

Finansavtaler er definert som en «avtale om finansiell tjeneste, finansoppdrag, betalingsoppgjør og overdragelse av pengekrav» mellom en kunde og en tjenesteyter.¹⁶⁴ Etter finansavtaleloven § 1-4 kan en kunde både være en fysisk og juridisk person. En forbrukerkunde har imidlertid et større vern, da loven er ufravikelig til ugunst for

¹⁶⁰ Lov 25. august 1995 nr. 57 om pakkereiser og reisegaranti § 6-3 første ledd.

¹⁶¹ Lov 25. august 1995 nr. 57 om pakkereiser og reisegaranti § 6-3 første ledd.

¹⁶² Ot.prp. nr. 35 (1994-1995) om lov om pakkereiser s. 48.

¹⁶³ Direktiv 2014/17/EU; direktiv 2014/92/EU; direktiv (EU) 2015/2366, jf. Prop. 92 LS (2019-2020) Finansavtaleloven, lovendr. og EØS-komiteens beslutning s. 10 og s. 219.

¹⁶⁴ Finansavtaleloven § 1-1 første ledd, jf. § 1-3 første ledd og tredje ledd første punktum.

forbrukeren.¹⁶⁵ Reglene om heving kan imidlertid ikke fravikes til ugunst for *kunden*.¹⁶⁶ Dette vil gjelde uavhengig av om kunden er forbruker eller ikke.

For heving fremover i tid gjelder den alminnelige regelen om at det må foreligge vesentlig mislighold.¹⁶⁷ Når tjenesten er levert, kan avtalen heves «bare dersom kundens nytte av den leverte tjenesten er ubetydelig og tjenesteyteren ikke påføres et urimelig stort tap, med mindre kundens formål med avtalen er blitt vesentlig forfeilet som følge av misligholdet».¹⁶⁸ Heving kan følgelig skje på to forskjellige grunnlag. Det sistnevnte alternativet tilsvarer ordlyden etter håndverkertjenesteloven.

Det første alternativet krever at to kumulative vilkår er oppfylt, jf. ordlyden «og». For det første må nytten av den leverte tjenesten være «ubetydelig». En naturlig språklig forståelse av «ubetydelig» er at tjenesten bare tilfører en marginal nytte for kunden, men det kreves ikke at nytten er helt verdiløs. Videre kreves det at hevingen ikke forårsaker «et urimelig stort tap» for tjenesteyteren. Ordet «urimelig» tilsier at en må se tapet av hevingen opp mot verdien av tjenesten som er levert, for så å kunne vurdere om tapet er urimelig.

Hensynet bak hevingsadgangen etter det første alternativet begrunnes i forarbeidene med at «[n]år disse vilkårene er oppfylt, blir partenes tap som følge av misligholdet utlignet, og en unngår at kunden sitter igjen med en nytteverdi av en levert tjeneste og dermed «tjener» på tjenesteyterens mislighold».¹⁶⁹ Tanken er at partene vil stilles likt ved at tjenesteyter ikke har lidt et urimelig stort tap, samtidig som kjøper ikke har fått stor nytte av tjenesten.

Det andre alternativet oppstiller kun ett vilkår, nemlig at «kundens formål med avtalen er blitt vesentlig forfeilet som følge av misligholdet.» Formuleringen er tilnærmet lik som i håndverkertjenesteloven.

Dersom vilkårene for heving foreligger, enten ved første eller andre alternativ, uttales det i forarbeidene at tjenesteyteren ikke etter gjeldende rett har «grunn til å forvente vederlag fra

¹⁶⁵ Finansavtaleloven § 1-9 andre ledd.

¹⁶⁶ Finansavtaleloven § 1-9 andre ledd andre punktum.

¹⁶⁷ Finansavtaleloven § 3-48 første ledd, første punktum.

¹⁶⁸ Finansavtaleloven § 3-48 første ledd annet punktum.

¹⁶⁹ Prop.92 LS (2019-2020) Finansavtaleloven, lovendr. og EØS-komiteens beslutning s. 221.

kunden for den leverte tjenesten». ¹⁷⁰ Etter finansavtalelovens regler er utgangspunktet at man kan heve avtalen dersom nytten til kunden av tjenesten er ubetydelig og det ikke medfører et urimelig stort tap for tjenesteyteren. Dersom vilkårene ikke er oppfylt etter første alternativ, kan naturalkreditor heve dersom formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet.

3.3.8 Digitalytelsesloven

Digitalytelsesloven er en relativt ny lov med virkning fra 1. januar 2023 og gjennomfører digitalytelsesdirektivet. I likhet med pakkereiseloven er målet totalharmonisering, og landene har ikke adgang til å fravike direktivet, verken til gunst eller ugunst for forbrukeren. ¹⁷¹

Reglene om heving etter digitalytelsesloven er dermed en direkte gjennomføring av direktivet.

Digitalytelsesloven er en forbrukerlov som regulerer «avtaler om levering av digitale ytelser mot vederlag». ¹⁷² Eksempler på digitale ytelser er strømmetjenester, nettaviser og dataspill. Loven vil også gjelde der vederlaget er i form av å oppgi personopplysninger, slik at gratistjenester som eksempelvis TikTok vil falle inn under virkeområdet til loven. ¹⁷³ Videre kan loven ikke fravikes til skade for forbrukeren, noe som samsvarer med andre forbrukerlover.

Dersom det foreligger en mangel ved den digitale ytelsen, kan forbrukeren heve avtalen. ¹⁷⁴ I likhet med håndverkertjenesteloven kan heving kreves i stedet for prisavslag. Dette må, på samme måte som i håndverkertjenesteloven, forstås som at vilkårene for prisavslag først må være oppfylt for at en kan kreve heving. Forbrukeren kan heve avtalen «med mindre leverandøren beviser at mangelen er uvesentlig». ¹⁷⁵ Vilkaaret om at mangelen ikke må være «uvesentlig» er likt som i forbrukerkjøpsloven. ¹⁷⁶ Høyesterett har avklart at formuleringen gir forbrukeren en videre adgang til å heve enn det som følger av det alminnelige kravet om vesentlig mislighold. ¹⁷⁷

¹⁷⁰ Prop.92 LS (2019-2020) Finansavtaleloven, lovendr. og EØS-komiteens beslutning s. 221.

¹⁷¹ Digitalytelsesdirektivet artikkel 4.

¹⁷² Digitalytelsesloven § 1 første ledd.

¹⁷³ Digitalytelsesloven § 1 fjerde ledd.

¹⁷⁴ Digitalytelsesloven § 19 punkt 4, jf. § 24.

¹⁷⁵ Digitalytelsesloven § 24.

¹⁷⁶ Forbrukerkjøpsloven § 32.

¹⁷⁷ Rt. 2015 s. 321 avsnitt 53.

Virkningen av heving er for det første at partenes plikt til å oppfylle avtalen bortfaller.¹⁷⁸ For det tilfellet at ytelsen allerede er gjennomført, «kan det mottatte kreves tilbakeført».¹⁷⁹ Dette er videre utdypet med at leverandøren skal «betale tilbake mottatt vederlag til forbrukeren», men dersom avtalen gjelder «løpende levering over en periode, betaler leverandøren likevel ikke tilbake vederlag for perioder forut for hevingserklæringen der ytelsen av mangelfri». Forbrukeren på sin side skal «avstå fra videre bruk av den digitale ytelsen».¹⁸⁰

I et slikt tilfelle vil forbrukeren få full restitusjon i form av tilbakebetaling, med fradrag for eventuelle perioder der ytelsen var mangelfri. Tjenesteyteren vil imidlertid ikke vil få noen form for tilbakeføring annet enn at forbrukeren i fremtiden må avstå fra å bruke tjenesten.

Reglene om heving er likelydende digitalytelsesdirektivet, men i direktivet er det presisert enda tydeligere i artikkel 17 at forbrukeren ikke skal betale for «any use made of the digital content or digital service in the period, prior to the termination of the contract, during which the digital content or the digital service was not in conformity.»¹⁸¹

Det er ikke problematisert at ytelsen fra leverandøren ikke kan tilbakeføres, verken i loven, direktivet eller forarbeidene. Likevel fremgår det av direktivets formålsbestemmelse at målet er å oppnå «high level of consumer protection».¹⁸² Det kan derfor fremstå som et bevisst valg at terskelen for heving av gjennomførte tjenester skal være lempeligere enn ellers.

¹⁷⁸ Digitalytelsesloven § 44 første ledd.

¹⁷⁹ Digitalytelsesloven § 44 andre ledd andre punktum.

¹⁸⁰ Digitalytelsesloven § 46 første ledd.

¹⁸¹ Digitalytelsesdirektivet artikkel 17 punkt 3.

¹⁸² Digitalytelsesdirektivet artikkel 1 første ledd.

4 Sammenfatning av gjeldende rett

4.1 Oppsummering av hevingsadgangen i tjenestekontraktlovene

I det foregående er det redegjort for ti ulike lover samt en standardkontrakt som regulerer tjenester som etter sin art ikke kan tilbakeføres. Når det gjelder hevingsadgangen, ser man at denne ikke nødvendigvis bygger på samme kriterier fra lov til lov.

I tre lover, bustadoppføringslova, agenturloven og pakkereiseloven, samt NS 8405, er heving ex tunc fullstendig utelukket. Heving skal kun skje med virkning fremover. For mangler forut hevingstidspunktet må det foretas et separat oppgjør.

I tre lover, håndverkertjenesteloven, sjøloven og finansavtaleloven, stilles det krav om at formålet med avtalen er vesentlig forfeilet for at det skal kunne heves med tilbakevirkende kraft. Samme krav gjelder også etter tomtefesteloven. Til forskjell fra de andre lovene følger imidlertid ikke vesentlig formålsforfeiling direkte av ordlyden, men ut fra forarbeidene.

Husleieloven åpner opp for heving ex tunc, men som et unntak fra utgangspunktet om at heving kun har virkning fremover. Det sentrale i vurderingen er om det foreligger grov skyld hos utleier eller om husrommet er helt utjenlig.

Etter digitalytelsesloven kreves det kun «vesentlig mislighold» for både heving ex nunc og ex tunc. Eiendomsmeglingsloven åpner opp for retroaktiv heving, men vurderingen er skjønnsmessig. Her oppstilles det ikke et konkret vilkår for å kunne heve ex tunc. Det fremgår heller ikke hvilke vilkår som er sentrale.

Etter redegjørelsen ovenfor kan den retroaktive hevingsadgangen oppstilles på denne måten:

Lov	Hevingsadgang ex tunc
Håndverkertjenesteloven*	Ja
Bustadoppføringsloven	Nei
NS 8405	Nei
Agenturloven	Nei
Sjøloven*	Ja
Tomtefesteloven	Ja**
Husleieloven	Ja**
Eiendomsmeglingsloven	Ja**
Pakkereiseloven	Nei
Finansavtaleloven*	Ja
Digitalytelsesloven	Ja

**Ordlyden i loven stiller krav om at formålet med avtalen er vesentlig forfeilet som følge av mangelen.*

***Det fremkommer ikke direkte av lovbestemmelsen om heving, men forarbeider eller systembetraktninger legger til grunn retroaktiv hevingsadgang.*

Det er dermed to mulige alternativer for å kompensere for mangler forut for hevingstidspunktet. Det første tilfellet er der loven åpner opp for heving ex tunc. Tjenesteyteren vil da ikke automatisk ha krav på vederlag for allerede gjennomført ytelse. Dersom kjøper har hatt nytte av tjenesten, skal det likevel foretas et nyttefradrag.

Det andre tilfellet er når heving kun gjelder fremover i tid. Tjenesteyteren vil da ha krav på vederlag frem til hevingstidspunktet. Mangler før hevingstidspunktet må kompenseres for i form av andre misligholdsbeføyelser, eksempelvis prisavslag.

Spørsmålet er imidlertid om de to ulike alternative, henholdsvis prisavslag og nyttefradrag, vil føre til et ulikt sluttresultat for partene. Dette tar meg videre til neste punkt.

4.2 Prisavslag sammenlignet med nyttefradrag

Prisavslag er ansett som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp og vil gjelde på ulovfestet grunnlag.¹⁸³ Lilleholt hevder at prisavslag er den enkleste måten å gjenopprette balansen av

¹⁸³ Hallsteinsen (2018) s. 404.

avviket i kontrakten.¹⁸⁴ Hvilken metode som benyttes for å vurdere avslaget, vil imidlertid kunne variere ut fra kontraktstype.

For kjøp skal prisavslag fastsettes ut fra en sammenligning av mangelens verdi, sett opp mot det avtalte.¹⁸⁵ Nedsatt pris skal etter dette samsvare med tingens verdi i mangelfull stand. For enkelte andre kontrakter er det sentrale å vurdere prisavslag utfra verdireduksjonen som er påført.¹⁸⁶ For mangler som kan utbedres skal prisavslaget tilsvare utbedringskostnadene.¹⁸⁷ Dette er tilfellet for blant annet håndverkertjenester. Dersom kostnadene med å rette mangelen er «urimelige i forhold til mangelens betydning»¹⁸⁸, skal prisavslaget tilsvare mangelens betydning.¹⁸⁹ Det sentrale ved vurderingen av prisavslag er mangelens betydning, hva den utgjør i verdi og eventuelt utbedringskostnader.

Nyttefradrag skal tilsvare et «rimelig vederlag»¹⁹⁰ for den verdi eller nytte tingen eller tjenesten har hatt for kjøper. Som nevnt gjelder også reglene om nyttefradrag på ulovfestet grunnlag. Formålet bak regelen er at kjøper ikke skal tjene på tjenesteyterens mislighold.¹⁹¹ Etter ordlyden «rimelig vederlag» fremstår nyttefradrag som en mer skjønnsmessig vurdering, sammenlignet med prisavslag. I motsetning til prisavslag vil det sentrale være å vurdere nytten av tjenesten, til tross for mangelen.

På bakgrunn av dette kan det hevdes at prisavslag og nyttefradrag er ulike sider av samme sak. Enten måler man verdien mangelen har hatt for kjøper eller verdien nytten har hatt for kjøper – resultatet vil kunne bli det samme.

Likevel viser rettspraksis at utfallet kan bli ulikt ut fra om det legges til grunn nyttefradrag eller prisavslag. I tidligere nevnte dom¹⁹² om oppføring av tilbygg til hus, ble summen kjøper

¹⁸⁴ Lilleholt (2017) s. 295.

¹⁸⁵ Kjøpsloven § 38.

¹⁸⁶ NS 8405 pkt. 36.4 og tomtefesteloven § 26.

¹⁸⁷ Hagstrøm (2011) s. 420.

¹⁸⁸ Håndverkertjenesteloven § 25 andre ledd andre punktum.

¹⁸⁹ Håndverkertjenesteloven § 25 andre ledd andre punktum, jf. Ot. Prp. Nr. 29 (1988-1989) s. 39.

¹⁹⁰ Håndverkertjenesteloven § 16 første ledd tredje punktum og kjøpsloven § 65 første ledd.

¹⁹¹ Vilde Wigenstad og Ola Berg Lande, Norsk Lovkommentar: Karnov Håndverkertjenesteloven § 16, note 4, 04.09.2023.

¹⁹² HR-2016-219-A.

av tjenesten satt igjen med forskjellig ut fra om nyttefradrag eller prisavslag ble lagt til grunn i hevingsoppgjøret. Tingretten kom til at avtalen kunne heves med tilbakevirkende kraft, og vurderte dermed hva nyttefradraget utgjorde for kjøper. Resultatet ble at nytten utgjorde 100 000 kroner, og kjøper fikk tilbake 200 000 kroner.¹⁹³

Lagmannsretten la til grunn at kjøper bare kunne heve med virkning fremover, og vurderte hva prisavslaget for tjenesten utgjorde. Retten kom til et avslag tilsvarende 130 000 kroner. Nyttefradraget ga dermed kjøper 70 000 kroner mer, enn når prisavslag ble lagt til grunn.¹⁹⁴

Til tross for at dommen viser at løsningen kan bli forskjellig ut fra hvilken metode som benyttes, kan det ha grunnlag i andre forhold. I eksempelet er det tale om to ulike rettsinstanser. Det er ikke gitt at løsningen ville blitt den samme om samme rettsinstans avgjorde begge spørsmålene. Dette fordi både nyttefradrag og prisavslag er en skjønnsmessig vurdering, og resultatet kan variere ut fra hvem som tar avgjørelsen.

Lilleholt hevder at skillet mellom heving ex nunc og heving ex tunc ikke har virkning for det materielle spørsmålet, men at det heller er et spørsmål om hvilken forklaringsmodell som skal benyttes.¹⁹⁵

Likevel vil forskjellen mellom nyttefradrag og prisavslag kunne variere ut fra hvilken utmåling prisavslaget følger. Det kan eksempelvis være stor forskjell mellom utbedringskostnader og nyttevederlag, mens mangelens betydning og nyttevederlag kan være forholdsvis likt. Hvilken modell som legges til grunn, kan videre ha betydning i forhold til prosesshensyn. Ved retroaktiv heving har ikke tjenesteyteren automatisk krav på betaling. Dersom tjenesteyteren mener at det foreligger nytte ved tjenesten, må det uttrykkelig kreves. Det kan resultere i en lang og kostbar prosess. I motsatt retning er det kjøper som må fremme krav om prisavslag.

¹⁹³ TRANA-2013-142997 under punkt “hevingsoppgjøret”.

¹⁹⁴ LH-2014-206301.

¹⁹⁵ Lilleholt (2017) s. 315.

5 Regeldanning med grunnlag i induksjon fra tjenestekontrakslovene

5.1 Innledende betraktninger

På bakgrunn av redegjørelsen over vil det i dette kapittelet drøftes hvorvidt likheter i de lovfestede tilfellene kan begrunne en alminnelig hevingsregel for anvendelse på ulovfestede tjenestekontrakter.

Det foreligger ingen høyesterettspraksis som regulerer hevingsadgangen for tjenestekontrakter på ulovfestet grunnlag. Det å konstruere en regel på bakgrunn av en felles rettsoppfatning i andre lover har derfor gode grunner for seg. Der samme løsning følger av forskjellige lover som regulerer ulike avtaletyper, er det et sterkt argument for at også samme løsning skal gjelde for det ulovfestede tilfellet. Flere kontraktslover bygger nettopp på en slik fremgangsmåte.¹⁹⁶ Det vil derfor være naturlig å følge samme metode ved spørsmålet om hvordan heving av uregulerte tjenestekontrakter skal gjennomføres.

Metoden kalles av Monsen for «regeldanning basert på induksjon fra flere lovsteder».¹⁹⁷ Det sentrale i vurderingen er å analysere om flere lover, med mindre varierende innholdsmessige forskjeller, bygger på en felles rettstanke. Kontraktspraksis er også relevant i vurderingen.¹⁹⁸

Alternativt kunne man konstruere en regel på bakgrunn av direkte analogi fra en enkelt lov. Analogi vil si at «regelen blir anvendt på et faktum som ikke kan henføres direkte inn under lovregelen, selv etter utvidende fortolkning av lovteksten».¹⁹⁹ Dette forutsetter imidlertid et konkret faktum, der det i hver enkelt sak må vurderes om en lov kan anvendes analogisk på det aktuelle tilfellet. Ved konstruksjon basert på induksjon er det et mer overordnet perspektiv, der det sentrale er om flere lover bygger på en felles tanke som kan overføres på ulovfestet grunnlag.

Angående rettskildeverdien av fellestrekk i lovgivningen uttaler Monsen at:

¹⁹⁶ Hagstrøm (2011) s. 71.

¹⁹⁷ Erik Monsen, «Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten», *Jussens Venner*, 47 (2012) nr. 6, side 319-345, på s. 339.

¹⁹⁸ LB-2003-19361, jf. Monsen (2012) s. 339.

¹⁹⁹ Monsen (2012) s. 335.

«Det ligger et sterkt autoritativt uttrykk i det faktum at det i lovgivningen foreligger flere lovregler som regulerer samme rettsspørsmål på (noenlunde) samme måte. Dette autoritative uttrykket er i seg selv tilstrekkelig for å kunne fastslå eksistensen av den aktuelle ulovfestete retten. Fastleggingen av den ulovfestete reglens innhold og rekkevidde – fortolkning av primært rettsgrunnlag – betinger imidlertid nærmere rettslig argumentasjon.»²⁰⁰

Som det fremgår av sitatet er en felles rettstanke bak de lovregulerte tjenestekontraktene tilstrekkelig for å fastslå regelens eksistens. Det er dette som er temaet i punkt 5.2. Videre vil jeg drøfte om grov skyld er et selvstendig grunnlag for retroaktiv heving. Innholdet og rekkevidden av regelen vil imidlertid kunne variere ut fra den aktuelle kontrakten som rettsspørsmålet angår, og dette må fastsettes konkret i hver enkelt sak. I punkt 5.4 vil det på generelt grunnlag drøftes forhold som kan endre innholdet av den eventuelle regelen.

5.2 Eksisterer det en ulovfestet regel om retroaktiv hevingsadgang for tjenestekontrakter?

5.2.1 Innledende betraktninger

I juridisk litteratur er det fremholdt at det er uklart hvilken løsning, heving ex nunc eller ex tunc, som skal legges til grunn for ulovfestede tjenestekontrakter.²⁰¹ Spørsmålet i det videre er om det foreligger en felles rettstanke bak de lovfestede tilfellene og om likhetstrekkene er tilstrekkelig for å utlede en alminnelig hevingsregel som kan gjelde for uregulerte tjenestekontrakter.

Den første forskjellen som aktualiseres etter redegjørelsen av tjenestekontraktslovene er forskjellen mellom entreprismodellen og kjøpsmodellen.

5.2.2 Entreprisemodellen

Både bustadoppføringslova og NS 8405 følger entreprismodellen som fullstendig utelukker heving med tilbakevirkende kraft. Ved heving skal det alltid betales et vederlag for det som er utført frem til hevingserklæringen foreligger. Entreprenøren mister etter dette kun sin rett til å fullføre oppdraget.²⁰² For det tilfellet at mangelen har betydning for arbeid forut for

²⁰⁰ Monsen (2012) s. 340.

²⁰¹ Lilleholt (2017) s. 322.

²⁰² Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 356.

hevingserklæringen legges det opp til et etteroppgjør i form av prisavslag, sammenholdt med erstatning.

Løsningen er begrunnet i at arbeidet ofte er ferdigstilt før byggherren kan påberope seg mangler.²⁰³ Det vil ikke være praktisk mulig å tilbakeføre slikt arbeid, og heving ex tunc er dermed utelukket.

Selv om entreprenøren har krav på vederlag for utført arbeid, har heving som misligholdsbeføyelse en oppdragende effekt.²⁰⁴ Løsningen etter den entrepriserettslige modellen er at entreprenøren som utgangspunkt er erstatningsrettslig ansvarlig for nødvendige utgifter som følge av at avtalen heves, herunder at en ny part må fullføre arbeidet.²⁰⁵ I tillegg vil det ha stor betydning for ryktet til entreprenøren som nok av den grunn vil gjøre sitt beste for å overholde avtalen. Løsningen sikrer dermed utgangspunktet om at avtaler skal holdes slik de er inngått, til tross for at en har krav på fullt vederlag for det som er ytet på hevingstidspunktet.²⁰⁶

Utgangspunktet i entrepriseretten er at heving kun kan skje med virkning fremover. Det er ikke avdekket noen tilfeller der det gjelder et unntak fra dette utgangspunktet.

5.2.3 Kjøpsmodellen

5.2.3.1 Hevingsadgangen etter kjøpsmodellen

Gjennomgangen av tjenestekontrakslovene viser at utenfor entrepriseretten er det to av totalt ti lover som utelukker heving med retroaktiv virkning. Det er henholdsvis pakkereiseloven og agenturloven. Den avvikende løsningen i to lover kan tale for at det ikke foreligger en felles rettstanke bak de lovregulerte tilfellene for heving ex tunc av tjenester.

Likevel bygger løsningen etter pakkereiseloven på en totalharmonisering av pakkereisedirektivet.²⁰⁷ Som nevnt var det tidligere direktivet et minimumsdirektiv der hvert enkelt land kunne utforme hevingsreglene.²⁰⁸ Etter den tidligere pakkereiseloven kunne den

²⁰³ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 356.

²⁰⁴ Hagstrøm (2011) s. 357.

²⁰⁵ NS 8405 punkt 39.4

²⁰⁶ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 356

²⁰⁷ Prop. 54 L (2017-2018) s.9.

²⁰⁸ Se ovenfor i punkt 3.3.6 om pakkereiseloven.

reisende heve med tilbakevirkende kraft, dersom formålet med reisen ble vesentlig forfeilet. Betydningen av at gjeldende pakkereiselov har en avvikende løsning kan derfor ha begrenset rettskildeværdi, da det er et uttrykk for direktivet og ikke hva som anses rimelig etter norsk rett isolert.

I de øvrige tjenestekontraktlovene, utenom husleieloven, oppstilles ikke retroaktiv heving som et unntak, men det er en høyere terskel for heving *ex tunc* sammenlignet med heving *ex nunc*. Den begrensede restitusjonsadgangen har etter dette kun innvirkning på terskelen for heving, ikke for adgangen til å heve med tilbakevirkende kraft. Lovene regulerer forskjellige avtaletyper og gjelder på ulike rettsområder, alt fra sjøreise til håndverkertjenester. Det taler for at tanken bak hevingsadgangen er lik, uavhengig av kontraktstype, som igjen tilsier at utgangspunktet kan gjelde på ulovfestet grunnlag.

Husleieloven oppstiller heving *ex nunc* som et klart utgangspunkt, og det åpnes kun unntaksvis opp for at husleieavtaler kan heves med tilbakevirkende kraft. Likevel fremstår tanken bak hevingsadgangen å være lik som i de øvrige lovene, hvor det sentrale er at terskelen for heving *ex tunc* skal være høyere enn heving *ex nunc*. Som nevnt er det tilstrekkelig at løsningen er noenlunde lik i lovene for å oppstille en regel. Det er derfor ikke avgjørende at husleieloven kun unntaksvis åpner for heving *ex tunc*.

Likevel er det i juridisk teori fremholdt at utgangspunktet ved ikke-restituerbare ytelser er at heving kun har virkning fremover. Augdahl uttaler at hovedregelen utenfor kjøpsforhold, der hele eller deler av ytelsen er gjennomført og ytelsen ikke består av penger, er at naturalkreditor er avskåret fra å heve kontrakten med tilbakevirkende kraft.²⁰⁹ Hagstrøm slutter seg til dette utgangspunktet og uttaler at dersom en hovedregel skal oppstilles på området «må den gå ut på at det bare er adgang til å heve med virkning for fremtidige ytelser, altså *ex nunc*, slik at det må betales etter kontraktens priser for de deler som allerede er oppfylt».²¹⁰

Hallsteinsen går enda lengre og hevder at det for ulovfestede ikke-restituerbare ytelser kun er adgang til å heve med virkning fremover i tid.²¹¹ Dette begrunner han blant annet i at

²⁰⁹ Augdahl (1978) s. 196.

²¹⁰ Hagstrøm (2011) s. 454.

²¹¹ Hallsteinsen (2018) s. 428.

prisavslagsinstituttet har fått et sterkt fotfeste i norsk rett, og det er dermed naturlig at mangler ved ytelser som ikke kan tilbakeføres er søkt kompensert gjennom prisavslag.²¹² Standpunktene i juridisk litteratur er imidlertid ikke basert på løsningene i de lovfestede tilfellene.

Analysen ovenfor viser at et mer passende utgangspunkt, ut fra de lovfestede tilfellene, er at det kreves noe mer enn vesentlig mislighold for at en slik hevingsadgang foreligger. Det foreligger med andre ord en skjerpet terskel for retroaktiv hevingsadgang for tjenester som ikke kan tilbakeføres. Utgangspunktet er dermed et annet etter kjøpsmodellen enn det som følger av entreprismodellen. Spørsmålet er hvorfor det er valgt ulike løsninger for tilfeller som fremstår relativt like.

På bakgrunn av dette kan man stille spørsmål ved om hevingsreglene som følger av klassiske kjøpstilfeller er forsøkt tilpasset tjenestetilfellene. For klassiske kjøp vil tilbakeføringen sjeldent være problematisk. Dette fordi en ting lett kan tilbakeføres til selger i sin opprinnelige stand. For kjøp vil altså formålet med retroaktiv heving kunne oppfylles kun ved at hevingsbeføyelsen gjøres gjeldende.

Ved tjenester som er gjennomført vil dette ikke være tilfellet, og restitusjon er umulig fullt ut. Siden restitusjon av tjenesten ikke er mulig, er det verdien tjenesten representerer som skal tilbakeføres. Heving isolert sett vil derfor ikke kunne ivareta formålet med retroaktiv heving, det må alltid ses i sammenheng med nyttefradrag og eventuell erstatning. Nyttens vil imidlertid ofte stå i et misforhold til det tjenesteyteren isolert sett har prestert.²¹³

Den manglende restitusjonsmuligheten er nettopp grunnen til at heving *ex tunc* er utelukket etter entreprismodellen. På den måten er reglene om heving av tjenester basert på en modifisering av utgangspunktet om restitusjon for klassiske kjøpstilfeller, til tross for at restitusjon i praksis vil være umulig å gjennomføre fullt ut.

Hensynet til harmoni innenfor kontraktslovene tilsier likevel at løsningen etter kjøpsmodellen er rimelig. Samme regel vil gjelde uavhengig av om ytelsen er en gjenstand eller en tjeneste. Det gjør regelverket lett å forholde seg til. I tillegg fremstår denne løsningen rimelig all den

²¹² Hallsteinsen (2018) s. 427.

²¹³ Hagstrøm (2011) s. 453.

tid tjenesteyteren har prestert noe så langt fra det avtalte at verdien for kjøper er tilnærmet nytteløs. Tjenesteyteren har etter dette liten grunn til å forvente at han får betalt for tjenesten.

På den annen side er ikke reglene like treffende for avtaler der ytelsen består av en tjeneste som ikke kan tilbakeføres. Det kan hevdes at harmonisering med andre kontraktslover, eksempelvis kjøpsloven, vil gå på bekostning av en god og passende regel. På bakgrunn av at tjenesten ikke kan tilbakeføres, har tjenestene større likhetstrekk med entrepriseretten. Det tale for at heving etter kjøpsmodellen heller burde søkes harmonisert med bustadoppføringsloven og norsk standard enn de øvrige kontraktslovene for klassiske kjøpstilfeller. Dette gjelder særlig med bakgrunn i at Lilleholt fremholder at hvilken løsning man benytter i hovedsak er et spørsmål om forklaringsmodell og vil ha lite å si for det materielle resultatet.²¹⁴ Det er flere argumenter for at hevingsadgangen etter kjøpsmodellen burde følge samme løsning som entreprismodellen.

Likevel er det en klar rettstanke bak hevingsadgangen for tjenester etter kjøpsmodellen, og hevingsadgangen er i all hovedsak lik i de lovregulerte tilfellene. Det er følgelig mest nærliggende å konkludere med at det eksisterer en regel om at det er adgang til å heve med tilbakevirkende kraft for tjenestekontrakter. Spørsmålet videre er hvorvidt en kan legge til grunn at formålet med tjenesten må være vesentlig forfeilet, som vilkår for heving *ex tunc*.

5.2.3.2 Vesentlig formålsforfeiling som alminnelig vilkår for heving *ex tunc*

I tre av lovene er vilkåret for heving *ex tunc* formulert tilnærmet likt, og det sentrale er om formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet som følge av mangelen.²¹⁵ Lovene gjelder alt fra finansavtaler, frakt til sjøs og elektrisk arbeid i hus. Lovenes virkeområde omfatter dermed varierte tjenester. I tillegg var det et likelydende vilkår etter den tidligere pakkereiseloven. Samlet sett taler det for at lovgiver anser vilkåret om vesentlig formålsforfeiling som det best egnet ved heving av retroaktive tjenester.

Videre er det uttalt i forarbeidene til finansavtaleloven at bestemmelsen er ny, men «antas å svare til alminnelige kontraktsregel».²¹⁶ Dette begrunnes med at ytelsen vanskelig kan

²¹⁴ Lilleholt (2017) s. 315.

²¹⁵ Se Håndverkertjenesteloven § 26, finansavtaleloven § 3-48 og sjøloven § 384

²¹⁶ Prop. 92 LS (2019-2020) om Finansavtaleloven, lovendr. og EØS-komiteens beslutning s. 370.

reverseres, og utgangspunktet etter gjeldende rett er dermed at det kreves noe mer enn «vesentlig mislighold» for å kunne heve en tjenestekontrakt. Uttalelsene fremstår som veloverveide og begrunnet, og har derfor stor rettskildemessig vekt.²¹⁷

I tomtefesteloven fremkommer det av forarbeidene og systembetraktninger at det sentrale er hvorvidt formålet med avtalen er forfeilet. Til tross for at vilkåret ikke kommer direkte til uttrykk etter ordlyden, gir forarbeidene uttrykk for en felles rettstanke. Det sentrale i vurderingen er hvorvidt formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet. Etter husleieloven er dette også et sentralt moment, men det er ikke alene avgjørende. I husleieforhold er det også av betydning hvorvidt det foreligger grov skyld.

Et argument mot at vesentlig formålsforfeiling skal gjelde som et alminnelig vilkår er at digitalytelsesloven har en avvikende ordlyd. Likevel gjennomfører digitalytelsesloven et internasjonalt direktiv og kan på samme måte som pakkereiseloven ha begrenset vekt i en vurdering av om det eksisterer en alminnelig regel.

Eiendomsmeglingsloven oppstiller heller ikke vesentlig formålsforfeiling som et vilkår for heving med tilbakevirkende kraft. Ordlyden er her mer skjønnsmessig sammenlignet med de øvrige momentene. Etter dette kan det være et moment i vurderingen, men det kommer ikke eksplisitt til uttrykk.

Til tross for at to lover ikke har samme klare rettstanke bak hevingsadgangen, taler hensynet til nordisk rettsenhet for at det er å anse som et alminnelig vilkår. Særlig relevant er det at sjøloven er forsøkt å samsvare med internasjonal rett, og spesielt nordisk rett. Videre er det et likelydende vilkår etter den svenske håndverkertjenesteloven.

Det er mest nærliggende å konkludere med at utgangspunktet for tjenestekontrakter, utenfor entrepriseretten, er at heving kan skje med retroaktiv virkning dersom formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet.

5.2.3.3 Innsiktsrekvisitt som vilkår for retroaktiv heving

Spørsmålet er om det i tillegg til vilkåret om at formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet, kan oppstilles et vilkår om at mangelen må ha vært synlig for misligholderen.

²¹⁷ Skoghøy (2018) s. 261.

I likhet med norsk rett er vilkåret for å heve en håndverkertjenesteavtale i svensk rett at «syftet med tjansten i huvudsak är förfelat».²¹⁸ Etter svensk rett oppstilles det i tillegg et vilkår om at tjenesteyteren må ha innsett eller burde ha innsett at formålet med tjenesten ble vesentlig forfeilet.²¹⁹ Dette vilkåret kalles i norsk rett for innsiktsrekvisitt.²²⁰ Vilkalet om innsiktsrekvisitt gjelder også etter den svenske agenturloven.²²¹ Norsk rett er ikke samsvarende med svensk rett på dette punktet.

Etter den gamle kjøpsloven var det et krav om at selgeren måtte innse betydningen mangelen hadde for kjøper, for at kjøpet skulle heves.²²² Denne formuleringen ble ikke videreført til gjeldende kjøpslov.

I forarbeidene uttaler departementet at kjøpsloven er søkt harmonisert med nordisk rett som har et vilkår om innsiktsrekvisitt. Likevel uttales det at det er «uheldig å fokusere ensidig på to momenter i denne vurderingen»²²³ og at «innholdsmessig er det i alle tilfelle ikke tilsiktet noen forskjell»²²⁴ fra de øvrige nordiske landene, men at det heller skal inngå som et moment i vurderingen.²²⁵

Uttalelsene er noe motstridene da det på en side ikke er tiltenkt noe innholdsmessig forskjell til tross for at vilkåret ikke er inntatt, mens på den andre siden uttales at det kun skal være et moment i helhetsvurderingen. Dette har ført til debatt om hvorvidt det skal gjelde et slikt vilkår generelt for heving etter norsk rett.

Augdahl hevder at det foreligger hensyn som gjør at det på generelt grunnlag gjelder et vilkår om innsiktsrekvisitt ved heving. Dette begrunnes i hovedsak med at resultatet av en slik regel er rimelig. Dersom misligholdet «betyr meget for den som rammes»²²⁶, men «dette skyldes

²¹⁸ Konsumenttjänslag (1985:716) 11. juli 1985 21 § andre ledd.

²¹⁹ Konsumenttjänslag (1985:716) 11. juli 1985 21 § andre ledd.

²²⁰ Hagstrøm (2011) s. 432.

²²¹ Lag (1991:351) om handelsagentur § 26 første ledd nr. 1.

²²² Lov 24. mai 1907 nr. 3 om kjøb § 21, jf. § 49.

²²³ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 69.

²²⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 70.

²²⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 69-70.

²²⁶ Augdahl (1978) s. 191.

individuelle omstendigheter som misligholderen ikke kunde ha anelse om»²²⁷ vil det være urimelig om det skal føre til heving.

Hagstrøm er enig i Augdahl sin generalisering av regelen, og hevder at «bare synbare forhold kan tillegges betydning».²²⁸ Han begrunner det imidlertid i hovedsak i hensynet til harmonisering av internasjonal rett og en tidligere dom hvor dette ble vektlagt. For det første viser han til CISG²²⁹ artikkel 25 som lyder:

«A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other part as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result”.

I henhold til sitatet er ikke en mangel fundamental, dersom misligholder ikke innså eller burde ha innsett innvirkningen mangelen resulterte i. I tillegg viser Hagstrøm til Rt. 1923 I s. 468 for å begrunne dette generelle vilkåret for heving.²³⁰

Hov og Høgberg hevder i motsatt retning at det ikke er holdepunkter for at det skal gjelde et generelt vilkår om innsiktsrekvisitt. Dette begrunnes i hovedsak ut fra harmoni med øvrige norske kontraktslover. De hevder at dommen Hagstrøm viser til ikke er av relevans, da den er tilknyttet den gamle kjøpsloven. Videre uttaler de at reglene som følger av CISG ikke er av betydning for spørsmålet, da det er en annen utforming og ordlyd enn etter norsk rett.²³¹

På en side tilsier det faktum at ingen norske kontraktslover nevner vilkåret om innsiktsrekvisitt, at det ikke gjelder som et generelt vilkår. Selv om uttalelsene i forarbeidene til håndverkertjenesten er uklare, gir de uttrykk for at spørsmålet er problematisert og gjennomtenkt. I tillegg er det også i andre kontraktslover uttrykkelig tatt stilling til at et slikt

²²⁷ Augdahl (1978) s. 191.

²²⁸ Hagstrøm (2011) s. 432.

²²⁹ United Nations convention on contracts for the international sale of goods, Wien, 11 April 1980 (entered into force 1 January 1988) (CISG).

²³⁰ Hagstrøm (2011) s. 432.

²³¹ Hov og Høgberg (2017) s. 204.

vilkår ikke skal gjelde.²³² Dette taler for at innsiktsrekvisitt ikke er et generelt vilkår i norsk rett.

På den andre siden vil en regel om innsiktsrekvisitt, ut fra rimelighetsbetraktninger, begrunne den retroaktive hevingsadgangen i større grad. Argumentet om at tjenesteyteren ikke kan forvente betaling når han leverer noe nytteløst stiller seg enda sterkere dersom det er et krav om at tjenesteyteren også skjønnte, eller burde skjønne, at ytelsen resulterer i en mangel av et slikt omfang. Hensynet til misligholderen vil da ikke veie like tungt, sammenlignet med en situasjon der misligholderen ikke kunne forutse betydningen av mangelen.

I tillegg tilsier hensynet til nordisk rettsenhet at en slik regel skal gjelde ved heving av tjenestekontrakter. Særlig når det i forarbeidene er uttalt at det ikke er ment å avvike fra reglene ellers i Norden.

Videre uttaler departementet at en i vurderingen av om formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet, ut fra adekvansbetraktninger, må «se bort fra helt spesielle og for oppdragstakeren upåregnelige forhold på forbrukerens side som medfører at oppdraget blir forfeilet for ham» (sic).²³³

Etter dette fremstår det som mest nærliggende at det gjelder et vilkår om innsiktsrekvisitt for heving i norsk rett.

5.3 Grov skyld som selvstendig hevingsgrunnlag

Skyld er som nevnt ikke et vilkår for heving, men kan inngå som et moment i vurderingen av om terskelen for heving er overtrådt.²³⁴ I juridisk teori har det imidlertid lenge vært diskutert om grov skyld på selvstendig grunnlag kan utgjøre hjemmel for heving ved retroaktiv virkning for tjenestekontrakter.

Hagstrøm mener skyld kan utgjøre hjemmel for heving i to ulike situasjoner. For det første hevder han at det er alminnelig antatt at en avtale kan heves med retroaktiv virkning når det foreligger grov skyld med hensyn til forhold rundt tjenesten. I dette legger han blant annet at

²³² Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) Om avhending av fast eiendom s. 45.

²³³ NOU 1979: 42 Om forbrukertjenester s. 111.

²³⁴ Se ovenfor punkt 2.5 om hovedvilkåret for heving.

utleier med hensikt har ført leietakeren bak lyset, eller at misligholderen har hevdet å ha kvalifikasjoner som viser seg å ikke stemme.²³⁵

Nevnte tilfeller vil imidlertid kunne omfattes av sviklignende tilfeller etter avtaleloven, der en ikke vil være bundet av avtalen dersom den forutsetningsvis bygger på villedning av den ene part.²³⁶ Det kan dermed hevdes at behovet for en slik regel ikke er til stede, da det allerede eksisterer et anvendbart vern for sviklignende tilfeller.

Likevel er det rådende synet i juridisk teori at naturalkreditor kan velge mellom å kreve ugyldighet eller heving.²³⁷ Valget kan videre ha betydning for erstatningsspørsmålet. Ut fra dette vil det være et behov, selv om det er et vern etter avtaleloven.

For det andre hevder Hagstrøm at det er antatt at det foreligger retroaktiv hevingsadgang der det foreligger grov skyld ved selve tjenesten, eksempelvis der en bevisst unnlater å utføre noe med den lofte tjenesten, eller når det gjøres arbeid på en helt annen plass enn avtalt.²³⁸ For slike tilfeller vil reglene om svik vanskeligere kunne anvendes, og behovet for hevingsadgang vil være større. Haaskjold støtter en slik tilnærming til problemstillingen og uttaler at heving med retroaktiv virkning vil være aktuelt der det foreligger grov skyld eller kontraktsbruddet er særlig grovt.²³⁹

Grov skyld har en tilknytning til lojalitetsprinsippet som har fått en sterkere betydning i norsk rett de siste årene.²⁴⁰ Prinsippet gjelder også etter at avtaleforholdet er inngått, og gjelder frem til avtaleforholdet er avsluttet. For tilfeller hvor det foreligger grov skyld hos tjenesteutøveren, vil hensynet til lojalitet kunne veie tyngre enn hensynet til tjenesteyteren. Ut fra hensynet til lojalitet vil det være rimelig at grov skyld på selvstendig grunnlag utgjør et hevingsgrunnlag.

Likevel vil skyld inngå som et moment i vurderingen om vesentlig formålsforfeiling.

Forskjellen er at det i tillegg kreves at formålet med avtalen er vesentlig forfeilet. Dette fører

²³⁵ Hagstrøm (2011) s. 456.

²³⁶ Avtaleloven §§ 30 og 33.

²³⁷ Hov og Høgberg (2017) s. 195.

²³⁸ Hagstrøm (2011) s. 456.

²³⁹ Haaskjold (2023) s. 180.

²⁴⁰ Se ovenfor i punkt 2.1 om alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

til en høyere terskel for heving i slike tilfeller. For tilfeller av grov skyld, men hvor formålet ikke er vesentlig forfeilet, er det andre misligholdsbeføyelser og eventuelt erstatning som vil kunne kompensere for mangelens virkning på avtalen. I tillegg er det ingen tjenestekontrakslover som oppstiller grov skyld som vilkår for heving med retroaktiv virkning. Dette tilsier at lovgiver anser det som mest rimelig at det isolert sett ikke er avgjørende, men kun inngår som et moment i vurderingen av hevingsadgangen.

Etter dette fremstår det som mest hensiktsmessig at regelen om heving er avgrenset til tilfeller hvor formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet og hvor skyld kan være et sentralt moment i vurderingen.

5.4 Tilpasning av regelen på bakgrunn av konkrete forhold

5.4.1 Innledende bemerkninger

Redegjørelsen av tjenestekontrakslovene har aktualisert flere forhold som kan påvirke regelen om heving. Dette må vurderes konkret i hver enkelt sak, men jeg vil forsøke å drøfte tre forhold som kan påvirke rettsregelen i lempeligere eller skjerpene grad.

5.4.2 Forbrukerforhold

I kontraktsretten er det tilfeller hvor det i forbrukerforhold oppstilles en lavere terskel for heving enn utenfor forbrukerforhold.²⁴¹ Redegjørelsen av lovene viser at hevingsadgangen foreligger både i og utenfor forbrukerforhold. Ut fra dette er ikke regelen avgrenset til kun å omfatte forbrukerforhold, men spørsmålet er om terskelen for heving kan være lempeligere, som er en gjenganger ellers i forbrukerretten.

Av særlig interesse er det at digitalytelsesloven ikke oppstiller strengere terskel for å heve med retroaktiv virkning. Direktivet har som nevnt som formål nettopp å sørge for et høyt forbrukervern. I eiendomsmeglingsloven er hevingsregelen ufravikelig i forbrukerforhold, mens det utenfor forbrukerforhold kan avtales en høyere terskel.²⁴² Dette tilsier at det i forbrukerforhold kan være en lavere terskel for heving av gjennomførte ytelser.

I andre forbrukerlover som håndverkertjenesteloven og tidligere pakkereiselov, er imidlertid hevingsterskelen den samme uavhengig av om det er et forbrukerforhold eller ikke.

²⁴¹ Forbrukerkjøpsloven § 32.

²⁴² Eiendomsmeglingsloven § 1-3.

Hevingsadgangen etter disse er lik som i sjøloven og tomtefesteloven som ikke er forbrukerlover.

I tillegg synes det bærende hensyn bak en skjerpet terskel å være at tjenesteyteren ikke kan få tilbakeført sin ytelse, altså at restitusjonsadgangen er begrenset. Dette vil gjelde uavhengig av partsforhold, og det er derfor ingen sterke holdepunkter for at forbrukerhensyn er avgjørende hva gjelder hevingsterskelen. Etter dette vil ikke forbrukerforhold påvirke hevingsterskelen.

5.4.3 Materielle tjenester og immaterielle tjenester

Et annet forhold som kan føre til en tilpasning av regelen er hvorvidt det er tale om en materiell eller immateriell tjeneste.

Det er ulik hevingsadgang internt i de to kategoriene. Analysen av lovverket gir derfor få holdepunkter for at det skal være forskjell på vurderingen av hevingsadgangen ut fra om det er tale om en materiell eller immateriell tjeneste. Likevel kan reelle hensyn tale for at det er et relevant moment i vurderingen.

Ved materielle tjenester kan det skje en delvis tilbakeføring, som kan tilsi at heving i større grad er rimelig sammenlignet med tjenester som ikke kan tilbakeføres i det hele tatt. Ut fra dette vil det da gjelde en enda høyere terskel hvor deler av tjenesten aldri kan tilbakeføres. Dette fordi tjenesteyteren vil bli rammet enda hardere ved heving av en immateriell tjeneste. I enkelte tilfeller vil det ut fra rimelighetsbetraktninger være mindre inngripende ovenfor naturaldebitor om avtalen heves med tilbakevirkende kraft.

Hvor mye som kan tilbakeføres er en konkret vurdering som må ses opp mot den delen av tjenesten som ikke kan tilbakeføres. I tillegg vil det være relevant om det som kan tilbakeføres kan omsettes videre. Likevel kan spørsmålet om det er en materiell eller immateriell tjeneste være et forhold i vurderingen av hevingsterskelen for tjenestekontrakter.

5.4.4 Leieforhold

Etter forarbeidene til husleieloven oppstilles det en strengere terskel for å heve en avtale med tilbakevirkende kraft. Retroaktiv heving er aktuelt der husrommet fremstår som «utjenlig».²⁴³

²⁴³ NOU 1993:4 Lov om husleieavtaler s. 116, jf. punkt 3.3.4. om husleieloven.

Ut fra dette kan det problematiseres om terskelen for løpende avtaler, særlig leieforhold, er høyere enn ellers.

For det første vil kjøper i større grad kunne forutse hvorvidt tjenesten vil være mangelfull. Dette gjør seg særlig gjeldende i leieforhold etter tomtfesteloven og husleieloven. Allerede før avtaleinngåelsen vil leietaker kunne vurdere og undersøke ytelsen fra tjenesteyteren.²⁴⁴ Dette skiller seg fra materielle tjenester. For materielle tjenester vil det ikke i like stor grad være mulig å vurdere tjenesten i forkant, nettopp fordi den ikke eksisterer. Eksempelvis kan en ikke vite om et uthus blir bygget forsvarlig ved kun å vurdere verktøyet snekkeren har tilgjengelig.

For det andre aktualiseres problemstillingen ikke like ofte i leieforhold og andre løpende forpliktelser. Ved kjøp av en strømmetjeneste vil en tidlig kunne avdekke om tjenesten lider av en mangel. Skillet mellom heving ex nunc og heving ex tunc blir derfor ikke satt på spissen.

Etter gjeldende rett kan det imidlertid vanskelig fremholdes at det er en skjerpet terskel for heving av leiekontrakter. Dette fordi de to lovfestede tilfellene av leieforhold kun krever vesentlig mislighold for å heve en avtale. Hvorvidt det burde være en høyere terskel for avtale typer som ligner leieforhold, er derimot mer tvilsomt.

5.5 Særlig om håndverkertjenester mellom to næringsdrivende

Innledningsvis nevnte jeg behovet for å klarlegge den retroaktive hevingsadgangen på ulovfestet grunnlag, med den begrunnelse at flere kontraktstyper ikke er lovregulerte. Analysen viser at det for avtaler som følger entreprismodellen ikke er adgang til å heve med retroaktiv virkning. For avtaler som følger kjøpsmodellen vil heving ha virkning med tilbakevirkende kraft, dersom formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet og vilkåret om innsiktsrekvisitt er oppfylt.

En ulovfestet kontraktstype der hevingsadgangen er særlig tvilsom er håndverkertjenester mellom to næringsdrivende. Hvis en kontrakt inngås mellom to profesjonelle om eksempelvis oppussing av næringsbolig, vil det være en håndverkertjeneste. Likevel er håndverkertjenesteloven en forbrukerlov, og partsforhold mellom næringsdrivende vil falle

²⁴⁴ Se blant annet husleieloven § 2-6 andre ledd.

utenfor lovens virkeområde. Dersom det i en slik situasjon oppstår en mangel som oppfyller vilkåret vesentlig formålsforfeiling og vilkåret om innsiktsrekvisitt, er spørsmålet hvilken modell hevingsoppgjøret skal følge.

På en side tilsier det faktum at det er to profesjonelle parter at en skal følge den entrepriserettslige modellen. Videre omfatter håndverkertjenesteloven mange ulike typer tjenester, alt fra bilreparasjon til bygging av mindre bygg, og loven har et vidt anvendelsesområde. Sammenlignet med håndverkertjenesteloven er reglene etter standardkontraktene mer spesifisert og tilpasset omfattende arbeid mellom profesjonelle, gjerne med store verdier. Dette taler for at håndverkertjenester mellom to næringsdrivende er mest nærliggende til å følge den entrepriserettslige modellen, særlig om avtalen innebærer store verdier.

Til tross for at håndverkertjenesteloven favner vidt, er også entrepriselignende tilfeller omfattet av loven. Blant annet reguleres oppføring av mindre bygg av loven. Her kan det i likhet med entrepriseretten være tale om store verdier. Dette tilsier at håndverkertjenestelovens regler er treffende for håndverkertjenester mellom to næringsdrivende.

I tillegg er det redegjort for at forbrukerhensyn ikke påvirker hevingsterskelen ved heving *ex tunc*, og det sentrale hensynet bak en forhøyet hevingsterskel er at ytelsen ikke kan tilbakeføres. Dette kan illustreres ved at sjøloven og tomtefesteloven, som ikke er forbrukerlover, opererer med samme hevingsterskel som i forbrukerlover. Selv om enkelte bestemmelser i håndverkertjenesteloven kan være tilpasset forbrukerforhold, er ikke dette det bærende hensyn etter hevingsbestemmelsen.

Dette tilsier at det for håndverkertjenester mellom næringsdrivende er mest treffende å følge hevingsmodellen til håndverkertjenesteloven. Etter dette vil det være adgang til å heve en håndverkertjenesteavtale mellom to næringsdrivende med retroaktiv virkning, eventuelt supplert med reglene om nyttefradrag.

6 Avsluttende betraktninger

I oppgaven er det redegjort for den retroaktive hevingsadgangen av tjenestekontrakter. Det fremkommer at hevingsadgangen er ulik i tjenestekontrakslovene, med et hovedskille mellom kjøpsmodellen og entreprismodellen. For entrepriseretten er det ikke adgang til å heve med retroaktiv virkning. Kjøpsmodellen er basert på en rettstanke som er gjengående i de lovfestede tilfellene. Denne felles rettstanken danner grunnlaget for å hevde at det alminnelige utgangspunktet for hevingsadgangen av tjenestekontrakter er at formålet med avtalen er vesentlig forfeilet. Oppgaven har også identifisert at det gjelder et vilkår om innsiktsrekvisitt for heving.

En kan imidlertid stille spørsmål om den felles rettstanken for retroaktiv heving fører til en rimelig regel på ulovfestet grunnlag. I Tyskland og Frankrike var heving *ex tunc* utgangspunktet frem til kontraktsrettsreformen, henholdsvis i 2001 og 2006.²⁴⁵ Etter reformen er utgangspunktet at heving kun har virkning fremover.²⁴⁶ Spørsmålet er om det også etter norsk rett er behov for en slik endring av hevingsreglene.

Et første moment som taler for en endring, er at gjeldende hevingsregel ikke er egnet til å oppfylle formålet bak heving. Innledningsvis nevnte jeg at målet med heving er å stille partene som om avtalen ble oppfylt i kontraktsmessig stand. Ved heving av tjenestekontrakter med retroaktiv virkning vil dette formålet bli oppfylt for naturalkreditor som kan få tilbakebetalt vederlaget. Det er imidlertid ingen automatikk i at naturaldebitor får betalt for sin ytelse i form av nyttevederlag. Det forutsetter at naturalkreditor har hatt en nytte av tjenesten. Tjenesteyteren vil derfor ikke stilles som om avtalen ble oppfylt etter kontrakten. Etter gjeldende rett rammer hevingsregelen tjenesteyteren særlig hardt.

For det andre vil valget av modellen for hevingsoppjøret ha liten innvirkning på det materielle spørsmålet.²⁴⁷ En regel om at en kan heve med tilbakevirkende kraft, til tross for at

²⁴⁵ Lilleholt (2017) s. 315.

²⁴⁶ Bénabent, *Droit des obligations* nr. 396 [Hentet fra: Lilleholt (2017) s. 314.]; Krüger (red.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2* Vor §§ 346 – 354 margnr. 35 (Gaier) [Hentet fra: Lilleholt (2017) s. 315.]

²⁴⁷ Lilleholt (2017) s. 315.

en tilbakelevering aldri kan skje, vil da fremstå som unødvendig komplisert. Det foreligger gode grunner for at hevingsreglene burde endres i Norge.

En alternativ løsning vil være at det for ikke-restituerbare ytelser, ikke er adgang til å heve med tilbakevirkende kraft. Mangler forut for hevingstidspunktet må kompenseres for i form av prisavslag og/eller erstatning, og oppgjøret ville vært likt som i entrepriseretten. Reglene etter kjøpsmodellen og entreprismodellen vil da være lik. I forbindelse med dette kan en hevde at prisavslag er en mer nøyaktig og presis utmålingsstandard sammenlignet med nyttefradrag. Eksempelvis er det vanskeligere å si hvilken nytte det har hatt at en vegg er malt i feil farge, mens en utmåling av utbedringskostnadene vil være mer presist.

Likevel viser utviklingen i internasjonal rett at harmonisering kan bli en utfordring, uavhengig av hvilken løsning som blir lagt til grunn. I to direktivbaserte lover, pakkereiseloven og digitalytelsesloven, er løsningen ulik. Reglene for tjenestekontrakter vil derfor aldri kunne være totalt harmonisert.

Hensynet til at tjenesteyteren blir rammet særlig hardt blir imidlertid modifisert av vilkåret om innsiktsrekvisitt. For at hevingsvilkårene skal være oppfylt må tjenesteyteren forstå at mangelen vil føre til formålsforfeiling. Hensynet til tjenesteyteren vil da veie mindre, all den tid han har levert en tilnærmet nytteløs ytelse, og *visste eller burde visst om dette*.

Den alminnelige regelen oppstiller en høyere terskel for heving av tjenestekontrakter *ex tunc* enn *ex nunc*. Den retroaktive hevingsadgangen er snever og forbeholdt de mest alvorlige tilfellene. Som følge av at det oppstilles en høy terskel for heving *ex tunc*, vil hevingsadgang ikke kunne omgås ved reglene om prisavslag. Hvis en legger til grunn heving *ex nunc* for heving av nytteløse tjenester, vil prisavslag i realiteten føre til samme resultat som heving *ex tunc*. Ved nytteløse tjenester vil mangelens betydning tilsvare hele vederlaget. Reglene om prisavslag vil da erstatte funksjonen til heving, og hevingsreglene kan fremstå overflødig. Hensynet til system i regelverket tilsier derfor at det burde foreligge en retroaktiv hevingsadgang når formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet.

Problematikken rundt den retroaktive hevingsadgangen ville være løst med en klarere og mer harmonisert ordlyd i tjenestekontrakslovene som følger kjøpsmodellen. Det fremgår av oppgaven at det for flere lovregulerte tilfeller er forarbeidene og ikke ordlyden i loven som legger føringer for hevingsadgangen. Et eksempel på dette er husleieloven hvor det kreves vesentlig mislighold for å heve avtalen, men av forarbeidene fremkommer det at husrommet

må være «utjenlig». Dette vil kunne resultere i at like tilfeller, både internt i loven og mellom lovene, blir behandlet ulikt.

Mitt syn er at det er rimelig med en alminnelig regel om retroaktiv hevingsadgang for tjenestekontrakter. Videre burde det være lik ordlyd i alle tjenestekontrakslovene der formålsforfeiling er det sentrale moment i vurderingen av den retroaktive hevingsadgangen. En klar og harmonisert ordlyd i de lovfestede tilfellene vil tydeliggjøre den ulovfestede hevingsadgangen. Etter min mening er det ikke behov for en kontraktsrettsreform. Det vil være tilstrekkelig med en ordlydsendring i lovene for å tydeliggjøre den retroaktive hevingsadgangen for tjenester.

Referanseliste

Lover og standardkontrakter

Norske lover

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687

Lov 20. juli 1893 nr. 1 om sjøfarten (sjøloven av 1893)

Lov 24. mai 1907 nr. 2 om kjøb

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

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

Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven)

Lov 19. juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven)

Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

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

Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten

Lov 25. august 1995 nr. 57 om pakkereiser og reisegaranti (pakkereiseloven)

Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste

Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)

Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven)

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling (eiendomsmeglingsloven)

Lov 15. juni 2018 nr. 32 om pakkereiser og reisegaranti mv. (pakkereiseloven)

Lov 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (finansavtaleloven)

Lov 17. juni 2022 nr. 56 om levering av digitale ytelser til forbrukere (digitytelsesloven)

Svenske lover

Konsumenttjänslag (1985:716) 11. juli 1985.

Lag (1991:351) om handelsagentur 2. februar 1991.

Standardkontrakter

NS 8405:2008 Standard Norge (2008) Norsk bygge- og anleggskontrakt (NS 8405)

Internasjonale direktiver og konvensjoner

Rådsdirektiv 86/653/EØF av 18. desember 1986 om samordning av medlemsstatens lovgivning om selvstendige handelsagenter.

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/17/EU av 4. februar 2014 om kredittavtaler for forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål (boliglåndirektivet).

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/92/EU av 23. juli 2014 om sammenlignbarheten av gebyrer forbundet med betalingskontoer, bytte av betalingskontoer og tilgang til betalingskontoer med grunnleggende funksjoner (betalingskontodirektivet)

Europaparlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2302 av 25. november 2015 om pakkereiser og sammensatte reisearrangementer.

Europaparlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2366 av 25. november 2015 om betalingstjenester i det indre marked (betalingstjenestedirektivet).

Europaparlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 av 20. mai 2019 om visse aspekter ved avtaler om levering av digitalt innhold og digitale tjenester.

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

Forarbeider og andre offentlige utredninger

NOU 1979: 42 Om forbrukertjenester Delinnstilling I

Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp

Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eiendom

Ot.prp. nr. 49 (1991-1992) Om lov om handelsagenter og handelsreisende

NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov

NOU 1993:29 Rådsegn 15 – Ny lov om tomtefeste

NOU 1993: 4 Om husleieavtaler

Ot.prp. nr. 55 (1993-1994) Om lov om sjøfarten

Ot.prp. nr. 35 (1994-1995) Om lov om pakkereiser

Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) Om lov om eiendomsmegling

Prop. 54 L (2017-2018) Lov om pakkereiser og reisegaranti mv. (pakkereiseloven) (gjennomføring av direktiv 2015/2302/EU om pakkereiser og sammensatte reisearrangementer)

Prop. 92 LS (2019-2020) Lov om finansavtaler (finansavtaleloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutninger nr. 125/2019 og 130/2019 av 8. mai 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2014/17/EU om kredittavtaler for forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål (boliglåndirektivet) og delegert kommisjonsforordning (EU) nr. 1125/2014.

Norske rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1922 s. 308

Rt. 1923 I s. 468

Rt. 1973 s. 375

Rt. 1978 s. 43

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1998 s. 1510

Rt. 1998 s. 774

Rt. 1999 s. 408

Rt. 2015 s. 321

HR-2016-219-A

Underrettspraksis

LB-2003-19361

TRANA-2013-142997

LH-2014-206301

LA-2015-58781

LE-2022-90746

Litteratur

- Augdahl (1978) Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utgave, H. Aschehoug & Co (W. Nygaard) 1978.
- Bénabent (2016) Bénabent, Alain, *Droit des obligations*, 15. Utg, Issy-les-Moulineaux, 2016. [Hentet fra: Lilleholt, Kåre. Kontraktsrett og obligasjonsrett, Cappelen Damm 2017, s. 314, jf. s. 653]
- Haaskjold (2023) Haaskjold, Erlend, *Obligasjonsrett en innføring*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2023.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2011.
- Hagstrøm og Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Universitetsforlaget 2014.
- Hallsteinsen (2018) Hallsteinsen, Peter, *Alminnelig obligasjonsrett*, Gyldendal Juridisk 2018.
- Hov og Høgberg (2017) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Papinian 2017.
- Krüger (1989) Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, Alma Mater Forlag 1989.
- Krüger (2016) Krüger, Wolfgang (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2*, 7. utg. 2016. [Hentet fra: Lilleholt, Kåre. Kontraktsrett og obligasjonsrett, Cappelen Damm 2017, s. 315, jf. s. 663]
- Lilleholt (2017) Lilleholt, Kåre, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, 1. utgave, Cappelen Damm 2017.
- Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, 4. utgave, Gyldendal juridisk 2016.

- Monsen (2012) Monsen, Erik, «Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten», *Jussens Venner* vol 47, nr. 6, 2012, s. 319-345.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, universitetsforlaget 2018.
- Wigenstad og Lande (2023) Wigenstad, Vilde og Ola Berg Lande, *Norsk Lovkommentar: Karnov, Håndverkertjenesteloven § 16 note 4*, 04.09.2023.

