



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Bakgrunnsrettens regler for rettsvirkningene av heving av kommersielle tilvirkningskontrakter

Marcus Nicolay Lyngstad

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3901 juni 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema, problemstilling og noen termer	1
1.2	Begrunnelse for at temaet bør analyseres	3
1.3	Nærmere om faktiske likhetstrekk mellom tilvirkning og entrepriser.....	5
1.4	Noen særlige metodiske utfordringer	7
1.5	Introduksjon til noen standardkontrakter.....	9
1.6	Kort om vilkårene for heving	11
1.7	Termene <i>ex nunc</i> og <i>ex tunc</i>	13
1.8	Avhandlingens struktur.....	14
2	Kjøpslovens anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter	15
2.1	Oversikt over kapittel 2	15
2.2	Hovedregelen for kjøpslovens anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter.	16
2.2.1	Oversikt over punkt 2.2	16
2.2.2	Analyse av hovedregelen.....	16
2.2.3	Særspørsmål ved kjøpslovens anvendelse på IT-utvikling.....	19
2.2.3.1	Oversikt over punkt 2.2.3.	19
2.2.3.2	Betydningen av at leveransen ikke er en fysisk gjenstand	20
2.2.3.3	Betydningen av at bestiller bare får en begrenset bruksrett til leveransen	22
2.3	Unntak ved vesentlige materialleveranser fra bestiller.....	27
2.4	Unntak ved en overveiende andel tilleggsarbeider for leverandøren	28
2.5	Litt om bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter utenfor kjøpslovens virkeområde.....	29
3	Opphøret – bortfall av partenes rett og plikt til å oppfylle kontrakten	32
4	Restitusjon – tilbakeføring av presterte ytelser.....	34
4.1	Oversikt over kapittel 4	34
4.2	Restitusjonsspørsmålet innenfor kjøpslovens virkeområde	36

4.2.1	Oversikt over punkt 4.2	36
4.2.2	Kjøpslovens restitusjonsregel tolket i lys av kommersielle tilvirkningskontrakter	37
4.2.3	Mulig særuntak for offshorefabrikasjon	45
4.3	Restitusjonsspørsmålet utenfor kjøpslovens virkeområde	50
4.4	Oppsummering av konklusjoner i kapittel 4.....	55
5	Alternativet til restitusjon – justering av bestillers vederlag	56
5.1	Oversikt over kapittel 5	56
5.2	Den alminnelige regelen for fastsettelsen av vederlaget	59
5.2.1	Oversikt over punkt 5.2	59
5.2.2	Hvilke arbeidsresultater skal det fastsettes vederlag for?.....	60
5.2.3	Hvordan skal vederlaget fastsettes for de relevante arbeidene?	64
5.3	Fastsettelsen av vederlaget ved offshorefabrikasjon	72
5.3.1	Oversikt over punkt 5.3	72
5.3.2	Hvilke arbeidsresultater skal det fastsettes vederlag for?.....	73
5.3.3	Hvordan skal vederlaget fastsettes for de relevante arbeidene?	78
5.3.4	Særspørsmål om rettingskostnadene ved offshorefabrikasjon	80
5.3.4.1	Oversikt over punkt 5.3.4	80
5.3.4.2	Forholdet mellom "nødvendige omkostninger" og en "rimelig" fremgangsmåte .	82
5.3.4.3	I hvilken grad går bestiller frem på "rimelig måte" hvis bestiller velger å rette leveransen i et land med et høyere kostnadsnivå enn landet leverandørens verft ligger i?	84
5.4	Fastsettelsen av vederlaget ved IT-utvikling	86
6	Tillegg til alternativet – bestillers krav på å bruke leverandørens ressurser	89
6.1	Oversikt over kapittel 6	89
6.2	Byggherrens bruksretter til entreprenørens ressurser	90
6.3	Bestillers bruksrett til byggeplassen	95
6.4	Bestillers bruksretter til leverandørens ressurser.....	98
6.4.1	Oversikt over punkt 6.4	98
6.4.2	Bruksrett til produksjonsutstyr og materialer	99
6.4.3	Bruksrett til dokumenter.....	103

7 Reformbehovet for bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter	106
Referanseliste.....	111

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og noen termer

Temaet for masteravhandlingen er bakgrunnsrettens regler for rettsvirkningene av heving av kommersielle tilvirkningskontrakter. Strukturelt faller temaet inn under spesiell kontraktsrett. Avhandlingen er en dogmatisk analyse. I forlengelsen av analysen vil det bli gjort noen korte, rettspolitiske vurderinger av reformbehovet for bakgrunnsretten i kapittel 7.

Det er rettsvirkningene av heving etter bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter som skal analyseres. Partene i en slik kontrakt vil ha forpliktet seg til en rekke ytelser. Temaet for masteravhandlingen handler om hvilken betydning heving har for disse ytelsene. Kommersielle tilvirkningskontrakter defineres nedenfor i punkt 1.1.

Bakgrunnsretten omtales nedenfor i punkt 1.1 og kapittel 2.

Selv avgrenset til rettsvirkningene av heving er temaet likevel så omfattende at det er nødvendig å gjøre et valg av hvilke rettsvirkninger det skal fokuseres på. Fokuset i denne avhandlingen vil være på om presterte ytelser skal restitueres ved hevingen, og om hva som eventuelt er alternativet til restitusjon. Avhandlingen er dermed avgrenset mot blant annet regler om midlertidig tilbakeholdelse av pengekrav og regler om dokumentering, herunder protokoller, ferdigattester, sluttoppgjør og lignende. Avgrensningene og problemstillingene er valgt etter en sammensatt vurdering av hva som er rettslig tvilsomt og lite belyst i teorien. I punkt 1.8 vil det bli gitt en nærmere oversikt over avhandlingens ulike problemstillinger på kapitteinivå.

Drøftelsen forutsetter at vilkårene for heving foreligger, og at hevingsretten er gjort gjeldende. At vilkårene forutsettes oppfylt, innebærer at de ikke vil bli analysert nærmere. Vilkår og virkning henger likevel sammen. Analysen av rettsvirkningene vil derfor måtte ta hensyn til vilkårene. Som en forberedelse til den videre analysen, vil vilkårene for heving redegjøres for kort i punkt 1.6.

Tilvirkningskontrakter er her definert som kontrakter hvor den ene parten påtar seg å fremstille noe – annet enn byggverk på landjorden – som ikke allerede eksisterer, mot at den

andre parten yter pengevederlag.¹ At kontraktene er kommersielle betyr at de er inngått mellom profesjonelle parter som ledd i næringsvirksomhet. Eksempler på hva som kan være gjenstand for kommersiell tilvirkning er maskiner, motorer, tog, skip, offshoreinstallasjoner og dataprogrammer. Tilvirkning av de to siste blir referert til som henholdsvis offshorefabrikasjon og IT-utvikling.²

Bakgrunnsretten er de regler som gjelder for et kontraktsforhold der partene ikke har avtalt en regel som løser problemstillingen.³ Ofte vil partene i kommersielle kontrakter inngå avtaler med omfattende reguleringer. At partene ofte inngår omfattende avtaler gjør at det kan være nærliggende å stille spørsmål ved om et tema om bakgrunnsretten er praktisk. Der det er avtalt særskilte hevingsbestemmelser vil naturligvis disse være utgangspunktet for tolkningen av hvilke hevingsregler som gjelder mellom de to konkrete partene. I praksis er det imidlertid overraskende ofte at partenes formuleringer ikke er tydelige på rettsvirkningene av heving.⁴ En vanlig kilde til uklarhet er at "heving" omtales som selve rettsvirkningen, og dermed som en fast størrelse. Et sentralt poeng i masteravhandlingen er at rettsvirkningene av en hevingsbeføyelse ikke vil være de samme for alle kontraktsforhold. Termen "heving" kan henvise til hevings situasjonen og vilkårene for heving, at en kontrakt "heves" kan henvise til rettsvirkningene, men innholdet av disse reglene er ikke faste størrelser. Når en kontrakt er utydelig med hensyn til rettsvirkningene av heving vil bakgrunnsretten kunne være relevant, både ved tolkning og utfylling av kontrakten.⁵ For å kunne bruke bakgrunnsretten slik, er det nødvendig å analysere hvilke regler som følger av bakgrunnsretten. Det er slike analyser som skal gjøres i avhandlingen.

¹ Tilvirkning er her avgrenset mot entrepriser. Termen tilvirkning har imidlertid av noen forfattere blitt definert slik at entrepriser omfattes, se eksempelvis Lasse Simonsen, "Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene", *Jussens Venner*, 1999 s. 305-398 (s. 307).

² Knut Kaasen, *Tilvirkningskontrakter*, Oslo 2018 bruker "fabrikasjon" om tilvirkning av offshoreinstallasjoner hvor leverandøren ikke står for vesentlige deler av prosjekteringen, innkjøpet eller installasjonen, se s. 18-19. I denne teksten brukes "offshorefabrikasjon" om både disse kontraktene og kontrakter hvor leverandøren også utfører prosjektering, innkjøp og installasjon. Termen er valgt for å gjøre teksten lettere leselig enn hvis kontraktene hver gang hadde vært angitt som "kontrakter om tilvirkning av offshoreinstallasjoner". Grunnen til at det ikke skiller mellom kontrakter med og uten prosjektering, innkjøp og montering er fordi dette skillet ikke synes å ha betydning for temaet som analyseres.

³ Slik også Amund Bjøranger Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, Oslo 2019, s. 144-145.

⁴ Som et særlig tydelig eksempel, se NL 17 art. 17, 19, 22, 35, 42 og 47, og NLM 19 art. 22, 27, 50, 65, 72 og 77.

⁵ Tørum (2019) s. 145.

Termene bestiller, leverandør og leveranse er sentrale i avhandlingen. Leveransen er det som er gjenstand for tilvirkning etter tilvirkningskontrakten. Bestiller er kontraktsparten som ønsker leveransen fremstilt. Leverandøren er kontraktsparten som er forpliktet til å tilvirke leveransen. I vanlig språkbruk vil termene "leverandør" og "leveranse" omfatte mer enn det de her er definert som. Terminologien er valgt fordi de er vanlige i standardkontrakter.⁶

Termene kreditor og debitor vil bli brukt. En kreditor er en kravshaver, en debitor er en skyldner.⁷ Disse termene kobles som regel sammen med kravets gjenstand. Eksempelvis er bestilleren realkreditor for leveransen, og samtidig pengedebitor for vederlaget til leverandøren. Pengeytelser er betaling med penger, realytelser er alt annet.⁸

1.2 Begrunnelse for at temaet bør analyseres

I punkt 1.2 redegjøres det for hvorfor temaet bør analyseres.

Erik Hørlyck skrev i 1996 en bok innen dansk obligasjonsrett kalt "Tilvirkningskøbet".⁹ Utgangspunktet for hans analyse var en hypotese om "at købeloven i det væsentlige er uanvendelig, også for så vidt angår de fleste tilfælde af bestillingskøb".¹⁰ Reglene for tilvirkning lå nærmere entrepriserettens regler enn kjøpsretten, trodde han.¹¹ Hørlyck konkluderte med at det "syntes der at være grundlag for at karakterisere tilvirkningskøbet som et særskilt retsområde".¹²

I denne avhandlingen vil det bli testet om Hørlycks hypotese stemmer for norsk rett for rettsvirkningene av heving av kommersielle tilvirkningskontrakter. Som avhandlingen skal gjøre nærmere rede for i punkt 2.2 gjelder den norske kjøpsloven etter sin ordlyd også for tilvirkningskontrakter jf. kjøpsloven § 2 (1).¹³ I hvilken grad tilvirkningskontrakter faller inn under kjøpslovens virkeområde analyseres i kapittel 2. Selv om kjøpsloven etter sin ordlyd favner om både kjøpsavtaler og tilvirkningskontrakter, er loven først og fremst utformet med

⁶ Se SSA-T, PS2000 og IKT-Norges utviklingsavtale for begge termer. Se også NF-serien gjennomgående for "leveransen". Forkortelsene det her vises til forklares i punkt 1.5.

⁷ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 25.

⁸ Hagstrøm (2011) s. 26.

⁹ Erik Hørlyck, *Tilvirkningskøbet*, København 1996.

¹⁰ Hørlyck (1996) s. 13. Købeloven er dansk lov 6. april 1906 nr. 102 om køb (Købeloven).

¹¹ Hørlyck (1996) s. 13.

¹² Hørlyck (1996) s. 22.

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

sikte på ordinære løsørekjøp.¹⁴ Ved ordinære kjøp skal en selger yte en ferdigprodusert vare mot at kjøper yter vederlag, typisk i form av penger.

Det kan utvilsomt oppstå vanskelige rettslige spørsmål innenfor vanlige kjøp. Selgers realtytelse – overlevering av en bestemt vare – er imidlertid ikke komplisert. I motsetning til kjøp er realtytelsene i tilvirkningskontrakter store og kompliserte. Selv for erfarne ingeniører er det vanskelig å fremstille en oljeplattform, et høyteknologisk skip eller et dataprogram som skal løse oppgaver som kanskje aldri er blitt løst før. Tilvirkningen kan måtte skje gjennom flere stadier av prosjektering, utarbeiding og testing. Realiteten i kommersielle tilvirkningskontrakter er at leverandørens ytelse i hovedsak ikke er den faktiske leveransen, men hans arbeidsinnsats som skaper leveransen. En slik arbeidsinnsats gjenfinnes ikke i ordinære kjøp.

Tilvirkning har derimot mange faktiske likhetstrekk med entreprise.¹⁵ I punkt 1.3 vil disse faktiske likhetstrekkene utdypes nærmere. Det kan imidlertid allerede her pekes på at en likhet i faktiske forhold vil kunne lede til en likhet i hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Disse hensynene kan trekke i retning av regler innen kommersiell tilvirkning som tilsvarer de reglene som hensynene har medført innen entreprise. Ved å se hen til entrepriserettslige kilder vil også hensyn som ikke er tydelig behandlet innenfor kommersielle tilvirkningskontrakter kunne bringes frem.

Når kjøpsloven primært er skrevet med sikte på vanlige løsørekjøp, men kommersielle tilvirkningskontrakter har flere hensyn til felles med entreprise, er det grunn til å stille spørsmål ved i hvilken grad kjøpsloven kan være styrende for reglene for kommersiell tilvirkning. Eksempelvis antar Kaasen at blant annet hensynene ved tilvirkning tilsier varsomhet med å anvende kjøpsloven på offshorefabrikasjon.¹⁶ Temaet om rettsvirkningene av heving antas å være egnet til å belyse brytningen mellom kjøpslovens utforming og hensynene i kommersielle tilvirkningskontrakter.

¹⁴ Rt. 2002 s. 1110 (Bodum) s. 1118.

¹⁵ Johan Giertsen, *Kontrakter*, Oslo 2019, s. 80-81.

¹⁶ Kaasen (2018) s. 54.

1.3 Nærmere om faktiske likhetstrekk mellom tilvirkning og entreprise

Som nevnt i punkt 1.2 har kommersiell tilvirkning flere faktiske likhetstrekk med entreprise. I punkt 1.3 vil det bli redegjort for hva disse likhetstrekkene består av. Parallelt vil det bli sammenlignet med typiske kjøpsavtaler.

Tilvirkning skiller seg fra kjøpsavtaler ved at det som realdebitor skal prestere ikke eksisterer ved avtaleinngåelsen. Leverandøren forplikter seg til å skape leveransen. Entreprise innebærer i likhet med tilvirkning at den ene parten, entreprenøren, skal skape noe som ikke allerede eksisterer for den andre, byggherren. I motsetning til dette skal selgeren i en ordinær kjøpsavtale levere bestemte gjenstander som allerede eksisterer.

Fra det faktum at tilvirkning og entreprise skal skape noe som ikke eksisterer ved avtaleinngåelsen følger det en rekke faktiske utfordringer som kontraktene har til felles. Et første problem er at arbeidet med å skape kontraktsgjenstanden kan støte på uventede hindringer.¹⁷ Den tekniske utførelsen behøver ikke fungere som planlagt – ting som spesialbestilles i slike store kommersielle kontrakter er gjennomgående teknisk komplekse. Dertil kommer det at arbeidet skal gå over lang tid og at eksterne forhold kan endre seg. Skiftende værforhold kan eksempelvis vanskeliggjøre arbeid som må gjøres utendørs.¹⁸ Nye regulatoriske krav til teknikken kan også komme til underveis, særlig strengere krav til å unngå forurensning. Selgeren av en ferdigprodusert gjenstand kan nok også hindres av eksterne faktorer, gjerne ved overleveringen. Det må imidlertid antas at risikoen for slike hindringer er betydelig høyere i kontrakter der en part skal arbeide i flere år med ytelsen.

En nevneverdig forskjell mellom entreprise og tilvirkning er at entreprise skjer i landjorden, i motsetning til tilvirkning som omfatter fremstilling av noe som ikke er forbundet med landjorden. Det kan da være nærliggende å se tilvirkning som å ha mer til felles med ordinære kjøp på dette punkt. Tilvirkning kan imidlertid ikke sies å ha mye til felles med kjøp bare fordi leveransen teknisk sett ikke er fast eiendom. Leveransen i tilvirkningskontrakter kan være nokså immobile, og av den grunn ha mer til felles med statiske byggverk enn typiske løsøre. Til forskjell fra tilvirkning må imidlertid entrepriser håndtere utfordringer knyttet til

¹⁷ Giertsen (2019) s. 80.

¹⁸ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Oslo 2014 s. 21.

forhold ved grunnen som kontraktsgjenstanden skal utføres på. I tillegg er entreprise mer utsatt for værforhold som følge av utendørs arbeid.

Selv om eksterne faktorer ikke skulle hindre arbeidet, medfører avstanden i tid fra avtaleinngåelsen til ferdigstillelsen en risiko for at bestillers behov endrer seg underveis. I de største kontraktene kan tilvirkningen ta flere år.¹⁹ Det er ønskelig at leveransen er tilpasset bestillers behov slik behovene er på leveringstiden. For å imøtekomme dette behovet har kommersielle tilvirkningskontrakter regler om endringsordrer.²⁰ Reglene gir bestiller kompetanse til å ensidig endre innholdet av leverandørens forpliktelser.²¹

Regler om endringsordrer anses som en helt alminnelig del av entrepriser.²² For kjøp er det derimot fremmed med slike regler om endring av realytelsen underveis i kontrakten.

Uforutsette hindringer og skiftende behov for bestiller innebærer at partene i kommersielle tilvirkningskontrakter med nødvendighet må samhandle. Tilvirkningskontrakter kan sies å kjennetegnes av dette samarbeidet mellom bestiller og leverandør.²³ Dette stemmer også for entrepriser. For kjøp behøves derimot normalt liten grad av samarbeid mellom kjøper og selger. Som regel er det bare selve overtakelsen som krever noen form for samhandling.

Alle de nevnte faktiske likhetene mellom kommersiell tilvirkning og entreprise innebærer at mange av hensynene som gjør seg gjeldende også er like. Omfanget av verdiene som investeres, varigheten av arbeidet, den tekniske kompleksiteten, behovet for tilpasninger og samarbeidet mellom partene er alle faktiske forhold som gjør tilvirkning og entreprise til nokså like kontraktstyper, og som skiller dem fra ordinære kjøpsavtaler.

Hensynsbetraktninger som følge av like faktiske forhold gjøres blant annet i punkt 4.3, punkt 5.2 og kapittel 6.

¹⁹ Kaasen (2018) s. 316

²⁰ Kaasen (2018) s. 311.

²¹ Se eksempelvis NTK 15 art. 12-16, SSA-T art. 3, PS2000 art. 3.6 og IKT-Norges utviklingsavtale art. 7.

²² Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 281.

²³ Kaasen (2018) s. 71.

1.4 Noen særlige metodiske utfordringer

Analysen i avhandlingen vil gjøres ved bruk av alminnelig norsk juridisk metode. Metoden vil ikke bli redegjort for her.²⁴ At metoden benevnes som alminnelig må ikke forstås som at det hersker full enighet om alt innen juridisk metode. I teorien er det flere uenigheter.²⁵ For avhandlingens formål er det imidlertid ikke nødvendig å gå inn på disse uenighetene. Likevel er det noen særlige metodiske utfordringer som avhandlingen står overfor. Disse bemerkes i det følgende.

Kontraktsovrådet kommersielle tilvirkningskontrakter preges av få autoritative kilder. Ifølge kjøpslovens ordlyd skal loven som utgangspunkt gjelde for kontraktene, se kjøpsloven § 2 (1).²⁶ Som nevnt i punkt 1.2 er det likevel usikkert hvor langt kjøpsretten kan gi rettslige føringer for kommersiell tilvirkning. Samtidig er det tilnærmet ingen høyesterettspraksis om kommersielle tilvirkningskontrakter.²⁷ Forklaringen er ikke at tvistene ikke er der. Sakene blir bare ikke brakt inn for alminnelige domstoler.²⁸ Partene foretrekker ofte voldgift. De viktigste grunnene til det synes å være at partene da kan sørge for et dommerpanel med spesialisert fagkompetanse og en hurtigere avklaring enn i de ordinære domstolene. Det er i teorien diskutert hvorvidt voldgiftsavgjørelser skal tillegges vekt ved rettsanvendelsen.²⁹ For avhandlingens tema er diskusjonen imidlertid uten betydning. Det har ikke lyktes å finne voldgiftsavgjørelser som bidrar til å belyse temaet.

Standardkontrakter er kontraktsvilkår som er fastsatt med sikte på å skulle brukes ved flere kontraheringer.³⁰ Det finnes flere standardkontrakter innen kommersiell tilvirkning.

²⁴ For generelle fremstillinger, se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004 og Torstein Eckhoff og Jan Helgesen (red.), *Rettskildelære*, 5. utgåve, Oslo 2001.

²⁵ Se eksempelvis Bjarte Askeland, "Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999–2018", *Lov og Rett* 2018 s. 519–536 som skildrer en rekke uenigheter rundt rettsvitenskapens metodiske grunnlag. Artikkelen er ment som et tilbakeblikk 20 år etter Hans Petter Graver, "Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap", *Lov og Rett*, 1998 s. 579–603 gjorde det samme.

²⁶ Kjøpslovens anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter analyseres i kapittel 2.

²⁷ Rt. 1991 s. 719 (Hardhaus) og Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebro) er to eksempler, men disse dommene er ikke relevante for avhandlingens tema.

²⁸ TSTAV-1998-401 (Balder) og Oslo tingretts dom 31. januar 2020 i sak mellom Staten v/Samferdselsdepartementet mot International Business Machines AS (Grindgut-saken) er to av veldig få unntak.

²⁹ Se eksempelvis Sjur Brækhus, "Voldgiftspraksis som rettskilde" i *...den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm, 70 år*, Oslo 1990, s. 447-461

³⁰ Det skilles mellom standardkontrakter utformet ensidig av en part, og såkalte *agreed documents*, se punkt 1.5.

Standardkontrakter er ikke direkte normerende med mindre de er gjort til en del av den konkrete kontrakten. Standardkontrakter kan likevel ha betydning på to øvrige måter.³¹

For det første kan standardkontrakter gi uttrykk for eller danne grunnlag for kontraktspraksis. Kontraktspraksis kan være direkte normerende for ett gitt rettsspørsmål uavhengig. For det andre kan standardkontrakter være indirekte normerende ved at de gir uttrykk for hvilke hensyn som gjør seg gjeldende eller hvordan hensynene bør harmoniseres eller vektes. I mangel på autoritative kilder kan bruken av standardkontrakter bli sentral for fastleggelsen av reglene innen kommersielle tilvirkningskontrakter. Standardkontraktene som blir benyttet i avhandlingen redegjøres for i punkt 1.5.

Som nevnt i punkt 1.2 og punkt 1.3 er det mange faktiske forhold som er felles for tilvirknings- og entreprisekontrakter. Slike faktiske fellestrekk kan medføre at tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende på kontraktsområdene. Dette medfører igjen at mange problemstillinger er felles for begge områdene.³² Disse likhetene innebærer ikke at entrepriserettslige kilder i seg selv vil kunne tilsi en tilsvarende løsning innen kommersiell tilvirkning, men at argumentasjonen som kildene gir uttrykk for kan ha en viss overføringsverdi. Kildene vil kunne peke på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, og hvordan hensynene kan harmoniseres og vektes. I tillegg vil hensyn til sammenheng og forutberegnelighet kunne tale for en regel innen tilvirkning på grunnlag av at den legges til grunn i entreprise. Ved særlig stor likhet i hensyn kan det også tenkes at entrepriserettslige kilder vil kunne gi grunnlag for analogislutninger.³³ Høyesterettsdommer innen entrepriserett vil av disse grunner kunne tale for at tilsvarende løsninger legges til grunn innen tilvirkning.³⁴ Videre vil standardkontrakter innen entreprise være relevante. Mellom standardkontraktene innen entreprise og tilvirkning har det allerede vært en gjensidig påvirkning.³⁵ Ved tolkningen av NS 8415 har Høyesterett eksplisitt vist til NF 92 som støtte for tolkningsresultatet.³⁶

³¹ Slik også Skoghøy (2018) s. 100-101.

³² Amund Bjøranger Tørum "Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise", *Tidsskrift for forretningsjus*, 2010 s. 148-195 (s. 148).

³³ Vurderingstemaet for om en analogi bør legges til grunn er om hensynene gjør seg gjeldende på lignende måte for det aktuelle tilfellet som for tilfellet regelen analogiseres fra, se Skoghøy (2018) s. 63-67, for rettspraksis se blant annet Rt. 1980 s. 243, Rt. 2014 s. 118 og HR-2018-648-A.

³⁴ Tørum (2010) s. 151-152.

³⁵ Kaasen (2018) s. 48-49.

³⁶ HR-2020-228-A avsnitt 59.

Bustadoppføringslova er først og fremst en lov til vern av forbrukere.³⁷ Når loven er innrettet på forbrukerkontrakter, ville det normalt vært grunn til å forvente at reglene ikke egner seg for kommersielle kontrakter. Loven blir likevel i litteraturen ansett for å kunne understøtte regler av alminnelig entrepriserettslig karakter.³⁸ I den grad bustadoppføringslova gir uttrykk for mer alminnelige entrepriserettslige regler vil loven derfor, på samme måte som andre entrepriserettslige kilder, kunne gi argumenter for reglene på området for kommersielle tilvirkningskontrakter.

Ettersom det er få autoritative kilder på kontraktsområdet vil det bli mer plass til argumentasjon ved bruk av reelle hensyn. Med en slik utstrakt hensynsargumentasjon vil det tidvis bli tale om regler som "bør" legges til grunn. Her medfører argumentasjonens rettskildebilde at den dogmatiske analysen tidvis vil kunne forveksles med rettspolitiske vurderinger. Det presiseres derfor at når det i avhandlingen tales om regler som "bør" legges til grunn, er dette ment som vurderinger *de lege lata*.

1.5 Introduksjon til noen standardkontrakter

Som nevnt i punkt 1.4 er det få autoritative kilder som har konkret relevans for analysens problemstillinger. Det medfører at det er mer rom for argumentasjon ved bruk av hensyn. Disse hensynene bør fortrinnsvis utledes fra standardkontrakter som kan anses for å gi uttrykk for en viss bransjepraksis. I punkt 1.5 gis det en kort presentasjon av standardkontraktene som blir brukt i masteravhandlingen.

Standardkontrakter kan være fastsatt ensidig. Når standardkontrakter er fremforhandlet mellom representanter for ulike aktører i markedet benevnes de som *agreed documents*.³⁹ Siden de representerer flere aktører, er det større grunn til å anse *agreed documents* som uttrykk for kontraktspraksis eller en god balansering av de relevante reelle hensynene.

Standardkontraktene innen kommersiell tilvirkning vil kunne få sentral betydning for rettsanvendelsen, jf. punkt 1.4. Utvelgelsen av hvilke standardkontrakter som skal benyttes i analysen blir derfor viktig. Standardkontraktene er valgt ut fra hvilke som antas å være mest

³⁷ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova – buofl.) § 2 jf. § 1.

³⁸Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 29.

³⁹ Peter Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018, s. 76-77.

utbredte i praksis. De vil derfor være mest egnet til å kunne anses som uttrykk for bransjenes syn på problemstillingene.

Innen offshore bruker avhandlingen særlig NF-serien.⁴⁰ Dette er kontrakter som stammer fra Norsk Fabrikasjonskontrakt 1987, som igjen var inspirert av Statoil og Hydros standardkontrakter fra 1983. NF-serien er ifølge Kaasen unik i internasjonal petroleumsvirksomhet mht. til varigheten, graden av standardisering og det praktiske gjennomslaget for standardene.⁴¹ Norsk totalkontrakt 15 (heretter NTK 15) vil bli brukt som utgangspunkt, men alle kontraktene vil bli sett hen til.⁴² NTK 15 er nokså lik Norsk Fabrikasjonskontrakt 15 (heretter NF 15). Forskjellen mellom NTK 15 og NF 15 er i hovedsak at leverandøren under NTK 15 skal utføre mer prosjektering og montering. Det innebærer at skillet NF/NTK i hovedsak handler om hvem som skal planlegge leveransen og dens utforming. NTK 15 vil svare til entrepriserettens totalentrepriser, se særlig NS 8407. NF 15 vil svare til entrepriserettens utførelsesentrepriser, se særlig NS 8405. De siste kontraktene i NF-serien er *agreed documents*.⁴³

Innen IT-utvikling er det ingen *agreed documents*. Her bruker avhandlingen de tre mest utbredte kontraktene, Statens Standardavtale for IT-anskaffelser: "Utviklings- og tilpasningsavtalen. Avtale om levering av programvare som utvikles eller tilpasses for Kunden" 2018 (heretter SSA-T), Dataforeningens "PS2000" v3.12, og IKT-Norges "Utviklingsavtalen" (oppdatert september 2019).⁴⁴

Innen skipsbygging bruker avhandlingen Standard Form Shipbuilding Contract 2000 (heretter SHIP 2000), og BIMCO's NEWBUILDCON – Standard Newbuilding Contract (heretter NEWBUILDCON). SHIP 2000 er et *agreed document*, utformet av det som da het Mekaniske Verksteders Landsforbund og Norges Rederforbund.⁴⁵ NEWBUILDCON er ikke et *agreed document*, men er utformet av verdens største internasjonale bransjeforening innen shipping.

Innen tilvirkning av maskiner benyttes Alminnelige betingelser for levering av maskiner samt annet mekanisk, elektrisk og elektronisk utstyr i og mellom Danmark, Finland, Norge og

⁴⁰ Kaasen (2018) kaller kontraktene for "NF-familien". Meningsinnholdet er det samme.

⁴¹ Kaasen (2018) s. 21-22.

⁴² De siste kontraktene er NTK 15, NF 15, NTK 15 MOD, NTK 15 MOD&Modul, NIB 16 art. 26.2 (1) og NSC 05 art. 26.2 (1). Eldre kontrakter er NTK 07, NF 07, NTK 05, NF 05, NTK 2000, NF 92 og NF 87.

⁴³ Se kontraktens forord.

⁴⁴ Slik også Kaasen (2018) s. 49.

⁴⁵ Øystein Meland, *Shipbuilding Contracts*, Oslo 2019, s. 15-16

Sverige 2017 (heretter NL 17) og Alminnelige betingelser for levering med montering av maskiner samt annet mekanisk, elektrisk og elektronisk utstyr i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige 2019 (heretter NLM 19).

I tillegg kan standardkontraktene innen entrepriser være av betydning jf. punkt 1.4. I avhandlingen brukes NS 8405 og NS 8407.

1.6 Kort om vilkårene for heving

Avhandlingen skal behandle rettsvirkningene av heving, *ikke* vilkårene. Årsaken til at vilkårene ikke drøftes er at det skal være nok plass i avhandlingen til å gjøre en dybdestudie av virkningssiden. Som nevnt i punkt 1.1 henger likevel vilkår og virkning sammen. De bør derfor ses i sammenheng – analysen av rettsvirkningene av heving bør ta hensyn til vilkårssiden. I punktet her blir det derfor gitt en summarisk redegjørelse for vilkårene.

Det alminnelige vilkåret for å heve kontrakter er at det foreligger vesentlig kontraktsbrudd.⁴⁶ Hevingsrett ved vesentlig kontraktsbrudd gjelder for alle kontraktsområder som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp.⁴⁷ Vilkåret beror på en helhetsvurdering. Utgangspunktet er det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse.⁴⁸ Ved vurderingen av avviket må det ses hen til hvilken betydning det konkrete kontraktsbruddet har i den konkrete kontrakten. Det betyr at vesentlighetskriteriet er relativt til kontrakten.⁴⁹ Selv om vilkåret er det samme for alle kontrakter, vil vurderingen i resultatet kunne bli ulikt for et nokså tilsvarende kontraktsbrudd. For øvrig må det blant annet legges vekt på betydningen kontraktsbruddet har for den hevende part, og hvilken betydning heving vil ha for den det heves overfor.⁵⁰

I praksis blir kommersielle tilvirkningskontrakter nesten ikke hevet etter leveransen er ferdig tilvirket og levert.⁵¹ Heving skjer i realiteten bare der leverandøren er vesentlig forsinket med hensyn til avtalte milepæler og bestiller ikke ser noe håp om at leverandøren skal bli ferdig innen rimelig tid. Hvis bestiller ser at forsinkelsen vil inntreffe er det også mulig å heve før kontraktsbruddet er inntrådt. Etter kjøpslovens vilkår må det være "klart" at et antespert

⁴⁶ Se eksempelvis kjl. §§ 25 (1), 39 (1), 54 (1) og 55 (1)

⁴⁷ Se blant annet Rt. 1998 s. 1510 på s. 1518, Rt. 1999 s. 408 på s. 420-421 og Rt. 2006 s. 522 avsnitt 33 smhl. 36.

⁴⁸ Rt. 1999 s. 408 på s. 421.

⁴⁹ Hagstrøm (2011) s. 428-429.

⁵⁰ Se nærmere Hagstrøm (2011) s. 430-440.

⁵¹ Kaasen (2018) s. 693.

hevingsberettigende kontraktsbrudd vil inntre for at det skal kunne heves i forkant, se kjl. § 62 (1).

Det finnes eksempler på regler som skjerper vilkårene for heving. I kjøpsloven § 26 er følgende bestemmelse inntatt:

"Gjelder kjøpet en ting som skal tilvirkes særskilt for kjøperen etter hans oppgaver eller ønsker, og kan selgeren derfor ikke uten vesentlig tap disponere tingen på annen måte, kan kjøperen bare heve dersom forsinkelsen medfører at hans formål med kjøpet blir vesentlig forfeilet."

Denne ordlyden fastsetter et skjerpet vilkår for heving av tilvirkningskontrakter som faller inn under kjøpsloven. Skjerpelsen gjelder bare der kontraktsbruddet består i en forsinkelse. Siden kommersielle tilvirkningskontrakter i praksis nesten bare blir hevet før levering, og siden det ikke foreligger mangler før levering, bare forsinkelser, vil dette vilkåret i realiteten alltid være oppfylt for kommersielle tilvirkningskontrakter.⁵² For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må bestiller også kunne lide vesentlige tap som følge av tilpasningene og at leverandøren derfor ikke kan benytte leveransen på annen måte. Som det vil bli påpekt i punkt 4.2.2 vil dette ofte være tilfellet i kommersielle tilvirkningskontrakter. Kjøpsloven § 26 vil derfor ofte være det aktuelle hevingsgrunnlaget for kommersielle tilvirkningskontrakter etter kjøpsloven. Vilåret for heving etter kjøpsloven blir da det skjerpede vilkåret. Bestillers formål må bli vesentlig forfeilet som følge av forsinkelsen. Bestemmelsen gjelder vilkårssiden. Som nevnt må imidlertid virkningssiden ses i sammenheng med vilkårene. Siden vilkår- og virkningssider må ses i sammenheng vil en skjerpet vilkårsside kunne ha betydning for tolkningen av virkningssiden.

Det nevnes at det, i motsetning til rettsvirkningene av heving, er veldig vanlig at partene i kommersielle tilvirkningskontrakter regulerer hevingsvilkårene. En mye brukt regulering er å fastsette at bestiller har hevingsrett etter et visst antall dager med forsinkelse, eller når dagmulktkravet har nådd en viss størrelse.⁵³

⁵² Se Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 363-366 om grensen mellom forsinkelser og mangler innen entrepriser.

⁵³ Se eksempelvis NEWBUILDCON art. 39 (a) (iii), SHIP 2000 art. IV 1. bokstav b – d og NTK 15 art. 26.1 (1).

Heving inntreer ikke automatisk, men må påberopes ved hevingserklæring, se ordlyden "kan" i eksempelvis kjl. § 25.

1.7 Termene *ex nunc* og *ex tunc*

Et sentralt spørsmål i avhandlingen er om hevingen skal skje såkalt *ex nunc* eller *ex tunc*.⁵⁴

Termene svarer til om hevingen skjer henholdsvis fremover i tid eller både fremover og bakover i tid. Termene er godt innarbeidet blant jurister. Det alene kan være grunn nok til at de bør brukes i denne avhandlingen. Termene kan imidlertid være egnet til å gjøre innholdet mindre tilgjengelig.

Det er ikke i seg selv noe galt i å ha korte termer som favner mye innhold. Jussen kjenner mange slike koblingsord. Slike ord medfører imidlertid en viss risiko. Ordene som brukes for å betegne noe kan få makt over tanken.⁵⁵ Med dette menes at den alminnelige språklige forståelsen av ordet blir blandet sammen med innholdet som ordet opprinnelig var ment å bare være et "kodeord" for. Et eksempel på risikoen er at heving "bakover i tid" gjerne assosieres med spørsmålet om det skal skje en restitusjon eller ikke, og at formuleringen "bakover i tid" kan lede tanken i retningen av at kontrakten skal anses som at den aldri har skjedd. Selv om presterte ytelser skal restitueres, vil imidlertid fortsatt tidligere mislighold kunne være grunnlag for erstatningskrav. Heving "bakover i tid" er egnet til å dekke over dette og gi inntrykk av at hele kontrakten oppheves. Et annet eksempel er at heving "fremover i tid" kan dekke over at partene fortsatt kan ha flere kontraktsforpliktelser mellom seg også etter heving, eksempelvis taushetsplikt.

I denne avhandlingen brukes ikke termene. Rettsvirkningene beskrives heller direkte. Valget er ikke ment å insinuere at bruken av termene har gått galt i teorien. Poenget er at substansen i reglene kan bli lettere tilgjengelig uten dem.⁵⁶

⁵⁴ Spørsmålet behandles i kapittel 4.

⁵⁵ Erlend Baldersheim, "Litt om strandrett og tingsrett i sjøen", *Jussens Venner*, 2018 s. 347-381 (s. 353 flg.) hvor forfatteren viser flere eksempler på at koblingsordet "strandrett" har medført sammenblanding av flere rettigheter relatert til strender som egentlig burde vært holdt adskilt.

⁵⁶ Kåre Lilleholt, *Kontraktsrett og Obligasjonsrett*, Oslo 2017 s. 302 forstås slik at forfatteren også fraråder å bruke termene.

1.8 Avhandlingens struktur

Avhandlingen er strukturert etter problemstillinger. I punktet her gis det en oversikt over avhandlingens problemstillinger på kapitellnivå.

For å kunne ta stilling til rettsvirkningene av heving av kommersielle tilvirkningskontrakter er det nødvendig å ta stilling til om kjøpsloven kommer til anvendelse på kontraktene. I kapittel 2 drøftes dette.

Etter kapittel 2 går avhandlingen inn på de nærmere materielle spørsmålene. I kapittel 3 drøftes hvilke virkninger hevingen har for partenes plikt til å oppfylle kontrakten. Kapittel 3 er svært kort i motsetning til de øvrige kapitlene. Som kapitlet vil vise, er imidlertid rettsvirkningen der så viktig at den likevel bør fremheves på avhandlingens øverste strukturnivå.

I kapittel 4 drøftes et av avhandlingens viktigste spørsmål; skal presterte ytelser restitueres ved heving? Kapittel 5 er den naturlige oppfølging – hvis ytelsene ikke skal restitueres, skal prestasjonene korrigeres på annen måte? Som drøftelsen vil vise, blir dette et spørsmål om fastsettelse av bestillers vederlag. Kapittel 4 og 5 er kjernen av avhandlingen.

Frem til og med kapittel 5 drøftes overordnede spørsmål hvis utvelgelse er nokså selvforklarende. I kapittel 6 er dette annerledes. Der drøftes et spørsmål som oppstår i forlengelsen av alternativet til restitusjon. I kapittel 6 drøftes, for det tilfellet at presterte ytelser ikke skal tilbakeføres, i hvilken grad bestiller kan kreve å bruke ressurser tilhørende leverandøren til å ferdigstille leveransen etter hevingen. Problemstillingen i kapittel 6 er valgt fordi den belyser noen faktiske forhold som skiller kommersielle tilvirkningskontrakter fra alle andre kontraktsområder.

I kapittel 7 skiftes perspektivet fra en dogmatisk analyse til en vurdering *de lege ferenda*. I punkt 1.2 ble det fremsatt en hypotese om at det kan stilles spørsmål ved kjøpslovens egnethet som bakgrunnsrett for kommersielle tilvirkningskontrakter. Etter de materielle drøftelsene i kapitlene 3 – 6 vil det i kapittel 7 bli gjort en vurdering av om hypotesen stemmer, og om kommersielle tilvirkningskontrakter behøver en regulatorisk reform.

2 Kjøpslovens anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter

2.1 Oversikt over kapittel 2

Den overordnede problemstillingen i kapittel 2 er i hvilken utstrekning kjøpsloven får anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter. Det påpekes at denne problemstillingen er videre enn, og har betydning utenfor, avhandlingens tema. Hvorvidt kjøpsloven får anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter vil ha stor betydning for bakgrunnsretten for disse kontraktene jf. punkt 1.2.

Kjøpsloven § 1 (1) første punktum fastsetter generelt at:

"Loven gjelder kjøp for så vidt ikke annet er fastsatt i lov."

Videre fastsetter kjøpsloven § 2 at:

"(1) Loven gjelder bestilling av ting som skal tilvirkes, når ikke den som bestiller skal skaffe en vesentlig del av materialet. Loven gjelder ikke avtale om oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom.

(2) Loven gjelder ikke avtale som pålegger den part som skal levere tingen, også å utføre arbeid eller annen tjeneste, og dette utgjør den overveiende del av hans forpliktelser."

Ordlyden "bestilling av ting som skal tilvirkes" oppstiller en hovedregel for lovens virkeområde i relasjon til tilvirkning. Deretter oppstilles enkelte unntak. Loven gjelder ikke kontrakter der "bestiller skal skaffe en vesentlig del av materialet", eller der leverandøren også skal "utføre arbeid eller annen tjeneste, og dette utgjør den overveiende del av hans forpliktelser".

Kapittel 2 er strukturert ut fra ordlyden i kjl. § 2. Først, i punkt 2.2, analyseres hva som er hovedregelen. Deretter, i punkt 2.3, drøftes unntaket for bestillers levering av materialer. I punkt 2.4 drøftes unntaket for leverandørens tilleggsarbeid.

For kontraktene som faller utenfor kjøpslovens virkeområde oppstår spørsmålet om hvordan bakgrunnsretten skal fastlegges for disse. I punkt 2.5 drøftes det kort om det kan trekkes opp

noen generelle metodiske retningslinjer for hvordan den ulovfestede bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter skal fastlegges.

2.2 Hovedregelen for kjøpslovens anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter

2.2.1 Oversikt over punkt 2.2

I punkt 2.2 drøftes hovedregelen for kjøpslovens anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter. Den viktigste delen av analysen er i punkt 2.2.2. Det er imidlertid nødvendig å gjøre et nokså omfattende spesialstudium for kjøpslovens anvendelse på IT-utvikling. Dette gjøres i punkt 2.2.3.

2.2.2 Analyse av hovedregelen

Spørsmålet er om kjøpsloven som hovedregel får anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter.

Ifølge kjl. § 1 (1) første punktum gjelder loven "kjøp" jf. punkt 2.1. Denne ordlyden definerer virkeområdet til en kontraktstype. Et "kjøp" vil etter vanlig språklig forståelse være en avtale om at den ene parten skal erverve rett til noe mot vederlag i penger. Det er uklart om "kjøp" etter vanlig språklig forståelse vil omfatte avtaler om fremstilling på bestilling – tilvirkning.

Som nevnt i punkt 2.1 følger det av kjl. § 2 (1) at loven gjelder for "bestilling av ting som skal tilvirkes". Denne ordlyden taler tydelig for at all tilvirkning som hovedregel faller inn under lovens virkeområde. Merk likevel at ordlyden også oppstiller unntak jf. punkt 2.1. Unntakene behandles i punkt 2.3 og punkt 2.4.

Videre uttrykker forarbeidene at all tilvirkning som hovedregel faller inn under loven.⁵⁷ En entydig ordlyd i § 2 med støtte fra et forbeholdsløst forarbeid er tungtveiende argumenter.

På den andre siden kan det anføres at kjøpsloven gir reguleringer som ikke er tilpasset hensynene innen kommersielle tilvirkningskontrakter. Kjøpsloven er først og fremst skrevet med sikte på vanlige løsørekjøp.⁵⁸ Som nevnt i punkt 1.3 er det flere faktiske forhold ved kommersielle tilvirkningskontrakter som skiller kontraktene fra ordinære kjøp. Det er særlig det økonomiske omfanget, varigheten av arbeidet, den tekniske kompleksiteten, behovet for

⁵⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 48.

⁵⁸ Rt. 2002 s. 1110 (Bodum) s. 1118.

tilpasninger, og preget av samarbeid mellom partene som skiller kommersielle tilvirkningskontrakter fra vanlige løsekjøp. Det kan derfor stilles spørsmål ved om kjøpsloven ivaretar hensynene i kommersielle tilvirkningskontrakter.

Kjøpsloven har ingen regler om endringsordrer. Dette i motsetning til samtlige standardkontrakter foruten NL 17.⁵⁹ I § 50 bokstav a fastslår loven at kjøperen plikter å "yte slik medvirkning som det er rimelig å vente av ham for at selgeren skal kunne oppfylle kjøpet". Videre har selgeren etter § 60 (1) en viss adgang til å fastsette kontraktsgjenstandens spesifikasjoner der kjøperen unnlater å gi slike. Disse to bestemmelsene gir regler som tematisk sett passer inn i tilvirkning. Reglene passer imidlertid ikke på *kommersiell* tilvirkning. Plikten i § 50 bokstav a er generell og skjønnsmessig. Motsetningsvis har standardkontraktene så mange regler der partene skal samhandle at kontraktene gjerne har en egen bestemmelse om at partene skal utpeke dedikerte personer som skal være kontaktpunktene mellom dem.⁶⁰ Bestemmelsen i § 60 (1) løser et problem med at selger kan skjære gjennom og fastsette spesifikasjonene. Løsningen i standardkontraktene er derimot at kjøpers forsinkelse skal medføre forskyvinger i fremdriftsplan, og noen ganger at leverandøren får krav på mer eller mindre penger, ikke at leverandøren skal fortsette.⁶¹

Om kjøpsloven 1907 mente *Brunsvig* at det vil være ganske tilfeldig om loven passet på "så teknisk avansert spesialproduksjon som bygging av moderne skip".⁶² Allerede forut for en inngående analyse er det grunn til å stille spørsmål om det samme kan sies om kjøpsloven 1988 og moderne kommersiell tilvirkning. Hensynet til at kommersielle tilvirkning er annerledes fra ordinære kjøpsavtaler taler for at loven ikke får anvendelse på kontraktene.

På tross av hensynene nevnt ovenfor er det en tydelig lovgiverintensjon bak hovedregelen slik den er uttrykt i kjøpsloven § 2. Det er ingen holdepunkter for at bestemmelsen kan tolkes slik at den har fått et endret betydningsinnhold over tid. Hensyn kan derfor ikke alene tilsi en annen forståelse enn de tydelige slutningene fra ordlyden og forarbeidene.

⁵⁹ Se NLM 19 art. 35, SHIP 2000 art. VI, NEWBUILDCON art. 24, NTK 15 art. 12-16, SSA-T art. 3, PS2000 art. 3.6 og IKT-Norges utviklingsavtale art. 7.

⁶⁰ Se eksempelvis NTK 15 art. 3, SSA-T art. 2.1.2, PS2000 art. 2.1.1 og IKT-Norges utviklingsavtale art. 2.1.

⁶¹ Se eksempelvis NTK 15 art. 27, NLM 19 art. 22 og NEWBUILDCON art. 34 (iii) (5) jf. art. 39 (c).

⁶² Per Brunsvig, *Konstruksjonsansvar ved bygging av skip*, Oslo 1973, s. 7.

Det har vært diskutert om skipsbygging og offshorefabrikasjon faller innenfor virkeområdet til CISG.⁶³ CISG art. 2 (e) unntar salg av "ships" og "vessels". Kjøp av ferdige, eksisterende skip og fartøy er dermed tydelig unntatt konvensjonens virkeområde. CISG omfatter etter sin ordlyd all tilvirkning, se art. 3 (1). Spørsmålet som har vært drøftet er hva som er forholdet mellom unntaket for ferdige "ships" og "vessels" og tilvirkning av de samme tingene. Konklusjonen er omstridt i litteraturen.⁶⁴

Kjøpsloven unntar ikke "ships" og "vessels" fra sitt virkeområde. Proposisjonen nevner eksplisitt at skipsbygging faller inn under virkeområdet.⁶⁵ I den grad offshoreinstallasjoner kan bli ansett for å være "vessels",⁶⁶ imøtegår den nordiske utredningen dette ved at den eksplisitt inntar oljeplattformer i virkeområdet for loven.⁶⁷ Dersom CISG skal forstås slik at skipsbygging og offshorefabrikasjon ikke omfattes av konvensjonen, vil det stå i motstrid til ordlyden i kjøpsloven og dens forarbeider, som tydelig omfatter disse kontraktene. Det er derfor interessant å se nærmere på forholdet mellom kjøpsloven og CISG.

Kjøpsloven ble utformet med sikte på å være en "konsolidert" lov om interne norske, nordiske, og internasjonale løssørekjøp.⁶⁸ For de materielle reglene i den norske kjøpsloven ble CISGs bestemmelser derfor gitt "særskilt stor betydelse".⁶⁹ Senere har CISG blitt gjennomført på ny ved inkorporasjon.⁷⁰ Foruten at enkelte spesialregler ble opphevet, skulle CISGs nye gjennomføring ikke endre de materielle reglene i kjøpsloven.⁷¹ Etersom CISG har hatt denne betydningen for utformingen av kjøpsloven, og det ikke har vært meningen å endre rettstilstanden senere, vil CISG og dens kilder stadig være viktige ved tolkningen av kjøpsloven.⁷²

⁶³ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 11. april 1980 (CISG). For diskusjonen, se blant annet Amund Bjøranger Tørum, "The Exceptions in CISG Article 2 (e) for 'Ships' and 'Vessels' – Particularly on Sales of Offshore Units and Construction of Ships and Offshore Units" i *A Tribute to Joseph M. Lookofsky*, Copenhagen 2015, s. 383-392 (s. 389-391) med videre henvisninger.

⁶⁴ Tørum (2015) s. 391 med videre henvisninger.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 49.

⁶⁶ Se Tørum (2015) s. 386-389 for diskusjonen.

⁶⁷ NU 1984: 5 s. 198. At kjøpsloven gjelder offshoreinstallasjoner er også lagt til grunn i Kaasen (2018) s. 54, Amund Bjøranger Tørum, *Direktekrav*, Oslo 2007, s. 231 og Ola Mestad, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*, Oslo 1991, s. 225.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 16-18.

⁶⁹ NU 1984: 5 s. 158.

⁷⁰ Lov 28. februar 2014 nr. 2 om endringer i kjøpsloven og avtaleloven.

⁷¹ Prop. 158 LS (2012-2013) s. 10.

⁷² Slik også Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 35.

Det er hensynet til rettsenhet som begrunner at kjøpsloven i sin tid ble gjort nokså lik CISG.⁷³ Hensynet til rettsenhet taler likevel bare for at kjøpsloven har de samme materielle reglene for avtalene som CISG omfatter. At kjøpsloven anvender de samme materielle reglene på kontrakter som faller utenfor CISGs virkeområde innebærer ikke en lavere grad av rettsenhet. Det betyr at uansett om CISG får anvendelse på skipsbygging og offshorefabrikasjon eller ikke, vil ikke dette medføre større eller mindre grad av rettsenhet for kjøpsloven. CISGs virkeområde kan ikke tilsi en innskrenkende tolkning av kjøpslovens virkeområde.

Når CISG ikke kan tilsi at kommersielle tilvirkningskontrakter skal falle utenfor virkeområdet til kjøpsloven, blir hensynene til kontraktene stående som de eneste kildene som taler for at kommersielle tilvirkningskontrakter faller utenfor lovens virkeområde. Som nevnt er ikke det tilstrekkelig. På grunnlag av det ovenstående legges det til grunn at kjøpsloven som hovedregel får anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter.

2.2.3 Særspørsmål ved kjøpslovens anvendelse på IT-utvikling

2.2.3.1 Oversikt over punkt 2.2.3.

I punkt 2.2.2 ble det lagt til grunn at kjøpsloven som hovedregel får anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakter. Ved kontrakter om IT-utvikling er det imidlertid noen forhold som gjør det nødvendig med et spesialstudium av hvorvidt hovedregelen også gjelder her. I punkt 2.2.3 drøftes betydningen av disse for kjøpslovens anvendelse på IT-utvikling.

Det er to faktiske forskjeller som skaper tvil om kjøpslovens anvendelse på IT-utvikling.

Den første forskjellen er at objektet for tilvirkningen i IT-utvikling er en programvare. Programvarer er sammensetninger av informasjon i, til syvende og sist, binære koder. Informasjonen kan lagres på ulike tekniske løsninger. Eksempler på fysiske lagringsmåter kan være magnetiserte metallskiver eller nett av mikroskopiske transistorer. Dette innebærer at den enkelte programvare ikke er bundet til en enkelt fysisk manifestasjon. Derimot er leveransen ved andre typer kommersiell tilvirkning en fysisk gjenstand. Betydningen av at leveransen i IT-utvikling ikke er en fysisk gjenstand drøftes i punkt 2.2.3.2.

Den andre forskjellen er at ved tilvirkning av fysiske gjenstander erverver bestiller nesten alltid eiendomsretten til leveransen. Dette er annerledes i IT-utvikling. Ikke sjelden får

⁷³ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 19.

bestiller av spesialtilpassede programvarer bare en begrenset bruksrett til leveransen – en lisens.⁷⁴ Dette reiser spørsmål om betydningen av at bestiller bare får en begrenset bruksrett til leveransen for kjøpslovens anvendelse. Som det vil fremkomme, er dette et nokså komplisert rettslig spørsmål. Spørsmålet drøftes i punkt 2.2.3.3.

IT-utvikling er omfattet av ordlyden i kjl. § 2, se punkt 2.2.2. Sett i sammenheng med § 1 er § 2 mest nærliggende å forstå som en presisering av § 1. At § 2 er en presisering betyr ikke at det er tilstrekkelig at avtalen er omfattet av bestemmelsens ordlyd. Dersom § 1 oppstiller *kumulative* vilkår som ikke er uttrykt i § 2 må en kontrakt også oppfylle de kumulative vilkårene for å omfattes av loven. Det er hvorvidt § 1 oppstiller slike kumulative vilkår som IT-utvikling ikke oppfyller, som er den overordnede problematikken i punkt 2.2.3.

2.2.3.2 Betydningen av at leveransen ikke er en fysisk gjenstand

Spørsmålet her er om det har betydning for kjøpslovens anvendelse på IT-utvikling at leveransen er digital. En annen måte å formulere spørsmålet på, er om kjøpsloven oppstiller et vilkår om at kontraktsgjenstanden er en fysisk gjenstand for at loven skal få anvendelse.

Som nevnt i punkt 2.2.2 angir ordlyden "kjøp" jf. kjl. § 1 lovens virkeområde til en kontraktstype. Loven gjelder for avtaler med et bestemt innhold. Et "kjøp" vil etter vanlig språklig forståelse være en avtale der den ene parten skal erverve rett til noe mot vederlag i penger. Denne ordlyden oppstiller følgelig ikke et vilkår om at kjøpet må gjelde en bestemt type gjenstand.

I proposisjonen er det påpekt følgende.

"I lovteksten brukes ordet «ting» eller «salgtingen» som beskrivelse av det som faller inn under loven. Ordet brukes her i en noe videre betydning enn i dagligtalen. Loven gjelder f eks også overdragelse av verdipapirer, fordringer og andre rettigheter, f eks lisens eller bruksrett. Derimot faller stiftelse av rettigheter utenfor loven. Også når det gjelder overdragelse av rettigheter, fordringer o l må det tas hensyn til salgsobjektets spesielle karakter. Dessuten kan selvsagt særskilte lovbestemmelser gå foran kjøpsloven på disse områder."⁷⁵

⁷⁴ Henrik Udsen, *IT-ret*, 4. utgave, København 2019 s. 657-659.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 48.

Disse uttalelsene legger til grunn at det ikke er et vilkår etter kjøpsloven at objektet for kjøpet er en fysisk gjenstand. Hva som menes med at det for rettigheter må tas hensyn til objektets "spesielle karakter" er usikkert. Det siterte legger imidlertid tydelig til grunn at de påtenkte spesielle gjenstandene i utgangspunktet er omfattet av loven. Forarbeidene trekker dermed tydelig i retning av at kjøpsloven får anvendelse selv om leveransen i IT-utvikling er et dataprogram.

I det siterte avsnittet er det lagt til grunn at kontrakter som stifter rettigheter – i motsetning til kontrakter som overdrar rettigheter – faller utenfor kjøpslovens virkeområde. Denne problematikken behandles i punkt 2.2.3.3.

Torvund la i 1997 til grunn at utvikling av programmer ikke var å anse som "kjøp".⁷⁶ Han henviste og sluttet seg til en artikkel om en voldgiftsdom under kjøpsloven 1907.⁷⁷ I artikkelen synes det sentrale å være at dataprogram ikke er gjenstander.⁷⁸ Det er nærliggende å forstå *Torvund* slik at han anså denne betraktningen som fortsatt avgjørende under kjøpsloven 1988.⁷⁹ I så fall er det arten av ytelsen som tenkes å være diskvalifiserende.

Som nevnt i punkt 2.2.2 må kjøpsloven tolkes i lys av CISG. Ifølge CISG art. 1 (1) gjelder konvensjonen for "sale of goods". Vanlig språklig forståelse av "goods" er at det er tale om fysiske ting. Ordlyden i konvensjonen taler dermed for en tilsvarende regel som den *Torvund* la til grunn i hans doktoravhandling.

Litteraturen om CISG er imidlertid samstemt om at programvarer som sådan er omfattet.⁸⁰ Det kan her nevnes at CISG ikke omfatter kjøp og salg av rettigheter generelt, herunder lisenser.⁸¹ Den nevnte avgrensningen er imidlertid et spørsmål om hvor begrenset bestillers rettighet er. Denne problematikken behandles i punkt 2.2.3.3. Programvarer som sådan er omfattet av konvensjonens virkeområde. CISG taler dermed for at kjøpsloven får anvendelse selv om leveransen i IT-utvikling er et dataprogram.

⁷⁶ Olav Torvund, *Kontraksregulering: IT-kontrakter*, Oslo 1997, s. 24.

⁷⁷ Arve Føyen, "Voldgiftsdom om databehandling", *Lov og Rett*, 1973 s. 376-379 (s. 378).

⁷⁸ Føyen (1973) s. 378.

⁷⁹ Torvund (1997) s. 24.

⁸⁰ Peter Schlechtriem og Ingeborg Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4. Utgave, Oxford 2016 s. 34-35. Se også Jan Ramberg og Johnny Herre, *Internationella köplagen (CISG)*, 4. upplagan, Stockholm 2016, s. 65.

⁸¹ Schlechtriem/Schwenzer (2016) s. 35-36.

Lovens ordlyd, forarbeider og CISG taler for at kjøpsloven § 1 ikke stiller vilkår om at kontrakten gjelder en fysisk gjenstand. Konklusjonen er da at det ikke har betydning for kjøpslovens anvendelse at IT-utvikling gjelder en digital ytelse.

2.2.3.3 Betydningen av at bestiller bare får en begrenset bruksrett til leveransen

Spørsmålet her er hvilken betydning det har for kjøpslovens anvendelse at bestiller bare får en begrenset bruksrett til leveransen – ofte kalt en lisens.

Som nevnt fastsetter kjl. § 1 at loven gjelder for "kjøp". Ordet "kjøp" blir vanligvis ikke forstått som at kjøper må erverve eiendomsrett. Det tales også om et kjøp der kjøper erverver en bruksrett. Ut fra ordlyden er det ikke problematisk for lovens anvendelse at bestiller får en rett som er mer begrenset i *omfang* enn en eiendomsrett. Samtidig blir "kjøp" vanligvis forstått med et krav om at overføringen av rettigheten er endelig. Det er ikke et "kjøp", hvis rettigheten har en utløpsdato. Ordlyden taler for at loven ikke omfatter avtalen dersom retten som erverves har begrenset *varighet*.

I punkt 2.2.3.2 ble et avsnitt fra kjøpslovens forarbeider sitert. I det siterte fra proposisjonen uttrykkes det eksplisitt at loven gjelder for bruksretter som sådan.⁸²

Forarbeidene oppstiller imidlertid et skille mellom avtaler som *stifter* rettigheter og avtaler som *overdrar* rettigheter.⁸³ Kjøpsloven gjelder for avtaler som overdrar rettigheter, ikke for avtaler som stifter rettigheter.⁸⁴ Et slikt skille fremstår velbegrunnet. Stiftelsesgrunnlaget for en rettighet må fastsette de rettslige rammene for rettigheten. Kjøpsloven gir liten veiledning i spørsmål om bruksrettighetens varighet, omfang og betingelser for øvrig. Kontrakter om IT-utvikling der bestiller får en lisens til programvaren, stifter en bruksrett for bestiller i leveransen. Forarbeidene taler for at kontraktene ikke omfattes av loven.

Videre er det flere forarbeider til forbrukerkjøpsloven som drøfter kjøpslovens virkeområde. Der legges det til grunn at kjøpsloven ikke gjelder for programvarer der disse overføres digitalt.⁸⁵ Argumentet som fremføres bygger på måten programvarer overføres på.⁸⁶

⁸² Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 48.

⁸³ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 48.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 48.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 57 og s. 72-74.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 57.

Programvarer overføres ved at det sendes elektroniske signaler fra en datamaskin til en annen, der den mottakende lagrer informasjonen på sin lokale lagringsenhet. Siden programvaren er atskillelig fra den enkelte fysiske lagring, anser forarbeidene avtaler der mottakeren kopierer filen digitalt som mest naturlig å betrakte som en stiftelse av en bruksrett i programvaren, ikke som en overdragelse av en rett.⁸⁷ I tråd med skillet i proposisjonen til kjøpsloven blir det lagt til grunn at kjøpsloven ikke gjelder for slike kontrakter.

I utgangspunktet vil forarbeidene til forbrukerkjøpsloven være etterarbeider til kjøpsloven og derfor ha begrenset rettskildemessig vekt.⁸⁸ Ved vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven ble imidlertid noen bestemmelser i kjøpsloven endret.⁸⁹ Det gjør at dette forarbeidet til forbrukerkjøpsloven, Ot.prp. nr. 44 (2001-2002), ikke utelukkende er et etterarbeid til kjøpsloven. Bestemmelsen om kjøpslovens virkeområde ble imidlertid ikke endret. Det er da ikke grunn til å anse proposisjonen for rettskildemessig likeverdig med andre forarbeider ved tolkningen av denne bestemmelsen. Synspunktene i Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) er imidlertid fulgt opp i senere forarbeider til forbrukerkjøpsloven.⁹⁰ Denne rettsoppfatningen fra lovgiverhold må i alle tilfeller tillegges *noe* vekt. Rettsoppfatningen trekker i retning av at kjøpsloven er avgrenset mot kontrakter som stifter bruksretter. Siden de fleste kontrakter om IT-utvikling gir bestiller en lisens til programvaren, taler dette for at kontraktene faller utenfor kjøpslovens virkeområde.

Som nevnt i punkt 2.2.2 og punkt 2.2.3.2 må kjøpsloven tolkes i lys av CISG. Ifølge CISG art. 1 (1) gjelder konvensjonen for "sale". Denne ordlyden forstås vanligvis likt som "kjøp", bortsett fra at avtalen ses fra selgers perspektiv. Ordet "sale" taler, slik som "kjøp", for at ikke alle erverv av bruksrettigheter er omfattet, men det er vanskelig å utlede en tydelig grense fra ordet.

Litteraturen om CISG er samstemt i at konvensjonen omfatter avtaler der bestiller får en mer begrenset rett til en programvare enn eiendomsrett.⁹¹ For at konvensjonen skal gjelde må

⁸⁷ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 57.

⁸⁸ Knut Bergo, "Tolking og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider", i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.) Oslo 2019 s. 175-238 på s. 192.

⁸⁹ Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven – f.kjl.) § 63 6.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 23 (2006-2007) s. 11 som viser til ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 57 og s. 72-74.

Proposisjonen fra 2006-2007 viser også til rapport "Forbrukerkjøpslovens anvendelse ved levering av digitale ytelser" avgitt av Olav Torvund til justisdepartementet 24. januar 2004, som proposisjon angir at kommer til samme konklusjon.

⁹¹ Schlechtriem/Schwenzer (2016) s. 34-35. Se også Ramberg/Herre (2016) s. 65.

imidlertid kontrakten oppfylle nærmere krav til bruksrettens omfang. Kravet er at bestiller må få en permanent bruksrett med full rådighet, foruten opphavsrett og innskrenkninger i rådigheten med hensyn til å la tredjepersoner bruke programvaren. I slike tilfeller er bruksretten å likestille med et kjøp etter konvensjonen, ifølge litteraturen.⁹²

Motsetningsvis gjelder CISG ifølge litteraturen ikke for kjøp og salg av rettigheter generelt, herunder lisenser.⁹³ Litteraturen om CISG bruker imidlertid termene rettigheter og lisenser mer snevert enn de er brukt i teksten her. Det som uttrykkes om kjøp av rettigheter sett i sammenheng med det som i samme litteratur uttrykkes om kjøp av programvarer viser at det avgjørende er hvor begrenset bestillers rett til programvaren er. Hvis bestiller får en mer begrenset rett enn det som beskrives som kravet i avsnittet ovenfor, vil bestillers rett være en slik som litteraturen betegner som en lisens. I et slikt tilfelle vil kontrakten falle utenfor CISGs virkeområde.

CISG er etter dette avgrenset mot lisenser til programvarer der bestillers bruksrett er mer begrenset enn retten beskrevet to avsnitt ovenfor. Konvensjonen har følgelig et mer restriktivt virkeområde enn kjøpsloven i spørsmålet om bruksretter som sådan er omfattet. Samtidig åpner konvensjonen for at bruksretter kan være så omfattende at de kan likestilles med "sale", og derfor være omfattet av konvensjonen.

Det ovenstående leder til at kjøpslovens forarbeider og CISG taler for ulike tolkninger av kjøpslovens virkeområde. Kjøpslovens forarbeider og CISG oppstiller ulike vurderingstema, og dermed ulike grenser, for om en gitt bruksrett skal falle inn under virkeområdet.

Det er det samme faktiske problemet som kildene håndterer. Programvarer er ikke knyttet til sin fysiske manifestasjon. Dette lar bestiller kopiere programvaren uten at avsender må miste rådigheten. Partene i en kontrakt om IT-utvikling har dermed praktisk mulighet til å stifte en bruksrett i stedet for å overdra eiendomsretten. Problemet er at denne praktiske muligheten er et faktisk forhold som de rettslige reguleringene – virkeområdene til kjøpsloven og CISG – ikke er designet for å ta hensyn til. Kjøpsloven og CISG har ulike regler for deres anvendelse på avtaler om bruksretter. Kjøpsloven omfatter overdragelse av bruksretter, men ikke stiftelser. CISG skiller ikke mellom stiftelser og overdragelser, men oppstiller vilkår om at

⁹² Schlechtriem/Schwenzer (2016) s. 34-35. Se også Ramberg/Herre (2016) s. 65.

⁹³ Schlechtriem/Schwenzer (2016) s. 35-36.

kjøperen enten må få eiendomsretten til realytelsen, eller en rettighet som i praksis tilsvarer eiendomsrett.⁹⁴ Disse grensene var nok ikke ment å regulere lovens og konvensjonens anvendelse på IT-utvikling, men de gjør det.

Når kjøpslovens forarbeider og CISG skal forsøkes harmonisert ved tolkningen av kjøpslovens virkeområde, er det viktig å merke at på tross av ulike vurderingstemaer vil resultatene for det meste være like. Kjøpslovens forarbeider avgrensner kjøpslovens virkeområde mot alle kontrakter om IT-utvikling der det stiftes bruksrett for bestiller. CISGs virkeområde er avgrenset mot alle kontrakter om IT-utvikling der bestiller får en bruksrett, foruten en snever gruppe kontrakter. Både forarbeidene og CISG avgrensner dermed virkeområdene mot kontrakter der bestiller får en bruksrett som ikke i praksis tilsvarer eiendomsrett. Det kan da konkluderes med at kjøpsloven ikke er anvendelig på disse kontraktene. De fleste kontrakter om IT-utvikling vil nok gi en slik mer begrenset bruksrett. Dermed faller de fleste kontrakter om IT-utvikling utenfor kjøpslovens virkeområde.

Det er bare for kontrakter der bestiller ikke erverver eiendomsretten til programvaren, men får en permanent bruksrett med fulle rettigheter foruten opphavsrett og innskrenkninger i rådigheten med hensyn til å la tredjepersoner bruke programvaren, at forarbeidene og CISG konkluderer ulikt. Spørsmålets tvil knytter seg til om disse kontraktene er omfattet av kjøpslovens virkeområde. Tolkningsspørsmålet er om kjøpslovens virkeområde på grunnlag av CISG skal tolkes utvidende til å omfatte kontrakter om IT-utvikling der bestiller får en bruksrett som i praksis tilsvarer en eiendomsrett.

Som fremhevet i punkt 2.2.2 er det ikke betenkelig at kjøpsloven har et videre virkeområde enn CISG. Hensynet til rettsenhet gjør seg imidlertid sterkere gjeldende der det er tale om å tolke kjøpsloven snevrere enn CISG. Under lovforberedelsen fikk "konventionens lösningar en särskilt stor betydelse" for utformingen av den norske kjøpsloven.⁹⁵ Dette fordi det ble ansett ønskelig "från materiell och praktisk synpunkt" at bestemmelsene om nasjonale og internasjonale kjøp "till sitt innehåll så långt som möjligt motsvarar varandra".⁹⁶ Hvis kjøpsloven ikke gjelder for kontrakter som CISG gjelder for, vil det ikke være rettsenhet

⁹⁴ Schlechtriem/Schwenzer (2016) s. 34-35. Se også Ramberg/Herre (2016) s. 65.

⁹⁵ NU 1984: 5 s. 158.

⁹⁶ NU 1984: 5 s. 158. Disse synspunktene fikk tilslutning i proposisjonen, se Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 16-18.

mellom loven og CISG. Hensynet til rettsenhet taler dermed for at CISGs løsning legges til grunn ved tolkningen av kjøpsloven. Forarbeidene taler for at hensynet må vektes tungt.

Normalt ville nok hensynet til rettsenhet begrunnet et unntak til kjøpslovens avgrensning. I dette tilfellet er det imidlertid tale om en avgrensning som er lagt til grunn over tid og som har dannet grunnlag for videre lovgivning.⁹⁷ Tolkningen har grunnlag i et forarbeid til kjøpsloven, den ble lagt til grunn i et forarbeid til en endringslov, og til sist ble den forutsatt i et forarbeid til endringer i andre lover.⁹⁸ At det i lang tid har vært lagt til grunn at kjøpsloven er avgrenset mot stiftelser av bruksrettigheter, og denne rettsoppfatningens egenskap som premissleverandør for lovgivning, taler for at kjøpsloven er avgrenset mot også denne snevre gruppen av kontrakter.

Det er betydelig tvil om den riktige tolkningen. Rettsenhet er et tungtveiende hensyn. Samtidig er ikke Norge folkerettslig forpliktet til rettsenhet mellom den norske kjøpsretten og CISG. Hensynet til rettsenhet er noe forarbeidene har etablert jf. punkt 2.2.2. Det betyr at konflikten egentlig er skapt som følge av to ulike synspunkter i forarbeidene. Ett om forholdet mellom kjøpsloven og CISG, og ett om tolkningen av § 1.

Tolkningen av kjøpsloven § 1 har vært lagt til grunn for den norske kjøpsloven over lang tid. Tilfellet som forarbeidene og CISG har ulike løsninger for må antas å gjelde veldig få kontrakter i praksis. Om kjøpsloven ikke får anvendelse vil også loven uansett, som fremhevet i de samme forarbeidene, i stor grad gi grunnlag for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper som likevel vil kunne komme til anvendelse på kontraktene.⁹⁹ Det har derfor meget begrenset praktisk betydning om hensynet til rettsenhet tilsidesettes i akkurat dette tolkningsspørsmålet. Under tvil antas det derfor at det bør tillegges avgjørende vekt at det har vært lagt til grunn for videre lovgivning at kjøpsloven ikke omfatter kontrakter som stifter en bruksrett i et dataprogram.

Kjøpsloven får bare anvendelse på kontrakter om IT-utvikling der bestiller erverver eiendomsrett til leveransen. Dette vil i praksis være meget sjeldent jf. punkt 2.2.3.1. IT-utvikling vil i de aller fleste tilfeller falle utenfor kjøpsloven.

⁹⁷ Se Ot.prp. nr. 23 (2006-2007) s. 46 jf. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 57.

⁹⁸ Henholdsvis Ot.prp. nr. 80 (1986-1987), Ot.prp. nr. 23 (2006-2007) og Ot.prp. nr. 44 (2001-2002)

⁹⁹ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 57.

2.3 Unntak ved vesentlige materialleveranser fra bestiller

Kjøpsloven får som hovedregel anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakt utenom de fleste kontrakter om IT-utvikling, se punkt 2.2. I punkt 2.3 drøftes unntaket for avtaler der bestiller leverer materialer.

Kjøpsloven kommer ikke til anvendelse på tilvirkningskontrakter der bestiller skal skaffe en "vesentlig del av materialet" jf. kjl. § 2 (1) første punktum. Der bestiller allerede eier en "vesentlig del" av det som skal bli leveransen, mister avtalen sitt preg av å være et kjøp.¹⁰⁰ Så vidt vites er det svært sjeldent at unntaket er aktuelt for store kommersielle tilvirkninger.¹⁰¹ Her skal det derfor bare kort trekkes opp noen generelle retningslinjer for vurderingen.

Det kan nok stilles spørsmål ved hva "materialer" nøyaktig kan omfatte. Disse yttergrensene skal ikke utforskes her. For denne fremstilling er det tilstrekkelig å peke på at i kjernen av ordlyden ligger det løsøre som bearbeides til å bli en del av leveransen.

Ordlyden "vesentlig del" oppstiller en skjønnsmessig vurdering der både kvalitative og kvantitative egenskaper ved materialene kan være relevante. Forarbeidene viser til materialenes økonomiske verdi og funksjonelle betydning som sentrale i vurderingen.¹⁰² I *Schlechtriem/Schwenzer* legges det til grunn at den tilsvarende vurderingen etter CISG art. 3 (1) tar utgangspunkt i den økonomiske verdien.¹⁰³ Hvor stor den økonomiske verdien må være for å aktualisere unntaket er uklart. Forarbeidene antyder 50% der materialene ikke har noen særlig funksjonell betydning, men vektlegger at det er en samlet vurdering.¹⁰⁴ *Ramberg/Herre* viser til at det i litteraturen omkring CISG er anslått fra 15% til 50% av den økonomiske verdien, men påpeker at også det funksjonelle aspektet har betydning.¹⁰⁵

Rettskildene viser at vurderingen er skjønnsmessig og konkret. Uansett hvor terskelen nøyaktig skal settes, er det tale om et høyt krav til bestillers bidrag. Så langt det har vært mulig å skaffe inntrykk av praktiske forhold, virker det å være svært sjelden at bestiller

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 49.

¹⁰¹ Det samme er lagt til grunn i Hagstrøm (2015) s. 42.

¹⁰² Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 49.

¹⁰³ *Schlechtriem/Schwenzer* (2016) s. 64-65.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 49.

¹⁰⁵ *Ramberg/Herre* (2016) s. 88-89.

leverer materialer i det påkrevde omfang. Denne antakelsen er særlig sikker for offshorefabrikasjon.¹⁰⁶ Unntaket må antas å bare være aktuelt i sjeldne tilfeller.

2.4 Unntak ved en overveiende andel tilleggsarbeider for leverandøren

Kjøpsloven får som hovedregel anvendelse på kommersielle tilvirkningskontrakt utenom de fleste kontrakter om IT-utvikling, se punkt 2.2. I punkt 2.4 drøftes unntaket for avtaler der leverandøren utfører tilleggsarbeid.

Etter kjl. § 2 (2) gjelder ikke kjøpsloven for avtaler som pålegger parten som skal levere tingen, "også å utføre arbeid eller annen tjeneste, og dette utgjør den overveiende del av hans forpliktelser". Ordlyden "også" markerer her at arbeidet må være i tillegg til selve hovedytelsen. I forarbeidene er det eksplisitt sagt at unntaket gjelder arbeid "som ikke består i tilvirkning av tingen".¹⁰⁷ Dette innebærer at unntaket bare er relevant for kommersielle tilvirkningskontrakter i den grad leverandør skal gjøre arbeid ved siden av selve tilvirkningen.

Ikke sjeldent skal leverandøren montere leveransen. Tidvis kan det kreve nokså mye arbeidsinnsats å installere maskinen i skipet eller montere modulen på plattformen. Andre tilleggsarbeid leverandør kan bidra med er opplæring i bruk av maskiner, og reparasjoner og vedlikehold av eksisterende gjenstander. Alle disse ytelsene omfattes av ordlyden i kjl. § 2 (2). Montering og reparering nevnes uttrykkelig i forarbeidene som relevante typer arbeid under unntaket.¹⁰⁸ Unntaket ble til og med tatt inn i CISG nettopp med sikte på såkalte "turnkey"-kontrakter.¹⁰⁹

For at avtalen skal falle utenfor loven er det et vilkår at tilleggsarbeidet er "den overveiende del" av leverandørs forpliktelser. Denne ordlyden legger opp til en høyere terskel enn for unntaket i kjl. § 2 (1) første punktum, se punkt 2.3. At noe er en "overveiende del" vil vanligvis bli forstått slik at andelen er større enn de andre andelene med tydelig margin. Forarbeidene legger til grunn at den økonomiske verdien "torde (...) i allmänhet kunna tjäna som utgångspunkt".¹¹⁰ Men denne er ikke alene avgjørende dersom det er "mest naturlig å

¹⁰⁶ Kaasen (2018) s. 54.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 49.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 49-50 jf. NU 1984: 5 s. 199.

¹⁰⁹ Schlechtriem/Schwenzer (2016) s. 71. Turnkey-kontrakter er totalkontrakter hvor leverandør skal montere leveransen. Navnet kommer fra at alt bestiller trenger å gjøre er å "vri om nøkkelen".

¹¹⁰ NU 1984: 5 s. 199.

karakterisere det hele som en tjenesteavtale".¹¹¹ Særlig skal det legges vekt på om utførelsen gjelder kompliserte tekniske gjenstander og krever særlige fagkunnskaper.¹¹²

Det synes etter dette vanskelig å angi presist hvordan vurderingen skal gjøres. Tryggest er det nok å legge til grunn at verdien av tilleggsarbeidet "must 'significantly' exceed 50%".¹¹³

Hvordan arbeidets vanskelighetsgrad og kompleksitet skal vektes i dette, er uklart. Når rettskildene ikke gir mer veiledning, er forarbeidenes vurderingstema om hva avtalen er "mest naturlig" å karakterisere som, det nærmeste tolkningen kommer en generell retningslinje, selv om dette ikke sier mer enn å henvise til rettsanvenderens skjønn og samvittighet.

Tilvirkningskontrakter kan etter dette falle utenfor kjøpsloven der leverandør skal utføre annet arbeid i tillegg til tilvirkningen. Inntrykket av kontraktspraksis er at dette unntaket vil være noe mer praktisk enn unntaket for bestillers materialer jf. punkt 2.3. Det vil likevel være nokså sjeldent at tilleggsarbeidet er "overveiende" i forhold til tilvirkningen.

2.5 Litt om bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter utenfor kjøpslovens virkeområde

Spørsmålet i punkt 2.5 er om det kan trekkes opp noen generelle metodiske retningslinjer for hvordan bakgrunnsretten skal fastlegges for kommersielle tilvirkningskontrakter som faller utenfor kjøpslovens virkeområde. IT-utvikling utgjør de fleste kontrakter kjøpsloven ikke får anvendelse på, se punkt 2.2. I tillegg til IT-utvikling vil det være enkelte kontrakter der kjøpsloven ikke er anvendelig på grunnlag av bestillers materialleveranser eller leverandørens tilleggsarbeider, se henholdsvis punkt 2.3 og punkt 2.4.

Kontraktene som faller utenfor kjøpslovens virkeområde reguleres av ulovfestet bakgrunnsrett. For slike kontrakter vil det i liten grad foreligge autoritative kilder som er direkte normerende for bakgrunnsretten. At det ikke foreligger autoritative kilder er imidlertid ikke i veien for at det kan utpensles detaljerte regler på kontraktsrettens område.

Siden det ikke gjelder noe legalitetsprinsipp innen kontraktsretten kan rettsanvendelsen baseres på en friere hensynsbruk.¹¹⁴ Fastleggelsen av den ulovfestede bakgrunnsretten må

¹¹¹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 50.

¹¹² Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 50 jf. NU 1984: 5 s. 199.

¹¹³ Schlechtriem/Schwenzer (2016) s. 70.

¹¹⁴ Se Hagstrøm (2011) s. 42. Det som her benevnes som hensynsbruk benevner Hagstrøm som overveielser.

gjøres ved å se hen til hvilke hensyn som gjør seg gjeldende for kontraktene det er tale om å regulere. Dette betyr imidlertid ikke at det kan velges fritt hvilke hensyn som skal tas.¹¹⁵ Faktiske og rettslige forhold vil kunne aktualisere hensyn som *må* tas. Som eksempel på faktiske forhold som leder til hensyn som må tas kan det ses hen til punkt 4.3. Der vil det bli vist til hensyn som følge av de økonomiske konsekvensene en regel vil medføre. Som eksempel på rettslige forhold som leder til hensyn som må tas kan det ses hen til punkt 6.3. Der vil det bli vist til hensyn om økonomisk handlefrihet som følge av en parts rettslige selvstendighet.

At det ved fastleggelsen av bakgrunnsretten for en gruppe kontrakter må ses til hvilke konkrete hensyn som gjør seg gjeldende for kontraktene, fremkommer også av kontraktslovgivningens system.

Et gjennomgående trekk ved kontraktslovgivningen er at lovene sorterer kontraktene ut fra realytelsen. Kjøpsloven gjelder "kjøp" generelt.¹¹⁶ For kjøp av fast eiendom gjelder derimot avhendingsloven.¹¹⁷ Likevel, dersom boligen skal oppføres etter avtalen er inngått, og avtalen er inngått mellom forbruker og næringsdrivende, reguleres avtalen av bustadoppføringslova.¹¹⁸ Bestiller forbrukeren ikke oppføring, men heller vedlikehold, er håndverkertjenesteloven gjeldende.¹¹⁹ Hver av disse lovene har litt ulike regler ut fra hvilke hensyn som gjør seg gjeldende på deres områder.

Kontraktslovene sett i sammenheng gir autoritativt uttrykk for at det ved utformingen av bakgrunnsretten for et gitt kontraktsområde må ses hen til de faktiske forholdene i avtaleforholdet og hvilke hensyn som dermed gjør seg gjeldende. Kontraktslovgivningens system tilsier at den ulovfestede bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter må fastlegges på grunnlag av hensynene som kontraktsområdet aktualiserer.

Som fremhevet i punkt 1.4 kan reelle hensyn utledes fra andre kilder. Autoritative kilder, etablerte regler og standardkontrakter kan tjene som "bærere" av reelle hensyn. Som fremhevet i punkt 1.3 og punkt 1.4 har kommersielle tilvirkningskontrakter mange faktiske

¹¹⁵ Kåre Lilleholt, "Bruk av reelle omsyn i formueretten", *Jussens Venner*, 2000 s. 49-60 (se særlig under punktet "Avslutning og oppsummering").

¹¹⁶ Kjl. § 1.

¹¹⁷ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingsloven – avhl.) § 1-1 (1).

¹¹⁸ Buofl. § 1 jf. § 2.

¹¹⁹ Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven – hvtl.) § 1 (1).

likhetstrekk med entreprise. Entrepriserettslige kilder vil derfor være særlig nærliggende å se hen til med sikte på om argumentasjonen som kildene gir uttrykk for kan ha en viss overføringsverdi på området for kommersielle tilvirkningskontrakter.

I tillegg til hensyn som knytter til reglens innhold, kan det gjøre seg gjeldende hensyn som knytter seg til reglene som sådan, deres fastleggelse og anvendelse. Med dette menes at i tillegg til hensyn om eksempelvis økonomiske konsekvenser, kan det gjøre seg gjeldende hensyn knyttet til forutsigbarheten av reglene som leder til de økonomiske konsekvensene. I tillegg til hensyn om forutsigbarheten av reglene vil særlig hensyn til sammenheng i regelverket kunne gjøre seg gjeldende. Regler skal være operativ i samspill med andre regler. Ved fastleggelsen av en regel kan hensynet til sammenheng i regelverket tilsi at det må tas hensyn til tilstøtende regler. Som eksempel på dette kan det ses hen til punkt 5.3.3. Der vil leverandørens utbedringsrett bli tolket i sammenheng med opphørsvirkningen av heving jf. kapittel 3.

Som også nevnt i punkt 1.4 vil hensyn til forutsigbarhet og sammenheng kunne tale for at en regel på et kontraktsområde bør legges til grunn innenfor kommersielle tilvirkningskontrakter. En slik argumentasjon kan gjøres gjeldende på tross av at hensynene omkring reglens innhold ikke er de samme innenfor kontraktsområdene. Eksempelvis kan det pekes på at det vil være få kontrakter som faller utenfor kjøpslovens virkeområde. For partene kan det virke tilfeldig om eksempelvis et noe større innslag av materialer fra bestiller skal føre til vesentlig andre regler enn de som ellers gjelder. Dersom den ulovfestede bakgrunnsretten fastlegges med sikte på materielt like regler som kjøpsloven, vil det redusere en eventuell opplevelse av bakgrunnsretten som tilfeldig, selv om kjøpsloven ikke ivaretar de materielle hensynene.

Sammenfatningen av det ovenstående er at den ulovfestede bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter må fastlegges gjennom bruk av hensyn. Hensynene bør fortrinnsvis forankres i autoritative kilder, etablerte regler eller standardkontrakter. En slik forankring kan sikre forutsigbarhet og sammenheng i regelverket. Det er imidlertid ikke nødvendig. Hensyn kan oppstilles direkte på grunnlag av at de aktualiseres av faktiske eller rettslige forhold.

3 Opphøret – bortfall av partenes rett og plikt til å oppfylle kontrakten

I dette kapittelet vil det bli gitt en kort redegjørelse for opphørsvirkningen ved heving. Kapittelet er kort fordi materien ikke er tvilsom. Manglende lengde må imidlertid ikke forveksles med manglende viktighet.

I de to første påfølgende avsnittene vil det først bli gitt en forklaring av hva opphørsvirkningen er, deretter av hva dens formål er. Etter dette vil det bli forklart litt nærmere hva opphørsvirkningens objekt er.

Det er ikke tvilsomt at en av rettsvirkningene ved heving er at partenes rett og plikt til å oppfylle kontrakten opphører. Kjøpsloven fastsetter dette i § 64 (1). Utenfor kjøpsloven kan det ses hen til eksempelvis bustadoppføringslova § 21 (1), hvor denne rettsvirkningen ved heving tas så for gitt at bestemmelsen ikke eksplisitt uttrykker det.¹²⁰ Den samme regelen er også kommet til uttrykk i alle modellreglene, se UPICC art. 7.3.5 (1), DCFR III. – 3:509 (1) og PECL art. 9:305 (1). Det må også være sikkert at når rettspraksis omtaler heving ved vesentlig kontraktsbrudd som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp, må opphørsvirkningen være en del av rettsvirkningene.¹²¹ For kommersielle tilvirkningskontrakter, hvor heving er mest praktisk *før* levering, innebærer opphøret at leverandøren stanser arbeidet og at bestiller stanser ytterligere betalinger. Hevingen medfører også at eventuelle biforpliktelser til å utarbeide dokumenter eller anskaffe diverse gjenstander i tilvirkningsøyemed opphører.

På hevingstidspunktet er eller vil kontrakten bli brutt i alvorlig grad, se punkt 1.6. I en slik situasjon kan det være meget ønskelig å stanse videre innsats i kontrakten. Kommersielle tilvirkningskontrakter illustrerer dette poenget godt. Kontraktene kan gjelde arbeid verdt mange millioner kroner. Heving er partenes utvei fra et prosjekt der den ene har misligholdt kontrakten i så stor grad at den andre parten ikke lenger ønsker å fastholde avtalen. Å stanse videre arbeid er en fundamental del av hva heving er ansett for å være, og hva formålet med regelsettet er.

¹²⁰ På lignende måte, Lilleholt (2017) s. 315.

¹²¹ Se eksempelvis Rt. 1998 s. 1510 s. 1518 og Rt. 1998 s. 408 s. 421. Derimot er det omdiskutert i litteraturen om heving på ulovfestet grunnlag som hovedregel medfører restitusjon eller ikke, se Hagstrøm (2011) s. 453 flg.

Ordlyden i kjøpsloven § 64 (1) er som følger:

"Når kjøpet heves faller partenes plikt til å oppfylle kjøpet bort"

Fra denne ordlyden er det tydelig at det er partenes plikt til å *oppfylle* kontrakten som faller bort. Bortfallet av plikten til å oppfylle avtalen kan ses som et unntak fra u om at avtaler skal holdes slik de er inngått.¹²² Heving betyr imidlertid ikke at avtalen opphører som sådan. Som også modellreglene fremhever, "[t]ermination does not affect any provision in the contract (...) which is to operate even after termination."¹²³ Etter heving kan partene enda utlede rettigheter og plikter fra avtalen. Dette vil eksempelvis være restitusjon jf. kapittel 4 eller vederlagskrav jf. kapittel 5, taushetsplikt og regler om tvisteløsning.¹²⁴ At partene fremover ikke skal levere etter kontraktsforpliktelsene, har ikke betydning for krav pådratt ved kontraktsbrudd. Selv om parten ikke lenger skal levere en ytelse, kan fortsatt den andre parten eksempelvis kreve erstatning som følge av det opprinnelige kontraktsbruddet.¹²⁵

Ordlyden i kjøpsloven § 64 (1) nevner bare plikter. Dette kan oppfattes som at partenes rett til å oppfylle vedvarer. Den ene partens rett til å oppfylle er imidlertid en motsetning til den andre partens plikt til å motta den første partens ytelse. UPICC og PECL fastslår at "[t]ermination of the contract releases both parties from their obligation (...) to receive future performance".¹²⁶ På tilsvarende måte må kjøpsloven § 64 (1) forstås å medføre at partenes plikt til å motta den andres ytelser opphører. Det riktige er derfor at ved heving opphører både partenes rett og plikt til å oppfylle.¹²⁷

¹²² Utgangspunktet kommer til uttrykk i blant annet Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 5. bog 1. cap. 1. art.

¹²³ Se likelydende UPICC art. 7.3.5 (3) og PECL art. 9:305 (2), jf. også DCFR III. – 3:509 (2).

¹²⁴ At taushetsplikt og regler om tvisteløsning vedvarer å gjelde ved heving følger prinsipielt av kontrakten selv, men er også kommet til uttrykk i kjl. § 64 (4).

¹²⁵ At heving ikke griper inn i partenes rett til å kreve erstatning kommer til uttrykk i alle modellreglene, se UPICC art. 7.3.5 (2), DCFR III. – 3:509 (3) og PECL art. 9:305 (1).

¹²⁶ UPICC art. 7.3.5 (1) og PECL art. 9:305 (1).

¹²⁷ Slik også Hagstrøm (2011) s. 425.

4 Restitusjon – tilbakeføring av presterte ytelser

4.1 Oversikt over kapittel 4

I kapittel 4 drøftes spørsmålet om heving av kommersielle tilvirkningskontrakter medfører restitusjon av ytelser prestert forut for hevingstidspunktet. Restitusjon brukes her synonymt med tilbakeføring. Med ytelsene siktes det særlig til betalingsavdrag og leveransen, men også biforpliktelser som eksempelvis dokumenter og materialer. Restitusjon av presterte ytelser innebærer at partene skal levere tilbake ytelsene de har mottatt. For leverandør vil dette innebære å betale tilbake betalingsavdrag. For bestiller vil det innebære at eiendomsretten til leveransen overføres til leverandøren. I tillegg vil presterte bytelser måtte tilbakeleveres.

Ved heving av en kontrakt opphører partenes rett og plikt til å oppfylle kontrakten, se kapittel 3. For ytelser som allerede er presterte kan det stilles spørsmål ved om heving har rettsvirkning for disse. Hvilke rettsvirkninger hevingen har for presterte ytelser er det overordnede temaet for kapittel 4 og kapittel 5 jf. punkt 1.8 jf. punkt 1.1.

I teorien kan det tenkes ulike rettsvirkninger for presterte ytelser ved heving. Utgangspunktet er at avtalen skal holdes. Hvis partene har prestert ytelser frem til hevingstidspunktet, må utgangspunktet for disse ytelsene være at partene skal beholde det mottatte. Et ytterpunkt blant tenkelige rettsvirkninger er at heving ikke gir noen endring av denne tilstanden. Det motsatte ytterpunktet er at partenes ytelser skal restitueres. Det er hvorvidt partenes ytelser skal restitueres ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter som skal drøftes i kapittel 4. For de kontrakter der partenes presterte ytelser ikke skal restitueres, må det videre stilles spørsmål om heving har noen annen rettsvirkning for disse ytelsene. Dette behandles i kapittel 5. Som det vil fremgå av kapittel 5 handler alternativet til restitusjon om at bestillers vederlag justeres for å kompensere for eventuelle mangler ved leveransen på hevingstidspunktet.

Det kan stilles spørsmål ved om restitusjon egentlig er praktisk viktig for kommersielle tilvirkningskontrakter. Kontraktene blir nesten alltid hevet før levering, se punkt 1.6. Ved heving før levering vil partenes videre plikter til å levere leveransen og betale vederlaget opphøre jf. kapittel 3. I den alminnelige obligasjonsretten er det vanlig at heving forut for levering leder til at det på hevingstidspunktet ikke vil foreligge ytelser som kan restitueres. Det er imidlertid vanlig i kommersielle tilvirkningskontrakter å avtale at leveransen blir

bestillers eiendom etter hvert som tilvirkningen skrider frem.¹²⁸ Dette skjer parallelt med at bestiller betaler kontraktssummen i avdrag til leverandøren.¹²⁹ Det nevnes at når det her er tale om at leveransen blir bestillers eiendom er det tale om forholdet *inter partes*. I avhandlingen behandles ikke spørsmål om forholdet til eventuelle tredjepersoner.

Det kan stilles spørsmål ved om det også gjelder som ulovfestet bakgrunnsrett at leveransen blir bestillers eiendom etter hvert som tilvirkningen skrider frem. Høyesterett var i Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt) innom spørsmålet om byggherren i entreprise på ulovfestet grunnlag erverver eiendomsrett etter hvert som byggingen skjer. Førstvoterende behøvde ikke ta endelig stilling til det generelle spørsmålet idet løsningen fulgte av avtalen i den konkrete saken.¹³⁰ Han bemerket likevel at det var naturlig at byggherren fikk slik sikkerhet i både leveransen og materialene som ankommer byggeplassen.¹³¹ Dette synspunktet hang sammen med avdragsordningen som vanligvis avtales i entreprisekontrakter.¹³² Byggherren betaler avdrag til entreprenøren for å finansiere arbeidet. At byggherren gradvis blir eier av alt på byggeplassen, er det naturlige motstykket til avdragene. Som nevnt er det vanlig å avtale tilsvarende avdragsordninger i kommersielle tilvirkningskontrakter. På grunnlag av samme hensyn som i Myra Båt-dommen kan det argumenteres for at også bestiller i kommersielle tilvirkningskontrakter på ulovfestet grunnlag blir eier etter hvert som leveransen blir tilvirket.

Som følge av reglene nevnt i de to avsnittene over vil bestiller på hevingstidspunktet allerede til dels ha betalt for og blitt eier av leveransen. Uten restitusjon vil leverandøren beholde betalingene den har mottatt. Bestiller vil på sin side være eier av leveransen slik den er. En eventuell restitusjonsvirkning ved heving vil kunne medføre at disse ytelsene må tilbakeføres.

I punkt 4.2 drøftes om presterte ytelser skal restitueres ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter som faller inn under kjøpslovens virkeområde. Alle kommersielle tilvirkningskontrakter faller som hovedregel inn under kjøpslovens virkeområde, se punkt 2.2.2. Unntak gjelder særlig for IT-utvikling, se punkt 2.2.3.3. For øvrig kan det tenkes enkelte tilfeller av at konkrete avtaler faller utenfor, se punkt 2.3 og punkt 2.4.

¹²⁸ Se eksempelvis NTK 15 art. 22.1, for entreprise se NS 8405 art. 40.1, NS 8407 art. 46.1.

¹²⁹ Se ulike eksempler på avdragsordninger i NTK 15 art. 20.3 jf. art. 20.4, NLM 19 punkt. 23-24 og SSA-T art. 8.2.

¹³⁰ Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt) s. 64

¹³¹ Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt) s. 63

¹³² Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt) s. 63.

For de få tilvirkningskontrakter som faller utenfor kjøpslovens virkeområde må bakgrunnsretten fastlegges etter en annen metodikk, se punkt 2.5. Spørsmålet om restitusjon ved heving av disse kontraktene drøftes av den grunn særskilt i punkt 4.3.

I punkt 4.4 vil det bli gitt en kort oppsummering av hvilke kommersielle tilvirkningskontrakter heving etter bakgrunnsretten vil medføre restitusjon for.

4.2 Restitusjonsspørsmålet innenfor kjøpslovens virkeområde

4.2.1 Oversikt over punkt 4.2

I punkt 4.2 drøftes spørsmålet om ytelser prestert før heving skal restitueres ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter som omfattes av kjøpslovens virkeområde.

Kjøpsloven § 64 (2) første punktum lyder som følger:

"Er kjøpet helt eller delvis oppfylt fra noen av sidene, kan det mottatte kreves tilbakeført."

Denne ordlyden gir entydig uttrykk for at partene kan kreve restitusjon ved heving. Ordlyden gir ingen holdepunkter for unntak. Samme regel kommer tydelig til uttrykk i forarbeidene.¹³³ Regelen er også lagt til grunn av Høyesterett.¹³⁴ På grunnlag av disse kildene kan det med sikkerhet konkluderes med at heving medfører restitusjon for kjøpsavtaler.

Det er imidlertid ikke gitt at § 64 (2) må forstås på samme måte for kommersielle tilvirkningskontrakter som for kjøpsretten for øvrig. Det kan tenkes to forhold som kan lede til at regelen må forstås å være en annen for kommersiell tilvirkning enn for ordinære kjøp.

For det første kan det tenkes at andre kilder tilsier at bestemmelsen må tolkes slik at den over tid har fått et endret betydningsinnhold. Innenfor formueretten er det en viss tradisjon for rettsutvikling i høyesterettsrettspraksis. Dette er en tradisjon Norges Høyesterett deler med danske Højesteret og svenske Högsta Domstolen.¹³⁵ Innenfor kommersielle tilvirkningskontrakter er det to dommer hvor Høyesterett kan sies å ha gått nokså langt i å

¹³³ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 116.

¹³⁴ Rt. 2002 s. 173 s. 177.

¹³⁵ Mads Bryde Andersen, "Nordisk formueret mellem pragmatisme og principfasthed", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2020 s. 39-72 (s. 51-52).

fravike det som til da var ansett som en etablert regel.¹³⁶ Hvorvidt kjøpsloven § 64 (2) må forstås annerledes for kommersielle tilvirkningskontrakter enn for kjøpsretten drøftes i punkt 4.2.2.

For det andre fastslår kjøpsloven § 3 følgende:

"Bestemmelsene i loven gjelder ikke for så vidt annet følger av avtalen, etablert praksis mellom partene, eller handelsbruk eller annen sedvane som må anses bindende mellom partene."

Denne ordlyden må forstås slik at § 64 (2) ikke gjelder hvis det foreligger en kontraktspraksis som oppfyller nærmere vilkår. For offshorefabrikasjon foreligger det en omfattende kontraktspraksis ulik alle andre typer tilvirkningskontrakter, se punkt 1.5. Av den grunn drøftes det i punkt 4.2.3 om det foreligger en slik kontraktspraksis for offshorefabrikasjon at § 64 (2) ikke får anvendelse på kontrakter om offshorefabrikasjon.

4.2.2 Kjøpslovens restitusjonsregel tolket i lys av kommersielle tilvirkningskontrakter

For kjøpsavtaler må kjøpsloven § 64 (2) første punktum forstås slik at heving medfører restitusjon av ytelser som er prestert frem til hevingstidspunktet, se punkt 4.2.1. Spørsmålet i punkt 4.2.2 er om kjøpsloven § 64 (2) må forstås annerledes for kommersielle tilvirkningskontrakter enn for kjøpsavtaler.

Som nevnt i punkt 4.2.1 foreligger det to dommer innenfor kommersielle tilvirkningskontrakter der Høyesterett fraviker det som var ansett som en etablert regel. I det følgende vil disse avgjørelsen bli gjennomgått og analysert. Siktemålet med analysen er å klarlegge hva som skal til for å fravike en etablert regel i kjøpsloven. Først behandles Rt. 1922 s. 308 (Kure). Deretter behandles Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin).

Forut for analysene bør en metodisk innvending til bruken av dommene kommenteres. Begge dommene gjaldt kjøpsloven 1907.¹³⁷ Det medfører at det kan stilles spørsmål ved om de metodiske grepene Høyesterett gjorde ved tolkningen av loven kan gjøres ved tolkningen av kjøpsloven 1988. Et trekk ved begge dommene er imidlertid at det ikke er noe ved

¹³⁶ Rt. 1922 s. 308 (Kure) og Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin).

¹³⁷ Lov 24. mai 1907 nr. 2 om kjøb.

Høyesteretts begrunnelse som tilsier at metodikken var særegen for tolking av kjøpsloven 1907. Høyesteretts metodikk antas derfor å kunne ha overføringsverdi ved tolkingen av kjøpsloven 1988.

Rt. 1922 s. 308 (Kure) gjaldt kjøp av spesialbygget stasjonstransformator under kjøpsloven 1907. Spørsmålet var om forsinkelsene i saken oppfylte vilkårene for heving.

Høyesterett tok utgangspunkt i § 21 i dagjeldende kjøpslov. Etter denne bestemmelsen kunne bestiller heve kjøpet ved *enhver* forsinkelse. Høyesterett fant imidlertid at bestemmelsen var "lidet skikkede for anvendelse paa langsigtige bestillingskontrakter som den heromhandlede (...) Overfor et saadant kontraktsforhold vil kjøpslovens annullationsregler i almindelighet falde rigorøse og lede til lidet antagelige resultater".¹³⁸ Partene hadde avtalt konvensjonalbot og et system for varsling ved forsinkelse. Bakgrunnsretten kunne da "ikke synes med rimelighet at la sig indpasse" i kontrakten.¹³⁹ Høyesterett sluttet fra det nevnte at det var "utenfor parternes mening" å la lovens regler komme til anvendelse.¹⁴⁰ Avtalen ble forstått slik at den fravek lovens hevingsregler. Bestiller fikk dermed ikke heve kjøpet på grunnlag av forsinkelsen.¹⁴¹

Kure-dommen er et eksempel på at Høyesterett anvender en hypotetisk partsvilje i tolkingen av kontrakten.¹⁴² Med dette menes at Høyesterett fraviker den deklarasjonelle bakgrunnsretten på grunnlag av en tolkning av avtalen basert på en antatt vilje hos partene. I seg selv er ikke det oppsiktsvekkende. Både nåværende og tidligere kjøpslov er fravikelige.¹⁴³ Det interessante er grunnlaget for antakelsen. Høyesterett antar at partene mente å fravike loven på grunnlag av at lovens hevingsregler ville virke urimelige i kontrakten. Men årsaken til at de ville virke urimelige var ikke noe særegent ved den konkrete kontrakten. Regler om varsling og konvensjonalbot er høyst ordinære i tilvirkningskontrakter.¹⁴⁴ Hvis reglene er ordinære i tilvirkningskontrakter, og Høyesterett i dommen mente at hevingsreglene "ikke synes med rimelighet at la sig indpasse" til disse, er realiteten i Høyesteretts argumentasjon at kjøpslovens hevingsregler ikke passet kommersielle tilvirkningskontrakter. Riktignok er

¹³⁸ Rt. 1922 s. 308 (Kure) s. 309.

¹³⁹ Rt. 1922 s. 308 (Kure) s. 309.

¹⁴⁰ Rt. 1922 s. 308 (Kure) s. 309.

¹⁴¹ Andre grunnlag ble anført, men de er ikke av interesse for denne analyse.

¹⁴² Om kritikk av bruken av hypotetisk partsvilje, se Tørum (2019) s. 88-91 og s. 191-192.

¹⁴³ Se kjøpsloven 1988 § 3 og kjøpsloven 1907 § 1.

¹⁴⁴ Sml. *entreprise*, se Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966, s. 435 om konvensjonalbot og s. 359 om varslingsplikt.

begrunnelsen i partenes antatte vilje, men Høyesterett påpekte ingen konkrete holdepunkter utover avtalens regler. Det betyr at det Høyesterett egentlig gjorde, var å prøve hvor ønskelig hevingsreglene i kjøpsloven 1907 var for tilvirkningskontrakter. Det er i realiteten en overprøving av den legislative vurderingen som ligger til grunn for lovens ordlyd.

Dommerne delte seg 6-1 i resultatet. Tre av dommerne i flertallet bemerket i et særvotum at de ikke ville "uttale noget om" hevingsreglene "i sin almindelighet skulde være anvendelig" på tilvirkningskontrakter. Det var "de i heromhandlede kontrakt anførte særbestemmelser" som var avgjørende.¹⁴⁵ To andre dommere hadde også hver sine særmerknader. Ingen av disse merknadene hadde et flertall av dommerne bak seg. Merknadene har dermed ikke samme rettskildemessige betydning som førstvoterendes votum. De etterlater likevel inntrykket av at Høyesterett var oppmerksom på implikasjonen i flertallets begrunnelse om at loven i realiteten ble sensurert, og at den var kontroversiell blant dommerne.

Selv om implikasjonen var omstridt og halve flertallet tok avstand fra den, fikk implikasjonen i resultatet flertallet bak seg. Det er da mulig å hevde på grunnlag av dommen at det er noe rom for å kunne fravike en tydelig regel i kjøpslovgivingen for en begrenset gruppe kontrakter der regelen ikke passer kontraktene. Det var det Høyesterett i realiteten gjorde.

Like fullt er det noen momenter som svekker dommens vekt som rettskilde. Halvparten av flertallet tok avstand fra dommens implikasjon. Dommen er også snart 100 år gammel. Disse forholdene taler for at en fravikelse av kjøpsloven 1988 § 64 (2) ikke kan bygges på dommen. Likevel, det er verdt å nevne at kjøpsloven 1907 etter hvert ble endret i henhold til dommens tolkningsresultat.¹⁴⁶ Regelen er også videreført i kjøpsloven 1988 § 26.

For å underbygge det metodiske poenget fra Kure-dommen vil det i det videre bli analysert en ytterligere dom, der lignende metodiske spørsmål aktualiseres.

Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) gjaldt også kjøpsloven 1907. Saken gjaldt et erstatningskrav som følge av forsinket levering av loddenot. Årsaken til at loddenoten ble forsinket var at en leveranse med knutelin (et materiale som ble brukt til å lage loddenot) var forsinket fra en underleverandør i Italia.¹⁴⁷ Import av fiskeredskaper ble på denne tiden gjort gjennom et

¹⁴⁵ Rt. 1922 s. 308 (Kure) s. 314.

¹⁴⁶ Hagstrøm (2011) s. 440.

¹⁴⁷ Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1063.

offentlig importmonopol.¹⁴⁸ Erstatningskravet førte frem på grunnlag av at leverandøren burde ha opplyst tidligere om forsinkelsen.¹⁴⁹ Det prinsipielt interessante er imidlertid ansvarsgrunnlaget som ikke førte frem, det objektive ansvaret for artsbestemte ytelser i kjl. § 24.

Kjøpsloven 1907 § 24 lød slik:

"Ved kjøb af gjenstande, som er bestemte efter art, pligter sælgeren, selv om forsinkelsen ikke kan tilregnes ham, at svare skadeserstatning, medmindre han har forbeholdt sig fritagelse derfor, eller muligheden af at opfylde aftalen maa ansees udelukket ved omstændigheder, som ikke er af saadan beskaffenhed, at sælgeren ved kjøbets afslutning burde taget dem i beregning, saasom ved tilfældig undergang af alle gjenstande af den art eller det parti, kjøbet angaar, ved krig, indførselsforbud eller lignende."¹⁵⁰

Etter denne bestemmelsen hadde selger av artsbestemte gjenstander et objektivt ansvar for forsinkelser. Det eneste unntaket var der oppfyllelsen måtte anses utelukket og selgeren ikke kunne tatt omstendighetene i betraktning ved avtaleinngåelsen. Kjøperen i Knutelin-dommen anførte at selgeren av loddenot var ansvarlig på grunnlag av denne bestemmelsen.¹⁵¹ Høyesterett kom derimot til at unntaket til erstatningsansvar fikk anvendelse.¹⁵²

Den uttrykkelige begrunnelsen til Høyesterett var at "det var umulig utenlands eller innenlands eller ved egen produksjon å skaffe det kvantum knutelin som trengtes for å gjøre loddenoten ferdig".¹⁵³ Forut for dommen var imidlertid unntaket blitt tolket slik at det måtte foreligge umulighet eller force majeure.¹⁵⁴ Det forelå ikke slik umulighet eller force majeure i Knutelin-dommen. Selgeren kunne levert loddenot til kjøperen, men selgeren prioriterte sine kunder i den rekkefølgen de hadde bestilt varene.¹⁵⁵ Hva som var den virkelige begrunnelsen for at Høyesterett anså det umulig å levere er dermed uklart.

¹⁴⁸ Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1063.

¹⁴⁹ Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1065.

¹⁵⁰ Kjøpsloven 1907 § 24.

¹⁵¹ Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1062.

¹⁵² Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1063-1064.

¹⁵³ Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1064.

¹⁵⁴ Anders B. Mikelsen, *Hindringsfritak; Det såkalte kontrollansvaret i kjøpsloven § 27*, Oslo 2011 s. 157 jf. Hagstrøm (2011) s. 512.

¹⁵⁵ Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1064.

I nyere litteratur er Knutelin-dommen oppfattet som at det var den spesielle situasjonen med at knutelin ble importert gjennom et statlig importmonopol og vareknapphet i knutelinmarkedet som forårsaket forsinkelsen.¹⁵⁶ Dette er en annerledes situasjon enn ordinær bruk av underleverandører. På grunn av offentlige reguleringer måtte selgeren gå gjennom importmonopolet for å importere knutelin.¹⁵⁷ Det ble i dommen påpekt at selgeren måtte kunne forvente å få de materialene importorganet hadde gitt dem tilsagn om.¹⁵⁸ Førstvoterende gir likevel ingen tydelige uttalelser om at kjøpsloven 1907 § 24 hjemler ansvarsfrihet også utenfor den graden av umulighet eller force majeure som loven krevde etter datidens etablerte oppfatning. Det er imidlertid en slik videre ansvarsfrihet som Høyesterett tilsynelatende anvender. Et slikt unntak kan også ha gode grunner for seg. I den situasjonen selgeren sto i hadde den ikke fått materialer som importorganet hadde forespeilet. Noen av loddenotbestillingene til selgeren måtte nødvendigvis bli forsinket. I et slikt tilfelle fremstår det rettferdig at kundene får varene i den rekkefølgen de bestilte dem i – slik selgeren av loddenot valgte å gjøre.¹⁵⁹

Knutelin-dommen har det fellestrekk med Kure-dommen at begge fravek det som ble ansett som etablerte regler. Fra Knutelin-dommen kan det i likhet med Kure-dommen utledes en viss adgang til å utvikle rettsregler på grunnlag av reelle hensyn.

Samtidig er det forskjell på dommene. I Kure-dommen gjorde Høyesterett i realiteten en overprøving av loven. I Knutelin-dommen er det derimot bare den etablerte oppfatningen som Høyesterett brøt med. Resultatet var ikke i strid med lovens ordlyd. Knutelin-dommen markerer dermed en mildere form for rettsutvikling enn Kure-dommen. Knutelin gir grunnlag for at regler innen kjøpsretten kan utvikles når regelen ikke passer på hensynene i saken, men den er ikke et like tydelig grunnlag som Kure.

Samlet gir Kure- og Knutelin-dommene grunnlag for at det er noe rom for å fravike selv tydelige regler i kjøpslovgivingen når reglene ikke passer på hensynene i saken. Som nevnt forut for analysene gjaldt riktignok begge dommene kjøpsloven 1907. Det er imidlertid ingenting ved Høyesteretts begrunnelse som tilsier at metodikken var særegen for tolking av

¹⁵⁶ Mikelsen (2011) s. 158 med tilslutning fra Hagstrøm (2011) s. 512-513.

¹⁵⁷ Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1063.

¹⁵⁸ Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1065

¹⁵⁹ Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin) s. 1064.

kjøpsloven 1907. Hvorvidt en regel i kjøpsloven 1988 kan utvikles, må bero på en konkret tolkning av bestemmelsen.

I det videre må det ses nærmere på om kjøpslovens løsning om restitusjon av presterte ytelser ved heving passer på hensynene ved kommersielle tilvirkningskontrakter.

Dersom ytelsene skal restitueres ved heving vil *bestiller* bare lide de tap som kommer av at leveransen ikke kan brukes slik planlagt. Dette kan riktignok utgjøre store summer i form av inntjeninger det ikke blir noe av. *Leverandør* vil derimot allerede ha påløpt opptil flere års kostnader med å lønne arbeidere og kjøpe inn materialer til å bygge leveransen. Som nevnt i punkt 1.2 er det sentrale ved leverandørens ytelse dens arbeidsinnsats. Arbeidsinnsats kan ikke restitueres som sådan. Pengene som bestiller har betalt vil i hovedsak ha gått til å dekke kostnadene knyttet til denne arbeidsinnsatsen. Hvis leverandøren må levere tilbake pengene, kan det bety flere års driftskostnader som leverandøren plutselig må betale ut. Disse kostnadene er det ikke sikkert leverandøren kan dekke.

Å få eiendomsretten til leveransen tilbake er ikke jevngodt med å få en stor mengde penger. Eiendomsrett til leveransen behøver nemlig ikke å være et gode.¹⁶⁰ Leveransen kan være så spesialtilpasset at den på hevingstidspunktet er fullstendig verdiløs for alle andre enn bestilleren.¹⁶¹ Det kan også være kostbart å kvitte seg med en stor, forurensede og halvferdig stålfabrikasjon som ikke kan brukes til noe annet. I de verste tilfellene kan nettoverdien av leveransen være negativ. Restitusjon kan dermed ofte innebære at leverandøren skal betale et stort pengebeløp i bytte mot en ting som leverandøren vil tape penger på. Bestiller skal derimot motta et stort pengebeløp, og går i høyden glipp av fremtidige forventede inntekter.

De ovenstående betraktningene om konsekvensene av restitusjon er blant de som har ledet frem til at modellreglene ikke operer med lignende regler som kjøpsloven. UPICC har ikke restitusjonsrett ved heving av langvarige kontrakter.¹⁶² DCFR har ikke restitusjonsrett ved heving for presterte ytelser i den grad de er kontraktsmessige og har blitt møtt med kontraktsmessig ytelse fra motparten.¹⁶³ PECL har lignende regler som DCFR.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Om poenget helt generelt, se Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017, s. 62.

¹⁶¹ Kaasen (2018) s. 693.

¹⁶² UPICC art. 7.3.7.

¹⁶³ DCFR III. – 3:511 (1).

¹⁶⁴ PECL art. 9:306 og art. 9:307.

Modellreglene viser at ubetinget restitusjon har blitt vurdert til å ikke være en ønskelig regel i flere sammenhenger. Dette kan være fordi restitusjon vil være ubalansert, og det kan være fordi kontraktens ytelse som sådan ikke kan restitueres. For kommersielle tilvirkningskontrakter er det siste en del av det som forårsaker det første. Hensynet til at restitusjon kan slå skjevt ut mellom partene taler for at kjl. § 64 (2) ikke får anvendelse etter sitt innhold på kommersielle tilvirkningskontrakter.

At restitusjon ikke passer alle kommersielle tilvirkningskontrakter fremkommer også i standardkontraktene. Heving medfører ikke restitusjon i noen av kontraktene i NF-serien.¹⁶⁵ Dette gir inntrykk av at den økonomiske skjevheten i restitusjon ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter er tillagt vekt i praksis. At hensynet til leverandøren er tillagt vekt i praksis, taler for at det bør tillegges vekt i tolkningsprosessen. Bildet som dannes av standardkontraktene er imidlertid ikke uten nyanser.

NL 17 og NLM 19, som gjelder tilvirkning av industrielle maskiner, ser ut til å legge til grunn restitusjon av presterte ytelser ved heving.¹⁶⁶ Videre fastsetter både SHIP 2000 og NEWBUILDCON, som begge gjelder skipsbygging, at partenes ytelser skal restitueres ved bestillers heving.¹⁶⁷ Disse kontraktene viser at innen bygging av skip og maskiner, er restitusjon av presterte ytelser en akseptabel rettsvirkning. Leveransene i disse kontraktene, skip og maskiner, er imidlertid lettere omsettelige enn offshoreinstallasjoner, selv om de er spesialtilpasset bestillers behov. Disse standardkontraktene tyder på at hensynet til at restitusjon kan slå skjevt ut ikke er tungtveiende for alle kommersielle tilvirkningskontrakter.

Lovgiver har ikke vært ubevisst på at restitusjon kan være problematisk ved tilvirkningskontrakter. Kure-dommen er bakgrunnen for § 26 i nåværende kjøpslov.¹⁶⁸ Som nevnt i punkt 1.6 skjerper denne bestemmelsen vilkårene for heving. Bestemmelsen får bare anvendelse der det er tale om forsinkelser, tilvirkningskontrakter, og at leverandøren vil lide vesentlig økonomiske tap ved heving ved at leverandøren ikke kan disponere leveransen på annen måte enn å selge den til bestiller. Som forklart i punkt 1.6 vil kommersielle tilvirkningskontrakter i realiteten nesten bare heves ved forsinkelser. Som forklart i punktet

¹⁶⁵ NF 15 art. 26.2, NTK 15 MOD art. 26.2, NTK 15 MOD&Modul art. 26.2, NIB 16 art. 26.2 og NSC 05 art. 26.2.

¹⁶⁶ NL 17 punkt. 17, 19, 22, 35, 42 og 47 og NLM 19 punkt 22, 27, 50, 65, 72 og 77.

¹⁶⁷ NEWBUILDCON art. 39 (e) og SHIP 2000 art. XII 1. (3).

¹⁶⁸ Hagstrøm (2011) s. 440.

her vil leverandøren ofte kunne lide vesentlige økonomiske tap fordi leverandøren ikke kan disponere leveransen på annen måte. Derfor vil kjøpsloven § 26 ofte i praksis være det aktuelle hevingsgrunnlaget etter kjøpsloven for kommersielle tilvirkningskontrakter. Bestemmelsen skjerper hevingsvilkårene til at forsinkelsen må medføre vesentlig formålsforfeilelse. Dette til forskjell fra heving av ordinære kjøp, hvor vilkåret er at forsinkelsen medfører vesentlig kontraktsbrudd jf. kjl. § 25. Ordlyden i § 26 oppstiller et skjerpet vilkår for heving ved tilvirkningskontrakter. Implisitt tilsier imidlertid § 26 at lovgiver har overveid hensynene ved heving av tilvirkning og bestemt hvordan de skal ivaretas. Av forarbeidene følger det at:

"Ifall köpet avser en vara som har tilverkats eller anskaffats särskilt för köparen efter dennes anvisningar eller önskemål, kan det medföra stora ekonomiska förluster för säljaren om köpet hävs. Eftersom varan är avsedd för köparens speciella behov, kan den i sådana fall ofta inte utnyttjas för andra ändamål. Å andra sidan har köparen i dessa fall ofta inte samma behov av att kunna häva köpet på grun av säljarens dröjsmål som vid andra köp, eftersom han ändå inte på kort tid kan få en motsvarande vara från annat håll."¹⁶⁹

Departementet sluttet seg til denne uttalelsen i proposisjonen.¹⁷⁰ Det betyr at lovgiver har vært oppmerksom på at det kan være byrdefullt for leverandøren å bli sittende med leveransen.

Lovgiver ivaretar her hensynet til leverandøren ved å skjerpe vilkårene for heving. Siden kjøpsloven § 26 ofte vil være det aktuelle hevingsgrunnlaget for kommersielle tilvirkningskontrakter etter kjøpsloven, er realiteten av det skjerpede hevingsvilkåret at bestiller ofte bare kan heve i de mest ekstreme tilfellene av mislighold. Dette ivaretar hensynet til leverandøren i alle tilfeller utenom der bestillers behov for å heve og restituere ytelsene er på sitt sterkeste. På denne måten har lovgiver ivaretatt hensynet til leverandøren ved å tilsidesette hensynet til bestiller helt til det er på sitt mest tungtveiende. Når hensynet til bestiller veier tyngst, tilsidesettes hensynet til leverandøren. Realiteten av disse reglene er at kjøpsloven legger opp til en binær løsning. Enten kan ikke bestiller heve, eller så tar leverandøren de fulle økonomiske konsekvensene.

¹⁶⁹ NU 1984: 5 s. 182.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 71.

Når hensynene ved heving av tilvirkning er blitt vurdert av lovgiver og lovgiver har gitt en regel, blir tolkningssituasjonen en annen enn i Kure- og Knutelin-dommene. Hevingsreglene for kommersielle tilvirkningskontrakter, herunder rettsvirkningene, er vurdert og *tilsiktet* av lovgiver. I Kure-dommen var det ikke holdepunkter for at lovgiver hadde vurdert hevingens konsekvens for tilvirkning på lignende måte. Høyesteretts tolkning i Knutelin-dommen var heller ikke strid med noe klart siktemål fra lovgiverhold.

Å overprøve en lovregel hvor konsekvensen er tilsiktet, vil være å gå lengre enn Høyesterett gjorde i Kure- og Knutelin-dommene. Det forhold at lovgiver har vurdert konsekvensene av restitusjon i kommersielle tilvirkningskontrakter må ha den betydning at loven ikke kan tolkes annerledes på grunnlag av hensyn alene. Det ville vært en overprøving av lovgivningen som sådan. Selv om det er adgang til å utvikle rettsregler innen kontraktsretten, kan ikke en gjennomtenkt og tilsiktet regel overprøves ved tolkningen.

Basert på det ovenstående er konklusjonen at partenes presterte ytelser skal restitueres ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter som omfattes av kjøpslovens virkeområde.

4.2.3 Mulig særuntak for offshorefabrikasjon

Som vist i punkt 4.2.2 er utgangspunktet etter bakgrunnsretten at det skal skje en restitusjon av presterte ytelser ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter jf. kjøpsloven § 64 (2). Spørsmålet her er om det kan gjøres et unntak fra utgangspunktet ved offshorefabrikasjon.

Som nevnt i punkt 4.2.2 er rettsvirkningene av heving etter NF-serien ulike fra de etter kjøpsloven. Ifølge NTK 15 art. 26.2 (1) har bestiller ved bestillers heving "rett til å overta fra Leverandøren Kontraktsgjenstanden, Materialer, Selskapsmaterialer, Underleveranser, dokumenter og andre rettigheter som er nødvendige for å sette Selskapet i stand til å fullføre Leveransen selv eller ved hjelp av andre".¹⁷¹ Leverandøren har på den andre siden "rett til betaling for den del av Arbeidet som er utført" jf. art. 26.2 (3). Ordlyden i NTK 15 art. 26.2 tilsier tydelig at partenes presterte ytelser ikke skal restitueres ved heving. Fastsettelsen av bestillers vederlag ved heving av kontrakter om offshorefabrikasjon analyseres i punkt 5.3.

Som nevnt i punkt 4.2.1 fastsetter kjl. § 3 at lovens bestemmelser viker for "etablert praksis mellom partene, eller handelsbruk eller annen sedvane som må anses bindende mellom

¹⁷¹ "Selskapet" er det som i denne avhandling benevnes som bestiller.

partene". Det innebærer at kjøpslovens § 64 (2) om at presterte ytelser skal restitueres ved heving ikke gjelder dersom det foreligger en motstridende praksis. Spørsmålet i det videre er hvilke krav som stilles til en slik praksis, og om kontraktspraksisen knyttet til NF-serien oppfyller disse kravene.

Kjøpsloven § 3 trekker opp tre ulike kategorier praksis. Den første kategorien, "etablert praksis mellom partene", synes å rette seg mot kontrakter der de konkrete partene har flere kontraktsforhold bak seg.¹⁷² Siden denne drøftelsen er en generell analyse, er ikke denne kategorien aktuell her. Kategoriene "handelsbruk eller annen sedvane" synes derimot å gjelde praksis mer generelt innenfor en gruppe personer. *Hagstrøm* legger til grunn at handelsbruk og sedvane her skal forstås som omtrent det samme.¹⁷³ Samme forståelse legges til grunn her. Kjøpslovens ordlyd gir imidlertid ikke nærmere føringer for hvilke krav som stilles til praksisen for at den skal gjelde fremfor loven.

Høyesterett tok i Rt. 2013 s. 129 (Spedisjonsdom IV) stilling til om det eksisterte en sedvane om at speditør i spedisjonsforhold har en utvidet tilbakeholdsrett i debtors eiendeler sammenlignet med den alminnelige ulovfestede tilbakeholdsretten. Høyesterett viste til Rt. 1973 s. 967 og konstaterte at dommen la til grunn at det eksisterte en slik praksis.¹⁷⁴ Praksisen ble konstatert på grunnlag av at den var utbredt og hadde bestått i 50 år.¹⁷⁵ Videre vurderte Høyesterett om praksisen enda kunne opprettholdes. Dette ble bekreftet. Praksisen hadde vedvart ytterligere 40 år, og den hadde gode grunner for seg.¹⁷⁶

Fra Spedisjonsdom IV utledes at de sentrale momentene for den rettslige betydningen av en kontraktspraksis er dens utbredelse, varighet og i hvilken grad den synes legislativt godt begrunnet.¹⁷⁷

Spedisjonsdom IV gjaldt ikke kjl. § 3, men en utvidet tilbakeholdsrett. En utvidet tilbakeholdsrett på grunnlag av sedvane vil ved konkurs gi kreditoren en særskilt rett til dekning. Retten vil til og med stå seg overfor omstøtelse etter dekningsloven. § 5-7.¹⁷⁸ Praksis

¹⁷² Slik også *Hagstrøm* (2015) s. 52-53.

¹⁷³ *Hagstrøm* (2015) s. 52 – 53.

¹⁷⁴ Rt. 2013 s. 129 (Spedisjonsdom IV) avsnitt 42-43.

¹⁷⁵ Rt. 2013 s. 129 (Spedisjonsdom IV) avsnitt 42.

¹⁷⁶ Rt. 2013 s. 129 (Spedisjonsdom IV) avsnitt 45-46.

¹⁷⁷ Lignende momenter er lagt til grunn i teorien, se eksempelvis *Nygaard* (2004) s. 313-315 jf. s. 311.

¹⁷⁸ Rt. 2013 s. 129 (Spedisjonsdom IV) avsnitt 57. Dekningsloven er lov 08. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven – deknl.)

etter kjl. § 3 har derimot bare betydning *inter partes*. Å legge praksis til grunn som relevant etter kjl. § 3 har dermed betydning for færre parter det hadde i Spedisjonsdom IV. Det er da ingen grunn til at § 3 skal stille høyere krav til en praksis for at praksisen skal fortrenge kjøpsloven. Spedisjonsdom IV legges til grunn som retningsgivende for hva som skal til for at en praksis skal legges til grunn.

Spørsmålet er etter dette om det er en praksis ved offshorefabrikasjon om at heving ikke medfører restitusjon med tilstrekkelig utbredelse, varighet og god begrunnelse.

Samtlige kontrakter i NF-serien opererer med heving uten restitusjon.¹⁷⁹ Slik har regelen også vært i alle forgående utgaver.¹⁸⁰ Regelen har dermed over 30 års varighet. NF-serien er unik i internasjonal petroleumsvirksomhet mht. varigheten, graden av standardisering og gjennomslaget for standardene.¹⁸¹ Det antas at bruken av NF-serien er utbredt.

Heving uten restitusjon har vært praktisert i kortere tid enn tilbakeholdsrett i spedisjonsforhold. Dette må imidlertid ses i sammenheng med at offshorebransjen er betydelig yngre. Så lenge det har vært norske standardkontrakter innen offshore, har heving vært uten restitusjon. Det legges til grunn at praksisen har tilstrekkelig utbredelse og varighet.

Som nevnt i punkt 4.2.2 restitusjon av presterte ytelser en rettsvirkning som kan ha store økonomiske konsekvenser for leverandør. Årsaken til det er at leverandøren ved en restitusjon må betale tilbake vederlaget, som kan være forbrukt, samtidig som leveransen kan være verdiløs for leverandøren.

Ved offshorefabrikasjon gjør hensynet til leverandøren seg gjeldende med større styrke enn ved andre typer kommersiell tilvirkning i relasjon til spørsmålet om restitusjon.

Offshorefabrikasjon er blant de største og mest komplekse kontraktene som inngås.

Kontraktene kan være verdt flere milliarder kroner. Som eksempel kan det vises til Balderdommen fra årtusenskiftet.¹⁸² Saken gjaldt, blant annet, en kontrakt om tilvirkningen av en

¹⁷⁹ NF 15 art. 26.2, NTK 15 MOD art. 26.2, NTK 15 MOD&Modul art. 26.2, NIB 16 art. 26.2 og NSC 05 art. 26.2.

¹⁸⁰ NTK 07 art. 26.2, NF 07 art. 26.2, NTK 05 art. 26.2, NF 05 art. 26.2, NTK 2000 art. 26.2, NF 92 art. 26.2 og NF 87 art. 26.2.

¹⁸¹ Kaasen (2018) s. 21-22.

¹⁸² TSTAV-1998-401 (Balder).

FPSO.¹⁸³ Prisen for denne tilvirkningen var 295 millioner 1995-dollar.¹⁸⁴ En slik tilvirkning vil kunne ta flere år. Dersom heving skjer midtveis, vil restitusjon kunne medføre at leverandøren blir sittende med tap og kostnader i milliardklassen. Heving uten restitusjon er en bedre balansering av den økonomiske risikoen ved å tilvirke offshoreinstallasjoner.

Betraktninger om balanseringen av den økonomiske risikoen ved tilvirkning må antas å ligge bak at modellreglene legger til grunn andre regler enn kjøpsloven, se punkt 4.2.2. Entreprise har heller ikke restitusjon.¹⁸⁵ Heving uten restitusjon tar hensyn til at det mest sentrale ved leverandørens ytelse som oftest er hans arbeidsinnsats. Hensynene til bestiller kan ivaretas gjennom andre regler, se kapittel 5. Dersom en kontrakt om offshorefabrikasjon blir hevet, er heving uten restitusjon den mest balanserte løsningen.

Basert på det ovenstående er det en omfattende kontraktspraksis med heving uten restitusjon innen offshorefabrikasjon. Begrunnelsen for regelen er også god. Det må da konkluderes med at praksisen aktualiserer kjl. § 3. Følgelig gjelder ikke § 64 (2) for offshorefabrikasjon.

Heving av offshorefabrikasjon medfører som hovedregel ikke restitusjon av presterte ytelser.

Hagstrøm antar at for kontrakter der heving ikke medfører restitusjon kan restitusjon likevel tenkes i særlige unntakstilfeller.¹⁸⁶ Spørsmålet i det videre er om det kan tenkes restitusjon ved heving av offshorefabrikasjon i særlige unntakstilfeller.

Hagstrøm antar at restitusjon er aktuelt der realdebitor har opptrådt med *grov skyld* med hensyn til ytelsen, eller der ytelsen representerer et *særlig grovt kontraktsbrudd*.¹⁸⁷ DCFR og PECL holder også åpent for restitusjon i den grad kontraktsmessig ytelse fra den ene ikke er møtt med kontraktsmessig ytelse fra den andre.¹⁸⁸ Spørsmålet i det videre er om det kan oppstilles noen slike særlige unntak hvor presterte ytelser likevel skal restitueres ved heving av offshorefabrikasjon.

¹⁸³ FPSO står for Floating Production Storage and Offloading vessel. Forenklet sagt er en FPSO en oljeplattform bygget som et skip.

¹⁸⁴ TSTAV-1998-401 (Balder) s. 59.

¹⁸⁵ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 356-357.

¹⁸⁶ Hagstrøm (2011) s. 455-456.

¹⁸⁷ Hagstrøm (2011) s. 455-456.

¹⁸⁸ DCFR III. – 3:510 (1) jf. III. – 3:511 (1), PECL art. 9:307 og art. 9:308.

Siden det er NF-serien som er årsaken til at offshorefabrikasjon kan heves uten restitusjon, er det naturlig å undersøke om NF-serien åpner for restitusjon i særlige unntakstilfeller.

Etter NTK 15 art. 26.2 (1) har bestiller, som vist ovenfor, ved heving "rett til å overta" blant annet leveransen. Leverandøren har "rett til betaling" for arbeidet som er utført jf. art. 26.2 (3). Denne ordlyden legger opp til heving uten restitusjon. Artikkelens formulering etterlater ikke rom for at bestiller kan nekte å betale leverandøren.¹⁸⁹

Ordlyden i art. 26.2 (1) utelukker imidlertid ikke at bestiller kan avvise å ta imot leveransen. Slik avvisning vil kunne være ønskelig for bestiller særlig der leverandøren har vært grovt uaktsom eller har brutt kontrakten særlig grovt, slik *Hagstrøm* skisserer som mulige generelle unntak. Samtidig, ifølge NTK 15 art. 22.1 blir bestiller eier av leveransen "etter hvert som Arbeidet utføres". Fra dette utledes at leveransen vil være bestillers eiendom på hevingstidspunktet uansett hvilken tilstand leveransen er i. Bestiller må da kunne vise til et særlig rettsgrunnlag for å avvise leveransen med den virkning at den blir leverandørens eiendom. Slikt rettsgrunnlag finnes ikke i NTK 15.

På grunnlag av det ovenstående må NTK 15 forstås slik at kontrakten ikke gir rett til verken restitusjon eller avvisning i noen tilfeller. Kaasen synes å legge til grunn det samme.¹⁹⁰

Selv om NTK 15 isolert sett ikke gir grunnlag for heving med restitusjon kunne kontrakten prinsipielt sett tenkes utfyllt med en slik rett i særlige unntakstilfeller. I NTK 15 art. 24.4 og art. 25.5 er det imidlertid inntatt såkalte "sole remedy"-klausuler. Begge disse fastsetter noen utvalgte artikler som bestillers "eneste beføyelser" mot forsinkelser og mangler. Disse klausulene må forstås slik at NTK 15 ikke kan suppleres med misligholdsbeføyelser fra utenfor kontrakten. Etter analysen av art. 26.2 har vist at det ikke kan kreves heving med restitusjon, må det følgelig konkluderes med at kontraktene ikke gir rett til restitusjon under noen omstendighet.

NF-serien har etter dette ingen mulighet for restitusjon ved heving. Ettersom det er en omfattende kontraktspraksis knyttet til NF-serien, er fraværet av restitusjon i unntakstilfeller i disse kontraktene et tungtveiende argument for at en slik unntaksregel ikke behøves.

¹⁸⁹ Se videre punkt 5.3 om fastsettelsen av vederlaget ved heving av offshorefabrikasjon.

¹⁹⁰ Kaasen (2018) s. 693.

Ved offshorefabrikasjon blir, som nevnt flere ganger, omfattende, irreversible arbeider og kostnader investert i leveransen. Dette taler med tyngde for at leverandøren bør ytes et vederlag, og at det må kreves tungtveiende grunner for å oppstille restitusjonsrett. Mangler ved leveransen vil kunne fanges opp av vederlagsfastsettelsen, se kapittel 5. For ekstreme eller svikslignende tilfeller vil avtaleloven § 36 kunne være aktuell som grunnlag for revisjon av avtalen, eventuelt læren om bristende forutsetninger.¹⁹¹ Ved siden av disse mulighetene, synes ikke behovet for restitusjonsrett ved heving å være stort.

Ettersom det ikke synes å være et nevneverdig behov for restitusjon, konkluderes det med at heving av offshorefabrikasjon ikke medfører restitusjon i noen tilfeller.

4.3 Restitusjonsspørsmålet utenfor kjøpslovens virkeområde

I punkt 4.3 er spørsmålet om ytelser prestert før heving skal restitueres ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter som ikke omfattes av kjøpslovens virkeområde.

Det er særlig kontrakter om IT-utvikling som faller utenfor kjøpslovens virkeområde, se punkt 2.2.3.3 jf. kapittel 2. For øvrig kan det en sjelden gang tenkes at andre tilvirkningskontrakter faller utenfor kjøpsloven, enten fordi bestiller skaffer en vesentlig del av materialene, se punkt 2.3, eller fordi leverandøren skal utføre en overveiende andel tilleggsarbeider, se punkt 2.4.

Fremgangsmåten for fastleggelsen av bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter på ulovfestet grunnlag ble drøftet kort i punkt 2.5. Bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter på ulovfestet grunnlag må fastlegges gjennom bruk av hensyn. Hensynene bør fortrinnsvis forankres i autoritative kilder, etablerte regler eller standardkontrakter. Slik forankring er imidlertid ikke nødvendig.

I entrepriseretten medfører ikke heving restitusjon.¹⁹² Begrunnelsen for entrepriserettens løsning ligger i at leverandørens ytelse – arbeidsinnsatsen – normalt ikke lar seg tilbakeføre.¹⁹³ Når entreprenøren oppfører byggverk på byggherrens grunn, blir byggherren sittende med det som er utført. Det ville vært en stor forspillelse av økonomiske verdier om byggverket skulle rives av prinsipp. Samtidig ville det vært uholdbart om entreprenøren skulle

¹⁹¹ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtalen – avtl.). Se Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei) avsnitt 63 for læren om bristende forutsetninger.

¹⁹² Se Hagstrøm/Bruserud (2014) s.356 flg., buofl. § 21, NS 8405 art. 39 og NS 8407 art. 46.

¹⁹³ HR-2016-219-A avsnitt 32.

ta hele regningen etter arbeidet. Entrepriser er omfattende og avanserte forpliktelser. I hevingsmodellen til entrepriseretten ligger det en viss fordeling mellom partene av den økonomiske risikoen ved at entreprisen må heves.

Ved tilvirkning blir leveransen ikke sammenføyd med bestillers grunn. En av de viktigste argumentene fra entrepriseretten for heving uten restitusjon gjenfinnes dermed ikke i tilvirkning. Det er praktisk mulig for tilvirker å bli sittende med leveransen ved heving. Selv med den markante forskjellen, ligger hensynene ved kommersiell tilvirkning tett opp til entrepriseretten. Leverandøren påtar seg å utføre omfattende og meget komplekse forpliktelser over en lang periode. Det krever mye kompetanse og arbeidsinnsats å lage et dataprogram eller en maskin som ivaretar bestillers behov. Dersom leverandøren skal bli sittende med leveransen er det ikke sikkert at leverandøren får utnyttet den på andre måter. Leveransen kan være både ubrukelig for leverandøren og usalgbar i markedet. I så fall blir leverandøren sittende med hele regningen for opptil flere års arbeid. De økonomiske konsekvensene av at leveransen restitueres kan bli alvorlige for leverandøren. Det er et alminnelige obligasjonsrettslig prinsipp at kontrakter kan heves på grunnlag av vesentlige kontraktsbrudd jf. punkt 1.6. Utenfor kjøpsloven blir dermed hensynet til leverandøren ikke ivaretatt gjennom et skjerpet vilkår for heving, sammenlign punkt 4.2.2. Hensynet til leverandøren taler for at heving ikke medfører restitusjon av presterte ytelser på ulovfestet grunnlag

På motsatt side kan det virke arbitrært for kontraktspartene om det at kontrakten stifter en bruksrett, eller bestiller skal levere en vesentlig andel materialer, eller leverandøren skal utføre en overveiende andel tilleggsarbeider, ikke bare skal bringe kontrakten ut av kjøpslovens regime, men vesentlig endre hvilke regler som gjelder for hevingsoppjøret. Forskjellen mellom restitusjon eller ikke ved heving kan utgjøre en stor økonomiske forskjell. Rettsvirkningens konsekvens er så stor at den bør være forutsigbar. Forutberegneligheten sikres best om kontraktene utenfor kjøpslovens virkeområde legger til grunn samme rettsvirkninger for heving som kjøpsloven. Hensynet til forutberegnelighet taler for at kjøpslovens restitusjonsregel anvendes på ulovfestet kommersiell tilvirkning.

Samtidig er det en grunn til at de aktuelle kontraktene faller utenfor kjøpsloven. Når bestillers rett, materialene eller tilleggsarbeidet overskrider kjøpslovens grenser er kontraktene ganske

forskjellige fra ordinære kjøp. IT-utvikling er i realiteten tjenesteleie.¹⁹⁴ Hvis bestiller forsyner en vesentlig andel av materialene får leverandørens ytelser enda mer preg av å være en tjenestekontrakt enn ellers. Det samme gjelder der leverandøren i tillegg til tilvirkningen også skal utføre en overveiende andel tilleggsarbeider. I disse tilfellene får tilvirkningskontrakten i enda større grad preg av å være en tjenestekontrakt.

Kontrakter om IT-utvikling utgjør, som nevnt, de fleste av kontraktene som faller utenfor kjøpslovens virkeområde. I det følgende vil det bli gjennomgått hvorvidt disse kontraktene legger til grunn restitusjon av presterte ytelser ved heving.

SSA-T art. 14 (1) og (2) fastsetter at:

"Ved heving får Kunden slike rettigheter som angitt i kapittel 10 til det som er utarbeidet eller gjort tilgjengelig for Kunden, og Kunden skal betale avtalt vederlag for ytelser som var prestert før hevingstidspunktet (...)

Hvis det som er prestert frem til hevingstidspunktet, er av en slik art at Kunden har lite eller ingen nytte av det presterte på hevingstidspunktet og ikke med rimelighet kan forventes å få leveransen ferdigstilt med bistand fra en annen leverandør, kan Kunden i forbindelse med heving velge å kreve tilbakebetalt det vederlag som Leverandøren har mottatt under avtalen (...)"

SSA-T fastsetter her en tydelig hovedregel i første ledd om at presterte ytelser ikke skal restitueres ved heving. I annet ledd er det fastsatt et unntak. En mulig unntaksregel i bakgrunnsretten vil bli drøftet senere i dette punktet.

PS2000 skiller mellom bestillers og leverandørs heving. Felles for begge er at partene "kan i utgangspunktet bare heve Kontrakten for den gjenstående del av Leveransen. I slike tilfeller har Kunden rett til å overta den del av Leveransen som er utført" og "Leverandøren har krav på" vederlag eller betaling jf. art. 6.4.2.1 (1) jf. art. 6.4.2.2 (1).

PS2000 må forstås slik at kontrakten som hovedregel ikke gir rett til restitusjon av presterte ytelser ved heving. Ordlyden "i utgangspunktet" forstås slik at heving unntaksvis kan medføre restitusjon. Muligheten for unntak i bakgrunnsretten vil bli drøftet senere i dette punktet.

¹⁹⁴ Udsen (2019) s. 632.

IKT-Norges utviklingskontrakt er uklar. Etter art. 11 "skal den delen av leveransen som opphøret gjøres gjeldende for omgående tilbakeleveres eller slettes." Opphøret sikter til avbestilling eller heving. For heving fastsetter art. 9.6 at heving kan gjøres gjeldende enten for hele avtalen eller for enkelte delleveranser. Ordlyden i art. 11 om at "den delen av leveransen opphøret gjøres gjeldende for" skal "tilbakeleveres eller slettes" må da forstås som en form for restitusjon. Det er imidlertid påfallende at kontrakten ikke kommenterer bestillers vederlag. Som nevnt i punkt 4.2.2 kan restitusjon lede til urimelige resultater. Det har imidlertid formodningen mot seg at vederlaget skal betales når realytelsen skal restitueres. Det antas derfor at IKT-Norges utviklingsavtale legger til grunn full restitusjon.

To av tre standardkontrakter innen IT-utvikling gir som hovedregel ikke restitusjonsrett ved heving. Hvorfor IKT-Norges utviklingsavtale ikke gir restitusjonsrett ved heving er ikke klart. Det kan hende at restitusjonsregelen er tenkt som en motvekt til en annen regel i avtalen som er mer leverandørvennlig. Uansett begrunnelse gir kontrakten imidlertid uttrykk for at restitusjon av presterte ytelser er en akseptabel regel ved heving av IT-utvikling. Hovedinntrykket av standardkontraktene sett under ett er imidlertid at det er en bedre regel om heving ikke medfører restitusjon. Sett under ett gir kontraktene støtte til at hensynet til leverandøren taler for at presterte ytelser ikke restitueres.

Selv om hensynet til forutberegnelighet taler for å bygge på analogi fra kjøpsloven, trekker hensynene omkring de aktuelle kontraktene i motsatt retning. At heving ikke medfører restitusjon, sikrer leverandøren fra potensielt alvorlige økonomiske konsekvenser. Hensynet til leverandøren tilsier med avgjørende tyngde at heving normalt ikke medfører restitusjon.

Som hovedregel skal ytelser prestert før heving ikke restitueres ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter som ikke omfattes av kjøpslovens virkeområde.

Spørsmålet i det videre er om det kan tenkes restitusjon i særlige unntakstilfeller for de omtalte kontraktene.

Som nevnt i punkt 4.2.3 antar *Hagstrøm* at det i særlige unntakstilfeller kan tenkes restitusjon av kontrakter som i utgangspunktet ikke har en slik rettsvirkning ved heving.¹⁹⁵ Som vist ovenfor gir både SSA-T og PS2000 restitusjonsrett i unntakstilfeller, i tillegg til at IKT-

¹⁹⁵ Hagstrøm (2011) s. 455-456.

Norges utviklingsavtale har dette som hovedregel. Som nevnt i punkt 4.2.3 er det også mulig med restitusjon i DCFR og PECL.¹⁹⁶

Det er hensynet til leverandøren som begrunner at heving som hovedregel ikke medfører restitusjon. Hvis leverandøren derimot har opptrådt med grov skyld med hensyn til leveransen, eller leveransen utgjør et særlig grovt kontraktsbrudd, gjør hensynet til å sikre leverandøren mot de økonomiske kostnadene ved arbeidet seg mindre gjeldende. Tvert imot, i den grad leveransen er forfeilet, taler hensynet til bestilleren for at bestiller ikke skal betale for arbeidet.

Som påpekt i punkt 4.2.3 er bestiller ikke forsvarsløs uten restitusjonsrett. Mangler ved ytelsen kompenseres for gjennom vederlagsfastsettelsen jf. kapittel 5. Ekstreme situasjoner kan håndteres av avtaleloven § 36 eller læren om bristende forutsetninger. Dette taler for at behovet for en restitusjonsrett er liten.

Til forskjell fra rettskildebildet for offshorefabrikasjon er det imidlertid klare holdepunkter i standardkontraktene for kontraktstypene som behandles her for at bestiller bør ha restitusjonsrett i noen tilfeller. I tillegg til IT-kontraktene, fastsetter kontraktene innen skipsbygging og maskintilvirkning restitusjonsrett jf. punkt 4.2.2. Alle disse kontraktene gir uttrykk for at hensynet til bestiller veier tungt der leverandøren har begått hevingsberettigende kontraktsbrudd.

Som følge av at standardkontraktene støtter hensynet til bestiller, må hensynet vektes tungt i dette tilfellet. I den grad bestillers hensyn ikke er ivaretatt av vederlagsfastsettelsen, avtaleloven § 36 eller læren om bristende forutsetninger, må hensynet til bestiller tilsi at bestiller kan heve med restitusjonsrett der leveransen utgjør et særlig grovt kontraktsbrudd eller der leverandøren har opptrådt med grov skyld med hensyn til leveransen. Hensynet til bestiller må i disse tilfellene være avgjørende.

Konklusjonen er etter dette at ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter utenfor kjøpslovens virkeområde, skal presterte ytelser som hovedregel ikke restitueres. Presterte ytelser kan imidlertid kreves restituert i særlige unntakstilfeller.

¹⁹⁶ DCFR III. – 3:510 (1) jf. III. – 3:511 (1) og PECL art. 9:307 og art. 9:308.

4.4 Oppsummering av konklusjoner i kapittel 4

I dette punktet vil det bli gitt en kort oppsummering av hvilke kommersielle tilvirkningskontrakter heving etter bakgrunnsretten vil medføre restitusjon for.

Heving medfører restitusjon av presterte ytelser i de *fleste* kommersielle tilvirkningskontrakter. Dette følger av at de fleste kommersielle tilvirkningskontrakter faller inn under kjøpsloven, se kapittel 2. I kjøpsloven medfører heving restitusjon av presterte ytelser, se punkt 4.2.2.

Heving medfører derimot ikke restitusjon av presterte ytelser i kontrakter om *offshorefabrikasjon*, se punkt 4.2.3. Dette følger av at det foreligger en omfattende kontraktspraksis på grunnlag av NF-serien, hvor heving ikke medfører restitusjon, som kjøpsloven virker for.

Som hovedregel medfører heving heller ikke restitusjon av presterte ytelser i kontrakter som ikke omfattes av kjøpslovens virkeområde, se punkt 4.3. I hovedsak vil dette gjelde kontrakter om *IT-utvikling*, se punkt 2.2. I tillegg til IT-utvikling vil det være *enkelte kontrakter* der kjøpsloven ikke er anvendelig på grunnlag av bestillers materialleveranser eller leverandørens tilleggsarbeider, se henholdsvis punkt 2.3 og punkt 2.4. I motsetning til kontrakter om offshorefabrikasjon kan det imidlertid for disse kontraktene tenkes restitusjon i særlige unntakstilfeller.

5 Alternativet til restitusjon – justering av bestillers vederlag

5.1 Oversikt over kapittel 5

Den overordnede problemstillingen i kapittel 5 er om heving har en rettsvirkning for presterte ytelser i kontrakter der ytelsene ikke skal restitueres. At ytelsene ikke skal restitueres innebærer at partene ikke skal levere tilbake ytelsene de har mottatt. Den faktiske situasjonen på hevingstidspunktet vil være at leverandøren har mottatt betalingsavdrag for sitt arbeid, og at bestiller vil ha eiendomsretten til leveransen. Det er hvilke endringer hevingen har for disse presterte ytelsene som er tema for kapittel 5. Som det vil bli forklart i de påfølgende avsnitt, er den reelle problemstillingen om hvordan bestillers vederlag skal fastsettes ved bestillers heving.

Drøftelsene i kapittel 4 viste at heving medfører restitusjon av presterte ytelser i de fleste kommersielle tilvirkningskontrakter. Heving medfører derimot ikke restitusjon i kontrakter om offshorefabrikasjon, og som hovedregel ikke i kontrakter som ikke omfattes av kjøpslovens virkeområde, se punkt 4.4 med videre henvisninger. Kontrakter om IT-utvikling utgjør de fleste kontrakter som faller utenfor kjøpslovens virkeområde, se punkt 2.2. I tillegg til IT-utvikling vil det være enkelte kontrakter der kjøpsloven ikke er anvendelig fordi bestiller skal levere en vesentlig andel materialer eller fordi leverandøren skal utføre en overveiende andel tilleggsarbeider, se henholdsvis punkt 2.3 og punkt 2.4.

I kapittel 5 drøftes, som nevnt, om heving har en annen rettsvirkning for presterte ytelser i kontrakter der de ikke skal restitueres. Siden heving medfører restitusjon i de fleste kontrakter, er kapittel 5 rettet mot en vesentlig snevrere gruppe kontrakter enn kapittel 4.

I tillegg til kontraktene der heving ikke medfører restitusjon etter bakgrunnsretten, vil kapitlet også være relevant for kontrakter som fastsetter at heving ikke skal medføre restitusjon, uten å spesifisere om hevingen har noen annen rettsvirkning for presterte ytelser.

I punkt 4.1 ble det skissert hvordan heving kan tenkes å ha ulike rettsvirkninger for ytelser som allerede er prestert på hevingstidspunktet. Det kan i teorien tenkes mange ulike alternativer til restitusjon. Partenes ytelser kan forbli der de er, eller det kan tenkes en korrigerende av ytelsene som er mindre omfattende enn en full tilbakeføring. Rettskildene vil imidlertid fort vise at den rettslige tvilen knytter seg til et langt snevrere spørsmål. Siden arbeidet på leveransen skal stanses jf. kapittel 3 er det ikke aktuelt at heving gir nye

forpliktelser for leverandøren til å utføre korrigerende arbeider på leveransen. Det er bare *bestillers vederlag* det er aktuelt å korrigere. Spørsmålet om hva som er alternativet til restitusjon blir dermed et spørsmål om heving har rettsvirkninger for fastsettelsen av pengebeløpet bestiller skal betale som vederlag for leveransen.

Der *leverandøren* hever kontrakten på grunn av bestillers kontraktsbrudd vil rettskildene tydelig vise at leverandøren har krav på fullt vederlag for arbeidet som er gjort frem til hevingen.¹⁹⁷ Begrunnelsen for det antas å være at det ville vært urimelig om leverandøren skulle være berettiget til et mindre vederlag i en situasjon der bestiller har oppfylt vilkårene for heving. I tillegg vil leverandøren også kunne ha krav på erstatning for økonomiske tap, herunder tapt fortjeneste, som leverandøren lider som følge av hevingen.¹⁹⁸ Hvordan vederlaget skal fastsettes der det er *bestiller* som hever er derimot et rettslig tvilsomt spørsmål. Det er dette spørsmålet som drøftes fra og med punkt 5.2.

I punkt 5.2 vil det bli drøftet hva som er den alminnelige ulovfestede regelen for fastsettelsen av vederlaget ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter der presterte ytelser ikke skal restitueres. Poenget med punktet er å ha en felles behandling av argumenter som er felles for alle kommersielle tilvirkningskontrakter der heving ikke medfører restitusjon. De fleste kontrakter dette gjelder er imidlertid offshorefabrikasjoner og IT-utvikling. Det er av den grunn hensiktsmessig å undersøke problemstillingen opp mot disse kontraktstypene for å se om det er noe som tilsier egne løsninger for disse to kontraktstypene. Offshorefabrikasjon behandles i punkt 5.3. IT-utvikling behandles i punkt 5.4.

Det er viktig å presisere at vederlagskravet som drøftes i dette kapittelet bare er en del av det som i praksis blir det totale hevingsoppgjøret. I tillegg til det som her benevnes som vederlagskravet – pengebeløpet bestiller skal betale som vederlag for leveransen – vil det ofte være andre kryssende krav i hevingsoppgjøret. Avslutningsvis i punkt 5.1 kommenteres noen av disse for å gi leseren en mer helhetlig oversikt.

Partene vil typisk fremsette en rekke erstatningskrav i hevingsoppgjøret. Erstatningskrav skiller seg fra vederlagskrav i både deres rettslige grunnlag og hva som er gjenstand for

¹⁹⁷ Se blant annet buofl. § 58 (1), NS 8405 art. 39.3, NS 8407 art. 46.3, SSA-T art. 14 og PS2000 art. 6.4.2.1. Se dessuten hvtjl. § 44 (1).

¹⁹⁸ Se f.eks. NLM 19 punkt. 22 (2) tredje punktum, fra entreprise se NS 8405 art. 39.5, NS 8407 art. 46.5 og buofl. § 58 (1) jf. § 52 (3).

kravet. Vederlagskravet er et på forhånd avtalt pengebeløp som leverandøren opptjener på grunnlag av arbeid utført under kontrakten. Et erstatningskrav er derimot et krav om kompensasjon for et økonomisk tap, der det foreligger et ansvarsgrunnlag og adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det økonomiske tapet.¹⁹⁹ Når en kontrakt heves, vil dette ofte føre til økonomiske tap. Slike tap vil kunne være gjenstand for et erstatningskrav. Erstatningskrav vil derfor ofte fremsettes i forbindelse med heving. Heving har imidlertid ikke rettsvirkninger for erstatningskravet – hvorvidt det er grunnlag for erstatningskrav beror på erstatningsreglene. I tillegg til erstatningskrav kan det tenkes pengekrav i form av prisavslag, vederlag for uberettiget bruk og vinningsavståelseskrav. Ingen av disse eventuelle kravene vil bli behandlet her. Avhandlingen behandler bare rettsvirkninger av heving jf. punkt 1.1.

Kryssende krav vil kunne føre til spørsmål om hvilke krav som kan motregnes. Motregning er et regelsett for å innfri en forpliktelse med en annen forpliktelse, uten at forpliktelsenes gjenstander fysisk flyttes. Det typiske er at debitor for et pengekrav gjør opp gjelden ved bruk av et eget pengekrav mot den som debitor skylder penger. Motregning må erklæres. Vilkårene for motregning er at det foreligger såkalte gjensidige, komputable krav mellom to parter, der kravet til den som motregner må være forfalt, og den som motregner må ha rett til å gjøre opp kravet som den andre parten har mot den som motregner.²⁰⁰ Motregningsreglene medfører at vederlagskrav og andre pengekrav, som rettslig sett er ulike, i praksis ikke behøves å bli holdt atskilte. Motregning er et praktisk nyttig regelsett ved heving, men er ikke en del av rettsvirkningene ved heving, og behandles følgelig ikke jf. punkt 1.1.

Et spørsmål som kan være relevant for alle krav er spørsmålet om et gitt krav må gjøres opp på hevingstidspunktet, eller om debitor for kravet kan vente med å gjøre opp i påvente av utviklingen i andre faktiske forhold – typisk for å se hvor stort et tap blir. *Sandvik* trakk i sin analyse et skille mellom det foreløpige oppgjøret med midlertidige betalinger på selve hevingstidspunktet, og det senere endelige oppgjøret.²⁰¹ I hans drøftelse er dette skillet viktigere enn skillet mellom kravstypene. I drøftelsen her er det bare den *endelige* vederlagsfastsettelsen som vil belyses. Det vil ikke bli drøftet når kravene må betales. Årsaken til den snevrere problemstillingen er at der *Sandvik* var interessert i å analysere risiko

¹⁹⁹ Se eksempelvis Hagstrøm (2011) s. 466 for disse grunnleggende vilkårene.

²⁰⁰ Lilleholt (2017) s. 574-576.

²⁰¹ Sandvik (1966) s. 450-457.

for entreprenøren, fokuserer denne avhandlingen på restitusjonsspørsmålet og dets alternativ jf. punkt 1.1.

5.2 Den alminnelige regelen for fastsettelsen av vederlaget

5.2.1 Oversikt over punkt 5.2

I punkt 5.2 drøftes den alminnelige ulovfestede regelen for fastsettelsen av vederlaget ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter der partenes ytelser ikke skal restitueres. At det er den alminnelige regelen som drøftes betyr at spørsmålet drøftes generelt for alle kontrakter der heving ikke medfører restitusjon av presterte ytelser. Dette på tross av at offshorefabrikasjon og IT-utvikling utgjør flesteparten av de aktuelle kontraktene, se punkt 5.1, og behandles særskilt i henholdsvis punkt 5.3 og punkt 5.4. Begrunnelsen for at regelen drøftes generelt i punkt 5.2 er for å ha en felles behandling av argumenter som er felles for alle aktuelle kontrakter.

Før det kan drøftes hvordan vederlaget skal fastsettes, er det nødvendig å klarlegge den nøyaktige grensen for hvilke arbeidsresultater det skal ytes vederlag for. Hevingen vil nesten bare skje underveis i tilvirkningen jf. punkt 1.6. Det vil da være deler av leveransen som overhodet ikke er utført, og som på grunn av hevingen ikke skal utføres jf. opphørsvirkningen beskrevet i kapittel 3. Bestiller skal naturlig nok ikke betale for disse. For det gjenstående arbeidet er det imidlertid nødvendig å gjøre nærmere undersøkelser. Som det vil fremkomme er det klart nok at bestiller skal betale for arbeidsresultater som er fullt ut kontraktsmessige. For arbeidsresultater som ikke er i henhold til kontrakten er løsningen derimot ikke opplagt. Disse arbeidsresultatene kan være mangelfulle fordi de er utført uriktig, eller fordi leverandøren ikke rakk å komme lengre i tilvirkningen. Det må her først stilles spørsmål ved om mangelfulle arbeidsresultater er vederlagsberettigende ved heving. Problemstillingen kan også formuleres som et spørsmål om mangelfulle arbeider er relevante for vederlagsfastsettelsen. Spørsmålet behandles i punkt 5.2.2.

Etter det er klarlagt hvilke arbeider det skal betales for, kan det drøftes hvordan vederlaget skal fastsettes. Spørsmålet drøftes i punkt 5.2.3.

Som nevnt i punkt 1.2 – punkt 1.4 er det faktiske likheter mellom kommersiell tilvirkning og entrepriser som medfører en likhet i hvilke hensyn som gjør seg gjeldende. Slike faktiske likheter innebærer ikke at entrepriserettslige kilder i seg selv vil kunne tilsi en tilsvarende løsning innen kommersiell tilvirkning, men at argumentasjonen som kildene gir uttrykk for

kan ha en viss overføringsverdi. Kildene vil kunne peke på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, og hvordan hensynene kan harmoniseres og vektet. I tillegg vil hensyn til sammenheng og forutberegnelighet kunne tale for at en regel legges til grunn i tilvirkning fordi den legges til grunn i entreprise. Ved særlig stor likhet i hensyn kan det også tenkes at entrepriserettslige kilder vil kunne gi grunnlag for analogier.

Både byggherre og bestiller skal ved heving betale for en bygning eller leveranse som ofte vil kreve omfattende utbedringer. Entreprenør og leverandør vil på sin side ha pådratt seg omfattende kostnader for å fremstille ytelsene. Både i tilvirkning og entreprise oppstår det spørsmål om hvordan vederlaget da skal fastsettes og hvilken betydning mangler har.

Innen entrepriseretten har problemstillingene som skal drøftes her blitt drøftet i lang tid. *Sandvik* analysert i 1966, blant annet, hevingsoppgjøret basert på datidens standardkontrakter innen entreprise.²⁰² Høyesterett har lagt til grunn at en oppgjørsform "på linje" med *Sandviks* beskrivelse ligger til grunn for hevingsoppgjøret i bustadoppføringslova.²⁰³ I tillegg til disse kildene vil NS-kontraktene oppstille regler om det samme problemkomplekset. Det foreligger da etablerte regler i entrepriseretten om problemstillingene som skal behandles. Når det så skal analyseres hvordan vederlaget skal fastsettes innen kommersiell tilvirkning kan det derfor tas utgangspunkt i entrepriserettens kilder for å undersøke om disse kan ha overføringsverdi.

5.2.2 Hvilke arbeidsresultater skal det fastsettes vederlag for?

I dette punktet drøftes hvilke arbeidsresultater det skal fastsettes vederlag for. Spørsmålet er om leverandøren er berettiget til vederlag for mangelfulle arbeidsresultater jf. punkt 5.2.1.

Drøftelsen i det følgende vil først undersøke hvordan problemstillingen er løst i entrepriseretten jf. punkt 5.2.1. Deretter vil det bli sett hen til standardkontrakter innen kommersiell tilvirkning. Til sist vil trådene samles i en vurdering av hvilken løsning hensynene i kommersielle tilvirkningskontrakter tilsier.

Sandvik drøftet ikke eksplisitt om alle arbeidsresultater var vederlagsberettigende. Han skrev imidlertid at:

²⁰² Sandvik (1966) s. 67-68.

²⁰³ HR-2016-219-A avsnitt 35.

"Ofte vil entreprenøren ha utført arbeid som ikke har nådd så langt at det representerer en *ferdig* ytelse av den art som er prissatt i anbudet. Ved den *foreløpige* avregning bør en imidlertid følge tilsvarende prinsipper som dem en legger til grunn for a conto-avregningen, og ikke ta i betraktning slike ytelser. Selv om entreprenøren f.eks. hevder og kan påvise at tilriggingskostnader som allerede har påløpt, er innregnet i enhetsprisene for det arbeid som står igjen, kan han altså ikke kreve slike ytelser avregnet ved det *foreløpige* oppgjør i tillegg til enhetsprisene for det utførte" (kursivert her).²⁰⁴

Her var *Sandvik* bevisst på mangelfullt arbeid. I sitatet uttrykkes det at entreprenøren ikke vil kunne kreve betalt for det mangelfulle arbeidet ved det foreløpige oppgjøret kort tid etter hevingen. Likevel ser *Sandvik* ut til å ha lagt til grunn at entreprenøren etter omstendighetene kan kreve betalt for det mangelfulle arbeidet *etter hvert*. Når han behandlet det endelige oppgjøret var imidlertid *Sandvik* ikke opptatt av å holde kravene atskilt fra hverandre. *Sandvik* fokuserte på de endelige fullføringskostnadene og hvor mye av disse byggherren kunne kreve erstattet.²⁰⁵ Dette er nok praktisk viktigst, men det gjør at analysen av selve vederlagskravet blir uklar. Det kan derfor ikke utledes noe sikkert om *Sandviks* syn på om alle arbeidsresultater var vederlagsberettigende.

Ved heving etter NS 8405 og 8407 har entreprenøren "krav på vederlag for det arbeidet som er utført."²⁰⁶ Denne ordlyden gir tydelig hjemmel for et vederlagskrav. Bestemmelsen er derimot uklar om det skal fastsettes vederlag for alle arbeidsresultater, mangelfulle som kontraktsmessige. At arbeidet er "utført" trenger ikke å bety at arbeidsresultatet er kontraktsmessig. Kommentarbøkene synes imidlertid å være enige om at mangelfulle arbeider er vederlagsberettigende, uten at begrunnelsen for dette standpunktet drøftes.²⁰⁷

Som nevnt i punkt 5.2.1 har Høyesterett uttrykt at en oppgjørsform "på linje" med *Sandviks* beskrivelse ligger til grunn for hevingsoppgjøret i bustadoppføringslova.

²⁰⁴ Sandvik (1966) s. 450.

²⁰⁵ Sandvik (1966) s. 452 flg.

²⁰⁶ NS 8405 art. 39.3 og NS 8407 art. 46.3.

²⁰⁷ Se Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, 4. utgave, Oslo 2016, s. 677-679, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen, *NS 8407 med kommentarer*, Oslo 2012, s. 762-763 og Henning Nordtvedt, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik og Johnny Johansen, *NS 8407*, Oslo 2013, s. 690-691.

Ved heving av forbrukerentreprise "har entreprenøren krav på vederlag for det som er utført i samsvar med avtalen" jf. buofl. § 21 (1). At noe må være "utført i samsvar med avtalen" gir språklig sett inntrykk av at arbeidet både må være slikt som skal utføres ifølge avtalen, og at arbeidet må ha ledet til et kontraktsmessig resultat.

Bustadoppføringslova § 21 (1) ble tolket i HR-2016-219-A. Saken gjaldt hevingsoppgjøret etter en forbrukerentreprise der entreprenøren hadde hatt i oppdrag å føre opp et tilbygg til en enebolig. Arbeidet ble stoppet da det var omtrent 90 prosent ferdig.²⁰⁸ Det ble da påvist en rekke feil og mangler ved byggverket.

Forbrukerne anførte i saken at ordlyden i buofl. § 21 (1) tilsa at det bare skulle fastsettes vederlag for arbeidsresultatene som var kontraktsmessige.²⁰⁹ Høyesterett var enig i at ordlyden kunne forstås slik, men kom til et annet tolkningsresultat.²¹⁰ Det ble fremholdt at:

"Etter min mening må imidlertid bestemmelsen leses i lys av at hevingen kun gjelder framover i tid. Kontrakten gjelder fortsatt for det som er levert, med de feil og mangler som måtte forefinnes. Ved at det skal skje et oppgjør, er det behov for å avklare hva som er levert i forhold til totalytelsen, og som det dermed skal ytes vederlag for. Hvilke arbeider som er relevante for vederlagsopptjeningen, må avgjøres ut fra det som er avtalt mellom partene, eller med andre ord være "i samsvar med avtalen"."²¹¹

Her legger Høyesterett avgjørende vekt på at kontrakten fortsatt gjelder for arbeid utført før hevingstidspunktet. Det er bare arbeid som ville skjedd etter hevingen som faller bort. Allerede presterte ytelser skal behandles etter kontraktens øvrige regler. Det betyr at mangelfulle arbeidsresultater også er vederlagsberettigende. At det hefter mangler ved arbeidsresultatene skal håndteres gjennom kontraktens misligholdsbeføyelser.

Gjennomgangen ovenfor har vist at selv om det er tvil rundt hvordan *Sandvik* anså reglene i 1966, synes tendensen i entrepriseretten å være at alle arbeidsresultater er vederlagsberettigende. Hevingen medfører et *skjæringspunkt* i tid. Det gjøres ingen modifikasjon til den inndelingen av leverandørens arbeid som dette medfører. Alle

²⁰⁸ HR-2016-219-A avsnitt 3.

²⁰⁹ HR-2016-219-A avsnitt 39.

²¹⁰ HR-2016-219-A avsnitt 40-41.

²¹¹ HR-2016-219-A avsnitt 41

arbeidsresultater som ble utført før hevingstidspunktet er i entrepriseretten relevante for fastsettelsen av vederlaget.

Hvilke regler som gjelder for entrepriseretten er ikke i seg selv bestemmende for de ulovfestede reglene for kommersielle tilvirkningskontrakter jf. punkt 5.2.1 med videre henvisninger. Hensynene i kommersielle tilvirkningskontrakter kan imidlertid tilsi en tilsvarende regel som i entrepriseretten, hvor alle arbeidsresultater utført før heving er vederlagsberettigende. Hensynene innen kommersiell tilvirkning må derfor undersøkes. Som fremhevet i punkt 2.5 bør slike hensyn fortrinnsvis forankres i blant annet standardkontrakter.

Innen kommersiell tilvirkning er det NF-serien og standardkontraktene innen IT-utvikling som operer med heving uten restitusjon.²¹² Disse skal studeres nærmere i henholdsvis punkt 5.3 og punkt 5.4. Siden de har betydning også i denne sammenhengen, må det imidlertid forskutteres at kontraktene gir få holdepunkter om at mangelfulle arbeidsresultater ikke bør være vederlagsberettigende. Standardkontraktene gir dermed inntrykket av at entrepriserettens løsning er god også for kommersielle tilvirkningskontrakter.

På den andre siden, dersom mangelfulle arbeider holdes utenfor vederlagskravet vil det kunne gi et enklere hevingsoppgjør. Leverandøren har forårsaket det som vil være en kompleks hevings situasjon. Det kan være en viss rettferdighet i å legge til grunn en forenkling i leverandørens disfavør. Hvis mangelfulle arbeidsresultater ikke anses vederlagsberettigende, slipper partene å forsøke å fastsette et vederlag for slike. Hensynet til en forenkling av hevingsoppgjøret taler for at mangelfulle arbeider ikke anses vederlagsberettigende.

Kompleksiteten i hevingsoppgjøret kommer imidlertid ikke hovedsakelig fra leverandørens kontraktsbrudd, men fra at kommersielle tilvirkningskontrakter gjelder komplekse leveranser, jf. punkt 1.3. At hevingsoppgjøret ikke er enkelt, kan sies å være en konsekvens av at partene har inngått en kompleks avtale. Det kan da synes urimelig om hensynet til en forenkling av hevingsoppgjøret skal lede til at leverandøren ikke skal få betalt for sitt arbeid.

Det kan tenkes en mellomløsning mellom entrepriserettens løsning og en løsning der mangelfulle arbeider holdes utenfor hevingsoppgjøret. I en slik mellomløsning kan det skilles mellom arbeider som er bare litt mangelfulle og arbeider som har omfattende mangler. Et slikt

²¹² Se NTK 15 art. 26.2, SSA-T art. 14 og PS2000 art. 6.4.2.1. IKT-Norges utviklingsavtale legger til grunn restitusjon, se punkt 4.3.

skille kan trekkes, men det vil være tidkrevende og vanskelig å anvende. Av hensyn til å ikke komplisere hevingsoppgjøret ytterligere, bør det ikke oppstilles en slik mellomløsning.

Entrepriserettens løsning kan synes å være en henvisning til et *utgangspunkt* om at kontrakten skal gjelde for det som allerede er prestert. Et slikt utgangspunkt kan utledes fra at avtalen skal holdes slik den er inngått. Det er noe annet som må begrunnes. Opp mot dette utgangspunktet er det lite som taler for at kommersielle tilvirkningskontrakter i sin alminnelighet behøver noen særløsning her.

Hensynene innen kommersielle tilvirkning har ikke vist noe behov for en annen løsning enn entrepriseretten. En regel tilsvarende entrepriserettens regel legges da til grunn for den alminnelige ulovfestede regelen for fastsettelsen av vederlaget ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter der partenes ytelser ikke skal restitueres.

Alle arbeidsresultater som er utført før hevingstidspunktet er vederlagsberettigende. Mangler medfører ikke at arbeidsresultatet ikke er vederlagsberettigende.

5.2.3 Hvordan skal vederlaget fastsettes for de relevante arbeidene?

I dette punktet drøftes reglene om hvordan vederlaget skal fastsettes for de vederlagsberettigende arbeidsresultatene. Også her må det undersøkes hvilken betydning mangler har.

På tilsvarende måte som i punkt 5.2.2 vil det først bli undersøkt hvordan problemstillingen er løst i entrepriseretten. Deretter vil det bli sett hen til standardkontrakter innen kommersiell tilvirkning. Til sist vil trådene samles i en vurdering av hvilken løsning hensynene i kommersielle tilvirkningskontrakter tilsier.

I 1966 la *Sandvik* til grunn at "[n]år avregning skjer på hevingstiden, skal entreprenøren som utgangspunkt godskrives det *fulle* vederlag for utført arbeid".²¹³ Dette forstås slik at *Sandvik* la til grunn en fremgangsmåte der fastsettelsen av vederlaget tok utgangspunkt i fullt vederlag for alle arbeider, også mangelfulle.

Det er utfordrende å utlede hva *Sandvik* mente om betydningen av mangler ved arbeidsresultatene. *Sandvik* parallellbehandler innsigelser byggherren måtte ha til det utførte

²¹³ Sandvik (1966) s. 451.

arbeid på grunnlag av mangler, og krav byggherren har som følge av fordyrelser ved fullføringen av prosjektet.²¹⁴ Likevel, ved omtalen av hvor mye byggherren kan holde tilbake som sikkerhet omtaler han fordyrelser ved fullføringen og "annet ansvar som måtte kunne gjøres gjeldende i anledning av misligholdet".²¹⁵ Denne formuleringen henviser til de øvrige misligholdsbeføyelsene. På det grunnlag kan det kanskje antas at *Sandvik* så for seg at byggherren kunne kreve fradrag i det fulle vederlaget for mangelfullt arbeid i den grad kontrakten for øvrig ga krav på det.

Etter NS 8405 og 8407 har entreprenøren "krav på vederlag for det arbeidet som er utført."²¹⁶ Ordlyden her gir tydelig uttrykk for at det skal ytes et vederlag. Hvordan vederlaget skal fastsettes gis det imidlertid få holdepunkter om. I kommentarbøkene legges det til grunn at vederlaget skal fastsettes i henhold til det avtalte prisformatet. Der et arbeid er mangelfullt, synes det å bli lagt til grunn at fastsettelsen må skje forholdsmessig opp mot hvordan kontrakten priser et korrekt utført arbeid.²¹⁷ En slik fremgangsmåte er annerledes enn å benytte de allerede etablerte misligholdsbeføyelsene for å behandle manglene. I stedet for å kompensere for mangler gjennom kontraktens misligholdsbeføyelser, blir det gjort en skjønnsmessig vurdering av forholdet mellom arbeidsresultatet og et kontraktsmessig resultat. Fremgangsmåten blir en særegen regel for akkurat hevingsoppgjøret.

Ved heving av forbrukerentreprise "har entreprenøren krav på vederlag for det som er utført i samsvar med avtalen" jf. buofl. § 21 (1). Som et utgangspunkt skal vederlaget "fastsetjast på grunnlag av dei prisane som er avtalt, eller dersom dette ikkje let seg gjere, etter føresegnene i § 41 andre ledd" jf. § 21 (1). Denne ordlyden gir tydelig uttrykk for at vederlagsfastsettelsen skal gjøres med utgangspunkt i prisformatet i avtalen. For det tilfellet at prisen ikke er avtalt, henviser bestemmelsen videre til buofl. § 41 (2) hvorefter forbrukeren skal betale "eit vederlag som dekkjer nødvendige kostnader og eit rimeleg påslag". Bustadoppføringslova har dermed en tydelig løsning så fremt arbeidet er korrekt utført. Det fremgår imidlertid ikke hvordan mangler skal håndteres. At vederlaget skal fastsettes etter prisene i avtalen, gir ikke svar på hvilken betydning mangler har.

²¹⁴ Sandvik (1966) s. 451 flg.

²¹⁵ Sandvik (1966) s. 451.

²¹⁶ NS 8405 art. 39.3 og NS 8407 art. 46.3.

²¹⁷ Se Marthinussen/Giverholt/Arvesen (2016) s. 677-678, Giverholt/Arvesen/Marthinussen (2012) s. 762-763 og Nordtvedt m.fl. (2013) s. 690-691.

Spørsmålet om hvordan vederlaget skal fastsettes etter buofl. § 21 (1) var også oppe til behandling i HR-2016-219-A. Som nevnt i punkt 5.2.2 gjaldt dommen en forbrukerentreprise der entreprisen var blitt stanset ved 90% fullføringsgrad, men hvor arbeidsresultatet var beheftet med flere mangler.²¹⁸ Høyesterett uttrykte i dommen at fastsettelsen skal skje ved at "entreprenøren får vederlag for det som er levert, med fradrag for mangler ved det leverte. Fradraget beregnes ved at lovens bestemmelse om prisavslag anvendes."²¹⁹ Domstolen oppstiller her en tydelig fremgangsmåte for fastsettelsen av vederlaget. Fastsettelsen skal ta utgangspunkt i fullt vederlag for alle arbeidsresultater. Deretter skal mangler komme til fradrag. Fradrag fastsettes ved prisavslag. Prisavslag etter bustadoppføringslova skal prinsipielt "vere lik kostnadene for forbrukeren med å få mangelen retta" jf. buofl. § 33 (2).

Gjennomgangen av entrepriseretten danner et nokså ensartet bilde av vederlagsfastsettelsen. Det bærende synspunktet er at kontrakten fortsatt skal gjelde for alt som har skjedd forut for hevingen i tid. Alle arbeidsresultater gir rett til vederlag i henhold til kontraktens priser. Mangler skal komme til fradrag i vederlaget. Med fradrag menes her at pengekravet, som mangelsbeføyelsene gir grunnlag for, skal trekkes fra vederlaget. Måten fradraget fastsettes på er dermed en del av fremgangsmåten for fastsettelsen av vederlaget. Detaljene i disse reglene er imidlertid ikke like. Bustadoppføringslova, som er "på linje" med *Sandviks* fremstilling, legger til grunn en fastsettelsesmodell som tar utgangspunkt i fullt vederlag, og deretter bruker kontraktens misligholdsbeføyelser for å fastsette et fradrag for mangler. NS 8405 og 8407 operer derimot ikke med en slik vurdering i to steg, men fastsetter heller vederlag ved én forholdsmessighetsvurdering.

Felles for modellene i entrepriseretten er at de er bygget på det enkle og prinsipielle synspunktet om at kontrakten enda gjelder for det som har skjedd før heving. Det er noe annet som må begrunnes.

Løsningene i NF-serien, SSA-T og PS2000 skal studeres nærmere i henholdsvis punkt 5.3 og punkt 5.4. Det må imidlertid allerede her forskutteres at ingen av disse standardkontraktene regulerer hevingsoppgjøret etter en prinsipielt annen synsmåte enn entrepriseretten.

²¹⁸ HR-2016-219-A avsnitt 2-3.

²¹⁹ HR-2016-219-A avsnitt 42.

Ettersom standardkontraktene for kommersiell tilvirkning ikke legger til grunn en prinsipielt ulik modell for fastsettelsen av vederlaget, bør synspunktet om at kontrakten fortsatt gjelder for arbeidet før hevingstidspunktet legges til grunn også for kommersielle tilvirkningskontrakter der heving ikke medfører restitusjon.

Det bør så vurderes om vederlaget ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter bør fastsettes etter en fremgangsmåte slik som i bustadoppføringslova, eller ved bruk av en særregel slik som i NS-kontraktene. Fremgangsmåten bustadoppføringslova legger til grunn gir imidlertid en løsning der partenes avtalte misligholdsbeføyelser blir benyttet til å fastslå betydningen av mangler. En slik løsning må antas å følge av utgangspunktet om at avtaler skal holdes slik de er inngått. Opp mot dette utgangspunktet, er det vanskelig å se hensyn som taler for at den alminnelige regelen for vederlagsfastsettelsen bør være en særregel som skiller vederlagsfastsettelsen fra de øvrige reglene i bakgrunnsretten. Tvert imot, hensynet til forutberegnelighet og sammenheng i bakgrunnsretten taler for at den alminnelige regelen for vederlagsfastsettelsen i størst mulig grad gjøres ved bruk av bakgrunnsrettens øvrige regler.

Modellen i bustadoppføringslova legges etter dette til grunn for kommersiell tilvirkning. Vederlaget fastsettes med utgangspunkt i fullt vederlag for alle arbeidsresultater før hevingstidspunktet. Mangler skal komme til fradrag i vederlaget, der fradraget fastsettes ved bruk av kontraktens misligholdsbeføyelser.

Siden tilvirkningskontraktene der heving ikke medfører restitusjon i hovedsak faller utenfor kjøpslovens område, må det videre vurderes hvilke misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende på ulovfestet grunnlag for disse kontraktene.

Offshorefabrikasjon må her skilles ut fra drøftelsen da årsaken til at heving av disse ikke medfører restitusjon er kontraktspraksis, se punkt 4.2.3. Disse kontraktene faller for øvrig inn under kjøpslovens virkeområde. Det betyr at kjøpslovens prisavslagsbestemmelse, § 38, får anvendelse for disse kontraktene. Hvordan vederlaget fastsettes for offshorefabrikasjon behandles videre i punkt 5.3.

En eller annen form for prisavslag gjenfinnes i alle kontraktslover som er nærliggende å vurdere kommersielle tilvirkningskontrakter opp mot.²²⁰ Prisavslag gjenfinnes også i en eller

²²⁰ Se kjl. § 38, avhl. § 4-12, buofl. § 33 og hvtl. § 25.

annen form i de fleste standardkontrakter.²²¹ DCFR har også regler om prisavslag.²²²

Prisavslag som misligholdsbeføyelse har gode grunner for seg – beføyelsen gir bestiller krav på å justere vederlaget etter leverandøren har levert mangelfullt arbeid. På grunnlag av at prisavslag gjenfinnes i alle disse rettskildene er det rimelig sikkert at bestiller vil kunne kreve prisavslag på ulovfestet grunnlag.

Det kan virke fremmed å skulle anvende prisavslag kombinert med heving. Termen "heving" assosieres ofte med restitusjonsvirkningen beskrevet i kapittel 4. Der realytelsen og betalingen skal tilbakeføres kan det ikke samtidig kreves avslag i realkreditors betalingsforpliktelse. Ettersom bestillers vederlag ikke skal restitueres ved heving av kontraktene det her er snakk om, er det imidlertid ingenting i veien for at heving og prisavslag kan kombineres.

Spørsmålet er *hvordan* prisavslaget skal fastsettes på ulovfestet grunnlag for kommersielle tilvirkningskontrakter. Det er verdt å minne om at akkurat dette tolkningsspørsmålet har et bredere nedslagsfelt enn dets rolle i hevingsoppgjøret. Med bredere nedslagsfelt menes at hvordan prisavslag skal fastsettes på ulovfestet grunnlag er et generelt spørsmål som også vil være aktuelt ved mangler utenfor hevingsoppgjøret.

Utenfor forbrukerforhold finnes det i hovedsak to modeller for fastsettelsen av prisavslag.

Ifølge kjl. § 38 kan kjøper kreve prisavslag "slik at forholdet mellom nedsatt og avtalt pris svarer til forholdet mellom tingens verdi i mangelfull og kontraktmessig stand på leveringstiden". Ordlyden gir uttrykk for et prisavslag tilsvarende verdireduksjonen mangelen utgjør. Dette er den ene modellen.²²³

²²¹ NLM 19 punkt 65 bokstav b, NL 17 punkt 35 bokstav b, SSA-T art. 11.5.3, PS2000 art. 6.1.2.2 (2), IKT-Norges Utviklingsavtale art. 9.2, SHIP 2000 art. IV, NEWBUILDCON art. 13. Se dessuten NS 8405 art. 36.4 og NS 8407 art. 42.4.

²²² DCFR III. – 3:601.

²²³ Lilleholt (2017) s. 298 skiller mellom fastsettelsen av prisavslaget til verdireduksjonen med og uten at dette skal relateres til den konkrete prisen i kontrakten. Prisavslag tilsvarende verdireduksjonen uten at prisavslaget justeres ut fra den konkrete prisens forhold til den ekte verdien gjenfinnes bare som en subsidiær regel i buofl. § 33 (2) andre punktum. Regelen er holdt utenfor her fordi det bare finnes et enkelt tilfelle av den, og at den derfor vanskelig kan tenkes å legges til grunn som bakgrunnsrett for kommersielle tilvirkningskontrakter.

Etter buofl. § 33 (2) skal prisavslaget "vere lik kostnadene (...) med å få mangelen retta". Ordlyden gir uttrykk for et prisavslag tilsvarende rettingskostnadene. Dette er den andre modellen.

Prisavslag fastsatt etter kjøpslovens modell – verdireduksjonen – gjenfinnes i en rekke kontraktslover.²²⁴ Når mange lover bruker kjøpslovens modell, kan utbredelsen av den tale for at den også bør legges til grunn på ulovfestet grunnlag. Å legge til grunn kjøpslovens modell kan sikre sammenheng i kontraktsretten og forutberegnelighet for partene jf. punkt 2.5. Hensynene til sammenheng og forutberegnelighet kan derfor tale for at prisavslag i kommersielle tilvirkningskontrakter utenfor kjøpslovens virkeområde fastsettes etter verdireduksjonen.

Samtidig som at prisavslag etter verdireduksjonen finnes i mange lover, er fastsettelse etter rettingskostnadene også brukt flere steder.²²⁵ Det kan derfor ikke argumenteres for at verdireduksjonsmodellen er så utbredt at det alene må være avgjørende. Vurderingen bør da heller bero på hva som generelt er en god regel for kommersielle tilvirkningskontrakter.

Formålet bak prisavslagsregelen fremkommer blant annet i forarbeidene til avhendingsloven. I sin omtale av prisavslag fastsatt etter verdireduksjonen fremhevet departementet at "[e]n slik berekningsmåte sikrer i størst grad det føremålet prisavslaget skal fremje, nemlig balansen mellom seljaren og kjøparen si yting"²²⁶ Prisavslag skiller seg fra erstatningskrav ved at dens formål er å sikre gjensidigheten i kontrakten.²²⁷ Gitt at prisavslag etter verdireduksjonen bedre sikrer balansen mellom bestiller og leverandørs ytelser, kan hensynet til prisavslagens formål tale for fastsettelse etter verdireduksjonen. Dette argumentet er imidlertid nokså abstrakt. At prisavslagens formål er å sikre gjensidighet og balanse mellom partene, og at verdireduksjonen best sikrer dette, er ikke betraktninger som er konkret forankret i forholdet mellom bestiller og leverandør. Argumentet synes derfor lite tungtveiende.

Som tidligere påpekt i punkt 2.5 kan det ved fastleggelsen av den ulovfestede bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter tidvis være grunn til å legge til grunn kjøpslovens

²²⁴ Se blant annet avhl. § 4-12 (1), fkjl. § 31 og lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefesteloven – tfl) § 25.

²²⁵ Se buofl. § 33, hvtjl. § 25 og avhl. § 4-12 (2).

²²⁶ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 108.

²²⁷ Lilleholt (2017) s. 288 sammenholdt med s. 334.

regler analogisk. Det er et fåtall kommersielle tilvirkningskontrakter som faller utenfor kjøpslovens virkeområde, se punkt 2.2 – punkt 2.4. Disse faller ikke utenfor lovens virkeområde på grunnlag av at de er fundamentalt ulike fra andre kommersielle tilvirkningskontrakter, men enten fordi kontrakten stifter en bruksrett, fordi bestiller skal levere en vesentlig andel materialer, eller fordi leverandøren skal utføre en overveiende andel tilleggsarbeider. I en slik situasjon kan det virke vilkårlig for partene om bakgrunnsretten skal være vesentlig annerledes enn ved kommersielle tilvirkningskontrakter for øvrig. Hensynet til forutsigbarhet taler for at kjøpslovens modell legges til grunn. Forutsigbarhet er imidlertid ikke nødvendigvis avgjørende i denne sammenhengen.

Hagstrøm fremhever at prisavslag fastsatt etter verdireduksjonen passer dårlig til salg av unike gjenstander.²²⁸ Han skisserer et eksempel med et maleri som blir levert med en flerre. Flerren kan repareres. *Hagstrøm* stiller spørsmål ved hvorfor man her skal "begi seg ut i mer eller mindre løse spekulasjoner om verdivurderinger".²²⁹ Eksempelet til *Hagstrøm* illustrerer hvorfor det kan være vanskelig å vurdere verdien på unike gjenstander. Det er ingen klar markedsverdi for spesialbygde maskiner eller dataprogrammer.²³⁰ Da er det vanskelig å vurdere hvilken verdi mangelen tilsvare. Dette problemet er særlig fremtredende ved personaliserte ytelser, men også ved mer ordinære ytelser kan det være et problem.

Avhendingsloven § 4-12 er illustrerende for *Hagstrøms* poeng. I første ledd fremkommer det at "[h]ar eiegen mangel, kan kjøparen krevje eit forholdsmessig prisavslag". Denne ordlyden gir rett til prisavslag tilsvarende verdien mangelen har redusert eiendommen med. Etter annet ledd følger det imidlertid at "[m]ed mindre noko anna vert godtgjort, skal prisavslaget fastsetjast til kostnadene ved å få mangelen retta". Denne ordlyden formulerer en presumsjon om at prisavslaget skal settes til rettingskostnadene. Annet ledd ble tatt inn under behandlingen i stortingskomiteen. Begrunnelsen for regelen var at "utmålingen av forholdsmessig prisavslag kan være vanskelig i de mange tilfeller hvor en eiendom ikke har en sikker markedsverdi."²³¹ Her har altså hensynet til at rettingskostnadene er en enkelt anvendelig regel fått avgjørende betydning for utformingen av avhendingslovens prisavslagsregel.

²²⁸ Hagstrøm (2011) s. 418.

²²⁹ Hagstrøm (2011) s. 418.

²³⁰ Vederlagsfastsettelsen ved tilvirkning av IT-programmer behandles særskilt i punkt 5.4.

²³¹ Innst. O. nr. 71 (1991-1992) punkt 4.8 under komiteens merknader.

Det vil kunne være vanskelig å vurdere hvor mye en mangel har redusert verdien av leveransen med i en kommersiell tilvirkningskontrakt. Hensynet til en enkelt anvendelig regel, slik fremhevet av *Hagstrøm* og i forarbeidene til avhendingsloven, taler for at prisavslaget for disse kontraktene fastsettes etter rettingskostnadene. For kontrakter så komplekse som kommersielle tilvirkningskontrakter, kan det synes bedre om regelen er lett anvendelig enn forutsigbar.

Samtidig operer både SSA-T og PS2000 med prisavslag etter verdireduksjonen.²³² I sin alminnelige prisavslagsbestemmelse fastsetter også NS-kontraktene prisavslag etter verdireduksjonen.²³³ Hvis det er vanskelig å gjøre slike beregninger virker det pussig at det er lagt til grunn i disse standardkontraktene. Dertil kommer det at *Marthinussen/Giverholt/Arvesen* angående NS-kontraktene bemerker at "[f]astleggelsen av verdireduksjonen må imidlertid nødvendigvis bli svært skjønnsmessig".²³⁴ Det er uklart hva som er begrunnelsen for regelen. Når den er der, i det som må antas å være svært gjennomtenkte standardkontrakter, må det imidlertid konstateres at utfordringene med fastsettelsen ikke har føltes prekære nok for bransjen til å velge en annen regel. Dette viser at i alle fall IT- og entreprisbransjen ikke anser hensynet til en enkelt anvendelig regel som særlig tungtveiende. Reglene om fastsettelsen av vederlaget ved heving av kontrakter om IT-utvikling behandles nærmere i punkt 5.4.

Hensynet som tydeligst taler for prisavslag fastsatt etter verdireduksjonen er hensynet til forutsigbarhet mellom tilvirkningskontrakter innenfor og utenfor kjøpslovens virkeområde. Som en motsetning står hensynet til en enkelt anvendelig regel. Dette hensynet taler for å fastsette prisavslaget etter rettingskostnadene. Avveiningen mellom hensynene er tvilsom. Det er ingen virkelig kraftfulle argumenter i spørsmålet. Hensynet til en enkelt anvendelig regel er imidlertid et hensyn som er mer konkret forankret i forholdet mellom bestiller og leverandør. Kommerielle tilvirkningskontrakter er komplekse og leveransen kan være vanskelige å verdsette. Motsetningsvis er hensynet til en forutsigbar regel et mer generelt gode, men som ikke alene er verdt mye hvis regelens innhold er verre enn alternativet. Det fremstår derfor

²³² SSA-T art. 14 og PS2000 art. 6.4.2.1

²³³ Se NS 8405 art. 36.4 og NS 8407 art. 42.4.

²³⁴ *Marthinussen/Giverholt/Arvesen* (2016) s. 610 og *Giverholt/Arvesen/Marthinussen* (2012) s. 707.

som viktigere at den alminnelige regelen er enkel å anvende, fremfor at den er marginalt mer forutsigbar.

Rettingskostnadene bør etter det ovenstående legges til grunn som modell for hvordan prisavslag fastsettes på ulovfestet grunnlag for kommersielle tilvirkningskontrakter. Det innebærer at rettingskostnadene blir måten fradrag fastsettes på i den overordnede fastsettelsen av bestillers vederlag i hevingsoppgjøret.

Den alminnelige regelen for fastsettelsen av vederlaget ved heving av kommersielle tilvirkningskontrakter uten restitusjon blir da som følger: Leverandøren har rett til betaling for alle arbeidsresultater som skulle gjøres i henhold til kontrakten og som er gjort før heving. Eventuelle mangler ved arbeidene diskvalifiserer dem ikke for vederlagsopptjening. Vederlaget fastsettes med utgangspunkt i fullt vederlag for alle arbeidene, med fradrag for rettingskostnadene ved eventuelle mangler.

5.3 Fastsettelsen av vederlaget ved offshorefabrikasjon

5.3.1 Oversikt over punkt 5.3

I punkt 5.3 drøftes fastsettelsen av bestillers vederlag ved heving av kontrakter om offshorefabrikasjon. Den alminnelige ulovfestede regelen ble fastlagt i punkt 5.2. Formålet med punkt 5.3 er å belyse de særegenheter som gjør seg gjeldende for offshorefabrikasjon.

Den fremste særegenheten for offshorefabrikasjon er at de aller fleste kontrakter inngås på grunnlag av NF-serien. Kontraktseriens utbredelse medfører at det er praktisk viktig å avklare hva som er NF-seriens regel for vederlagsfastsettelsen. Av den grunn er det først og fremst NF-serien som vil bli studert i punkt 5.3.

NTK 15 art. 26.2 (3) lyder slik:

"Leverandøren har rett til betaling for den del av Arbeidet som er utført og for det materiell og utstyr som overtas etter art. 26.2 første avsnitt, med fradrag av de beløp Selskapet måtte ha tilgode hos Leverandøren."

Ordlyden er lik i alle NF-kontraktene.²³⁵ De samme underspørsmålene melder seg her som i punkt 5.2 jf. punkt 5.2.1. Før det kan vurderes hvordan vederlaget skal fastsettes, må det først vurderes hvilke arbeidsresultater som er vederlagsberettigende. Tvilen i spørsmålet knytter seg til hvorvidt leverandøren har rett til vederlag for arbeidsresultater som ikke er i kontraktsmessig stand på hevingstidspunktet. Dette behandles i punkt 5.3.2. Derneft behandles selve fastsettelsesregelen i punkt 5.3.3.

Det bemerkes at vederlag for at bestilleren får bruke leverandørens materiell og utstyr, slik ordlyden i NTK 15 art. 26.2 (3) gir uttrykk for, ikke vil bli behandlet her. Et slikt vederlag knytter seg ikke til allerede presterte ytelser. I kapittel 6 vil det imidlertid bli drøftet om bestiller på ulovfestet grunnlag har rett til å bruke slike ressurser ved fullførelsen av leveransen etter heving.

Etter reglene for vederlagsfastsettelsen er klarlagt, vil det i punkt 5.3.4 bli drøftet et særspørsmål om tilleggskostnader som følge av at offshorefabrikasjonen fullføres i et land med et høyere kostnadsnivå enn landet leverandørens verft ligger i. Spørsmålet drøftes fordi det er rettslig tvilsomt, og fordi det oppstår som følge av faktiske forhold særegne for offshorefabrikasjon. Også spørsmålet i punkt 5.3.4 blir drøftet på grunnlag av NF-serien.

Det bemerkes at kontraktene om offshorefabrikasjon som *ikke* inngås på grunnlag av NF-serien vil løses slik som i punkt 5.2, likevel med den modifikasjon at kjl. § 38 om prisavslag får direkte anvendelse ved fastsettelsen av fradrag jf. punkt 5.2.3. Det innebærer at for kontrakter om offshorefabrikasjon som ikke benytter en kontrakt i NF-serien vil vederlaget fastsettes ved at alle arbeidsresultater prestert før hevingstidspunktet er vederlagsberettigende. Vederlaget fastsettes med utgangspunkt i fullt vederlag, med fradrag for mangler. Fradraget fastsettes med bruk av prisavslagsbestemmelsen. Som følge av at disse kontraktene faller innenfor kjøpslovens virkeområde jf. punkt 2.2.2 vil imidlertid prisavslaget fastsettes ved bruk av verdireduksjonen manglene har medført.

5.3.2 Hvilke arbeidsresultater skal det fastsettes vederlag for?

I punkt 5.3.2 drøftes spørsmålet om hvilke arbeidsresultater som er vederlagsberettigende etter NTK 15 art. 26.2 (3). Tvilen knytter seg til om "er utført" stiller krav om at et

²³⁵ NF 15 art. 26.2 (3), NTK 15 MOD art. 26.2 (3), NTK 15 MOD&Modul art. 26.2 (3) og NIB 16 art. 26.2 (3).

arbeidsresultatet må være kontraktmessig på hevingstidspunktet for at det skal være vederlagsberettigende jf. punkt 5.3.1.

At arbeidet "er utført" kan forstås på to måter. På den ene siden kan ordlyden forstås slik at det både må ha forekommet en arbeidsinnsats og at arbeidsresultatet må ha blitt kontraktmessig. På den andre siden kan ordlyden forstås å bare stille krav til at en arbeidsinnsats har vært lagt ned, uten at resultatet behøver å ha blitt kontraktmessig.

Når et ord skal tolkes kan det være nyttig å se til hvordan ordet ellers blir brukt i samme dokument. I definisjonen av "Arbeidet" i art. 1.1 er ordet "utført" brukt slik, "alt arbeid som Leverandøren skal utføre eller besørge utført i henhold til Kontrakten". Samtidig står det i art. 1.7 at ferdigattest er det dokumentet bestiller skal utstede "når Arbeidet (...) er utført". Ved denne bruken synes "utført" å vise til at et påtenkt resultat er oppnådd. Dette taler for at ordlyden "er utført" stiller krav om at arbeidets resultat må være kontraktmessig. En slik tolkning av ordlyden ut fra hvordan ordet er brukt i andre artikler i kontrakten er imidlertid ikke av avgjørende betydning. Tvert imot er ordet "utført" et såpass ordinært ord at partene mest sannsynlig ikke har hatt et veldig bevisst forhold til det. I så fall kunne partene med enkelhet skrevet inn en oppklaring på om "utført" i NTK 15 art. 26.2 (3) skal forstås å inneholde et krav til arbeidets resultat. Det kan derfor være mindre grunn til å søke en enhetlig tolkning av akkurat ordet "utført".

Ved ordinær *levering* av offshorefabrikasjon oppstår et lignende problem som ved heving. Når leveransen leveres etter endt tilvirkning kan det være deler av leveransen som ikke er i kontraktmessig stand. Ved ordinær levering er det vanlig å skille mellom arbeid som overhodet ikke er gjort, og arbeid som er mangelfullt. Fullstendig uferdig arbeid frafalles av både bestiller og leverandør, samtidig som mangelsansvar opprettholdes for mangelfullt utført arbeid.²³⁶ Med frafalles menes her at partene frafaller sine retter og plikter til å oppfylle kontrakten knyttet til det fullstendig uferdige arbeidet. Denne rettsvirkning blir ansett for å ha litt ulike rettsgrunnlag ut fra hvilket rettsgrunnlag levering skjer på.²³⁷ Der leverandør kan kreve levering jf. art 19.1 (1) kan det hjemles i at fortsatt arbeid harmonerer dårlig med at leverandør kan kreve at bestiller overtar leveransen. Der bestiller krever levering jf. art. 24.3 må et slikt krav om å få overta leveransen forstås som at bestiller avstår fra å kreve at

²³⁶ Kaasen (2018) s. 524 flg.

²³⁷ Kaasen (2018) s. 526.

leverandør arbeider videre. Dersom partene blir enige om at bestiller skal få leveransen levert må bestillers aksept tas som et frafall av arbeider som ikke er påbegynt.

Ved ordinær levering står partene dermed overfor en problemstilling som ligner problemstillingen i punktet her. Det er klart at fullt ut kontraktmessige arbeidsresultater skal betales for, og det er klart at arbeid som overhodet ikke er påbegynt vil falle bort. Mellom disse ytterpunktene er det imidlertid tvil om hvor grensen nøyaktig går. Hvor går grensen mellom mangelfullt arbeid og arbeid som er uferdig i slik grad at det må anses frafalt? Kaasen antar at det avgjørende for hvilke arbeider som skal anses bortfalt er "om det gir mening å ta vedkommende arbeid ut av kontrakten som ikke utført", og at det ikke er nødvendig med noen skarpere grense enn dette.²³⁸

Det kan være nyttig å se lignende problemstillinger opp mot hverandre. Kontraktens system er sentral ved tolkningen av kontrakter.²³⁹ Med kontraktens system menes at kontrakten antas å utgjør et hele, og at kontraktens vilkår kan ses i sammenheng med hverandre på en slik måte at de sammen utgjør en systematisert helhet. Ved å se lignende problemstillinger opp mot hverandre, kan mulige sammenhenger mellom reglene sikres jf. punkt 2.5.

I både hevings- og leveringssituasjonen må partene se nærmere på hva som er gjort og hva som gjenstår av arbeid. Ved heving skal partene gjennomgå mange av de samme prosedyrene som ved ordinær levering.²⁴⁰ Utfallet ved heving vil kunne være mer forutsigbart for partene om inndelingen ble gjort på samme måte som ved levering. Hevingsoppgjøret vil da kunne lene seg på erfaringer fra normale leveringer. Dette taler for at hva som er "utført" vurderes på samme måte som grensen mellom ikke-utførte og mangelfullt utførte arbeider ved levering. Hensynet til forutsigbarhet kan da tale for at grensen mellom hvilke arbeider det skal betales vederlag for og hvilke arbeider som faller bort skal avgjøres ut fra hvilke "det gir mening å ta (...) ut".

Samtidig er det faktiske forskjeller mellom hevings- og leveringssituasjonen. Det kan derfor være ulike hensyn som gjør seg gjeldende.

²³⁸ Kaasen (2018) s. 525.

²³⁹ Tørum (2019) s. 37-39 og videre s. 128-143.

²⁴⁰ NTK 15 art. 26.2 (1) siste punktum.

Ved bestillers heving er det hensynet til leverandørens arbeidsinnsats på den ene siden og hensynet til at bestiller ikke har fått kontraktmessig ytelse på den andre siden som er den underliggende brytningen. Ved ordinær levering er derimot partene enten enige om å foreta levering, eller så har den ene parten rett til å kreve levering. I den situasjonen har partene for det meste fått kontraktmessig ytelse. Fokuset blir dermed et annet. Ved levering er det underliggende spørsmålet om leverandøren eller bestilleren skal ha ansvaret for å ferdigstille det aktuelle arbeidet. Dette spørsmålet kan partene muligens enes om. Det er ikke sikkert det er noe særlig tap for leverandøren å verken få betalt for eller ha ansvar for noen få gjenstående arbeid. Bestiller kan også se det som mest verdifullt om bestiller får gått videre i det overordnede prosjektet som leveransen skal brukes i. Motsetningsvis er hevingsoppgjøret rettet mot kontraktsbruddene og hvorvidt leverandøren skal få økonomisk kompensasjon for sin innsats. I hevingssituasjonen kan det være ønskelig med en grense som lar seg lettere praktisere i et samarbeidsklima der kontrakten har "gått til grunne".

Grensene bør nok derfor trekkes annerledes i hevingssituasjonen enn i leveringssituasjonen.

I avsnittene ovenfor har NTK 15 art. 26.2 (3) blitt tolket ved bruk av argumenter som er utledet fra kontrakten for øvrig. Etersom dette ikke har gitt tungtveiende argumenter er det nødvendig å utvide perspektivet for tolkningen og se til argumenter som ikke kan utledes fra kontrakten isolert sett.

Ved tolkningen av standardkontrakter kan det være av interesse å se kontrakten i lys av tidligere versjoner.²⁴¹ I de forrige kontraktene i NF-serien var formuleringen den samme for den tilsvarende regelen.²⁴² Før disse brukte kontraktene derimot en litt annen formulering. Leverandøren hadde der krav på betaling for det som "faktisk er utført".²⁴³ Denne ordlyden kan gi inntrykk av at bestiller bare skulle betale for det leverandøren hadde tilvirket riktig. Det er imidlertid svært usikkert hva som kan utledes fra endringen. Endringen kan ha vært en språklig forenkling, men den kan også ha vært gjort for å unngå nettopp inntrykket av at resultatet på arbeidet må være riktig. Av den grunn tillegges endringen ikke nevneverdig vekt.

²⁴¹ HR-2016-1447-A avsnitt 46 – 54.

²⁴² NTK 07 art. 26.2 (3) og NF 07 art. 26.2 (3).

²⁴³ NTK 05 art. 26.2 (3), NF 05 art. 26.2 (3), NTK 2000 art. 26.2 (3), NF 92 art. 26.2 (3) NF 87 art. 26.2 (3).

Høyesterett har lagt til grunn at bakgrunnsretten kan brukes til å tolke kontraktsbestemmelser der disse er uklare.²⁴⁴ Den alminnelige regelen ble klarlagt i punkt 5.2. Løsningen der var at alle arbeidsresultater er vederlagsberettigende så lenge arbeidet ble gjort før hevingen og skulle gjøres ifølge kontrakten, se punkt 5.2.2. Det avgjørende argumentet der var at kontrakten fortsatt skal gjelde for ytelser prestert før heving. Hevingen medfører bare de rettsvirkninger som rettskildene utpeker. Dette synspunktet kan også anvendes på NF-serien. Dersom det ikke er grunn til annet, endrer ikke hevingen den rettslige betydningen av allerede utførte arbeider. At de er mangelfulle, vil da ikke ha den rettsvirkning at arbeidene ikke er vederlagsberettigende.

Det kan argumenteres for at det ville vært enklere å *bare* anse korrekt utførte arbeider som vederlagsberettigende. Hensynet til en forenkling av hevingsoppgjøret taler tydelig i den retningen. En slik regel ville imidlertid kunne føre til at leverandøren ikke får kompensasjon for til dels betydelige, pådratte kostnader. Uten andre holdepunkter enn hensynet til en forenkling av hevingsoppgjøret, virker det ikke overbevisende å legge til grunn en så rigid regel. Riktignok finnes det eksempler på at reglene i NF-serien er nokså rigide, se eksempelvis reglene om endringsordrer i art. 12 – 16.²⁴⁵ Disse reglene er imidlertid designet for å være det. At noen regler i NF-serien er bevisst utformet slik, betyr ikke at de øvrige reglene bør tolkes som ikke-fleksible.

Bestiller kan tenkes å anføre at det bestiller betaler leverandøren for er en kontraktsmessig leveranse. Riktignok er leverandørens evne og innsats i realiteten den hovedsakelige delen av leverandørens ytelse, men leverandørens forpliktelse er til arbeidets resultat. Motsynspunktet er at uansett resultat vil leverandøren ha pådratt seg kostnader med arbeidet. Så lenge kostnadene ble pådratt i saklig sammenheng med kontrakten kan leverandøren anføre at han bør få noe betalt. Hensynet til bestiller kan dermed ikke alene tilsi et avvik fra utgangspunktet om at mangelfulle arbeidsresultater er vederlagsberettigende.

Etter dette fremstår det mest nærliggende å legge til grunn at NTK 15 art. 26.2 (3) og NF-serien må forstås slik at heving ikke endrer den rettslige betydningen av mangler. Alle arbeidsresultater gjort før hevingen er vederlagsberettigende.

²⁴⁴ HR-2016-1447-A avsnitt 46 og 54 flg. Se videre Tørum (2019) s. 162 flg.

²⁴⁵ Kaasen (2018) s. 375-377.

5.3.3 Hvordan skal vederlaget fastsettes for de relevante arbeidene?

Leverandøren har etter NTK 15 art. 26.2 (3) "rett til betaling for" for alle arbeidsresultater produsert før hevingstidspunktet "med fradrag av de beløp Selskapet måtte ha tilgode hos Leverandøren". Spørsmålet er hvordan vederlaget skal fastsettes. Dette kan også formuleres som et spørsmål om betalingsforpliktelsens omfang.

Ordlyden "rett til betaling (...) med fradrag" i NTK 15 art. 26.2 (3) tilsier at vederlaget etter NTK 15 skal fastsettes gjennom to steg. Formuleringen gir en tydelig indikasjon på at vederlaget skal fastsettes ved at det først må klarlegges hva som er betalingsforpliktelsens utgangspunkt, deretter må det fastsettes hvor mye bestiller kan kreve fradrag for.

Først skal det klarlegges hva som er betalingsforpliktelsens utgangspunkt.

Betalingsforpliktelsens utgangspunkt kan tenkes å måtte skje etter en særskilt regel for hevingsoppgjøret. "[R]ett til betaling" kan forstås slik "krav på vederlag" forstås i NS-kontraktene, se punkt 5.2.3. Der betaler byggherren fullt vederlag for kontraktsmessig arbeidsresultater. Ved mangelfulle arbeidsresultater fastsettes vederlaget etter en forholdsmessighetsvurdering av graden av kontraktsmessighet. Når det imidlertid, i motsetning til NS-kontraktene, er avtalt i NTK 15 art. 26.2 (3) at det skal gjøres "fradrag" i leverandørens "rett til betaling", taler ordlyden i bestemmelsen tydelig for at eventuelle innsigelser til vederlaget, for eksempel mangler ved arbeidsresultatene, må bygge på andre regler, og at hevingsoppgjøret ikke gir noen særskilt regel om vederlagsfastsettelsen, men at betalingsforpliktelsen må ta utgangspunkt i det fulle, avtalte vederlaget. En slik tolkning er også i tråd med den alminnelige regelen lagt til grunn i punkt 5.2. Som påpekt i punkt 5.2 og punkt 5.3.2 er utgangspunktet at kontrakten enda gjelder for ytelser prestert før hevingen. Utgangspunktet for betalingsforpliktelsen etter NTK 15 må derfor være at bestiller skal yte fullt vederlag for alle vederlagsberettigende arbeidsresultater.

I det videre må det fastsettes hvor mye bestiller kan kreve fradrag for.

Ordlyden "med fradrag av de beløp Selskapet måtte ha tilgode hos Leverandøren" i NTK 15 art. 26.2 (3) gir ingen holdepunkter for hvordan fradragene skal fastsettes, men henviser til eventuelle tilgodehavende etter øvrige regler. Bestemmelsen gir grunnlag for at mulige pengekrav kan komme til fradrag i vederlaget, men hvorvidt det er grunnlag for et slikt pengekrav må avgjøres etter øvrige regler.

Mot en slik tolkning kan det anføres at ordlyden om at det er "de beløp Selskapet måtte ha tilgode" som skal komme til fradrag kan forstås å henvise til krav som allerede er pådratt ved hevingen. Før hevingen vil bestiller ikke ha pådratt seg utbedringskostnader som kan kreves erstattet. Med en slik tolkning av NTK 15 art. 26.2 (3) vil bestiller ikke kunne kreve fradrag i vederlaget for slike kostnader. En slik innvending imøtegås imidlertid av NTK 15s regler om sluttoppgjør. Ved heving skal ferdigattest utstedes jf. art. 26.2 (1). Når ferdigattest utstedes skal leverandøren utarbeide forslag til sluttoppgjør jf. art. 20.5. Forslaget "skal inneholde en oppstilling over det endelige vederlag for Arbeidet og alle krav Leverandøren vil gjøre gjeldende samt fradrag for eventuell dagmulkt og andre beløp som Selskapet måtte ha til gode." Denne ordlyden uttrykker tydelig at det etter NTK 15 er avtalt en rett for bestiller til å gjøre fradrag i vederlaget for alle eventuelle krav.

Siden NTK 15 art. 26.2 (3) gir bestiller rett til å gjøre fradrag i vederlaget for alle tilgodehavende, vil alle eventuelle pengekrav gjøres til en del av vederlagsfastsettelsen under NTK 15. En gjennomgang av alle slike tenkelige krav vil kreve en omfattende redegjørelse uten at *rettsvirkningene* av heving vil bli nevneverdig mer belyst. For å holde analysen fokusert på avhandlingens tema jf. punkt 1.1 vil det i analysen her bare bli redegjort for bestillers mulighet til å kreve erstatning for mangler. Videre vil et særspørsmål knyttet til rettingskostnadene bli analysert i punkt 5.3.4. For øvrig henvises det til at bestiller kan kreve erstatning, og dermed fradrag, for ulike tap knyttet til forsinkelser, mangler og "annet kontraktsbrudd" jf. NTK 15 art. 26.3 bokstav a og b. Adgangen til å la disse pengekravene gå til fradrag i vederlagskravet må imidlertid ses i sammenheng med art. 32.1 og 32.2. Etter art. 32.1 (1) er alt erstatningsansvar etter kontrakten avgrenset mot indirekte tap. I art. 32.2 er det inntatt en globalansvarsbegrensning som fastsetter en øvre grense for leverandørens samlede erstatningsansvar etter kontrakten. Selv om bestiller har en vid adgang til å kreve fradrag i vederlaget ved heving, er bestillers mulighet etter NTK 15 til å kreve erstatning i realiteten ganske begrenset sammenlignet med erstatningsansvaret etter bakgrunnsretten, sammenlign kjøpsloven § 67.

Videre skal det redegjøres for bestillers mulighet til å kreve erstatning for eventuelle mangler ved arbeidsresultatene etter NTK 15.

I motsetning til kjøpsloven og den ulovfestede bakgrunnsretten jf. punkt 5.2.3 har NTK 15 ingen prisavslagsbestemmelse. Som nevnt i punkt 4.2.3 er det i NTK 15 art. 24.4 og 25.5 inntatt såkalte "sole remedy"-klasuler. Det følger av NTK 15 art. 25.5 at "[d]et som er fastlagt

i art. 25 og 26, er Selskapets eneste beføyelser mot Leverandøren for mangler". Denne ordlyden tilsier at NTK 15 ikke kan utfylles med en prisavslagsregel etter bakgrunnsretten.

I NF-serien er utbedringskrav den primære beføyelsen mot mangler, erstatningskrav for kostnadene ved å rette mangler kan bare kreves subsidiært, se NTK 15 art. 25.2 (1) jf. art. 25.3 (1). Erstatningskrav for kostnadene ved å rette mangler er betinget av at leverandøren ikke "[k]an" utbedre mangelen "innen rimelig tid" jf. NTK 15 art. 25.3 (1). Ordlyden taler for at bestiller bare kan kreve erstatning for rettingskostnadene ved mangelen der leverandøren ikke kan utbedre innen en viss tidsfrist. Dette kan forstås som at leverandøren også har rett til å forsøke utbedringen etter hevingen. Det er imidlertid et helt sentralt poeng med heving at leverandørens arbeid på leveransen skal stanses, se kapittel 3. Leverandøren har allerede utvist hevingsbetingende atferd. I hevings situasjon kan det ikke da stilles krav om at leverandøren får muligheten til å forsøke å utbedre mangelen. Bestiller må kunne gå rett til å kreve erstatning for rettingskostnadene.²⁴⁶

Riktignok har bestiller etter art. 25.3 (2) en rett til å kreve erstatning for rettingskostnadene beregnet etter endringsordrerreglene dersom bestiller "ikke vil" at leverandøren skal utføre utbedringsarbeidet. Som påpekte av Kaasen vil imidlertid disse ofte gi en lavere pengesum enn de faktiske utbedringskostnadene.²⁴⁷ Ved heving må derimot, som nevnt, vilkårene for å kreve erstatning for de reelle utbedringskostnadene jf. art. 25.3 (3) være oppfylt. Bestiller behøver følgelig ikke påberope seg art. 25.3 (2).

Oppsummert skal vederlaget under NTK 15 og NF-serien fastsettes med utgangspunktet i fullt vederlag for alle arbeidsresultater. Bestiller kan imidlertid gjøre fradrag i vederlaget for eventuelle pengekrav mot leverandøren. Et av de fradragene bestiller kan gjøre, er for kostnader ved å rette mangler ved arbeidsresultatene.

5.3.4 Særspørsmål om rettingskostnadene ved offshorefabrikasjon

5.3.4.1 Oversikt over punkt 5.3.4

Som vist i punkt 5.3.3 kan bestiller kreve fradrag for rettingskostnadene ved vederlagsfastsettelsen ved heving av offshorefabrikasjon som bygger på NF-serien. Som det

²⁴⁶ Kaasen (2018) s. 708 forstås slik at han anser det som selvfølgelig at leverandør ikke har rett til å forsøke å rette mangler ved heving.

²⁴⁷ Kaasen (2018) s. 714.

straks vil bli vist gjelder det visse grenser for hvilke rettingskostnader bestiller kan kreve. I punkt 5.3.4 drøftes ett spesielt tilfelle opp mot disse grensene – forhøyede rettingskostnader som følge av at bestiller fullfører leveransen i et land med et høyere kostnadsnivå enn landet leverandørens verft ligger i. Spørsmålet det skal tas stilling til er i hvilken grad bestiller kan kreve at leverandøren dekker de nevnte kostnadene ved heving.

Årsaken til at det utvalgte spørsmålet studeres er fordi det er nokså særegent for kommersiell tilvirkning, og fordi det er særlig praktisk for offshorefabrikasjon. Offshoreinstallasjoner tilvirkes ofte i andre land enn Norge. Flere av verdens største verft ligger i Sør-Korea. Eventuelle utbedringer etter heving kan imidlertid utføres i Norge. I Norge kan kostnadsnivået være høyere enn der leveransen opprinnelig ble bygget. Kan bestiller kreve at en leverandør i et annet land dekker tilleggskostnadene av at arbeidet rettes i Norge? Siden de fleste kontrakter om offshorefabrikasjon inngås på grunnlag av kontrakter i NF-serien, vil spørsmålet bli drøftet med utgangspunkt i kontraktene der.

NTK 15 art. 25.3 (1) lyder slik:

"Kan ikke Leverandøren utbedre en mangel innen rimelig tid etter at han fikk melding om den, har Selskapet rett til selv å utbedre mangelen eller å la en Tredjemann gjøre dette. I så fall skal Leverandøren betale nødvendige omkostninger ved utbedringen, forutsatt at Selskapet går frem på rimelig måte."

Ved heving har ikke leverandøren rett til å forsøke å rette mangelen, se punkt 5.3.3. I et slik tilfelle følger det av ordlyden i NTK 15 art. 25.3 (1) at bestiller har rett til å kreve omkostninger dekket av leverandøren. For at bestiller skal kunne kreve omkostningene dekket må de imidlertid være "nødvendige", forutsatt at bestiller "går frem på rimelig måte". Ordlyden oppstiller her ulike vurderingstema knyttet til om bestiller kan kreve kostnadene dekket. For å ta stilling til om bestiller kan kreve dekket fordyrelsen av å rette leveransen i Norge, må det først klarlegges hva som er forholdet mellom "nødvendige omkostninger" og en "rimelig" fremgangsmåte. I punkt 5.3.4.2 drøftes dette. Deretter, i punkt 5.3.4.3, vil det aktuelle vurderingstemaets innhold bli analysert med sikte i hvilken grad bestiller kan kreve den omtalte fordyrelsen dekket av leverandøren.

5.3.4.2 Forholdet mellom "nødvendige omkostninger" og en "rimelig fremgangsmåte"

Det er "nødvendige omkostninger ved utbedringen, forutsatt at Selskapet går frem på rimelig måte" bestiller kan kreve dekket, ifølge art. 25.3 (1), se punkt 5.3.4.1. Denne ordlyden oppstiller noen vurderingstema for om bestiller kan kreve rettingskostnadene dekket. Spørsmålet her er hva som er forholdet mellom "nødvendige omkostninger" og en "rimelig fremgangsmåte".

I Balder-dommen var det, blant annet, spørsmål om forståelsen av to bestemmelser om kostnadene knyttet til arbeid bestilleren av en FPSO måtte besørge utført. Bestemmelsene omtalte "necessary and reasonable costs incurred by the Buyer" og "the necessary costs of rectification, provided Buyer acts in a reasonable manner".²⁴⁸ Tingretten fant at formuleringene ga anvisning på en "skjønnsmessig totalvurdering".²⁴⁹

Balder-dommen er en tingrettsdom. Den har derfor ingen nevneverdig vekt som rettskilde.²⁵⁰ Ordlyden i NTK 15 art. 25.3. (1) kan imidlertid forstås på tilsvarende måte som bestemmelsene i Balder-dommen. "[N]ødvendige" og "rimelig" kan forstås som én vurdering. Ved en slik tolkningen blir spørsmålet om bestiller kan kreve fordyrelsen dekket en "skjønnsmessig totalvurdering".

NTK 15 art. 25.3 (1) gir imidlertid etter sin ordlyd anvisning på to ulike vurderingstemaer. Språklig sett stiller bestemmelsen krav om at omkostningene bestiller krever dekket generelt må være "nødvendige", samtidig som bestillers fremgangsmåte må være "rimelig".

Omkostninger knyttet til måten bestiller "går frem på" vil normalt oppfattes å rette seg mot hvordan bestiller anskaffer utbedringen. Formuleringen leder tanken i retning av kostnader som følge av hvem bestiller benytter til å utføre arbeidet, og hvordan bestiller ellers behandler prosessen rundt rettingen. Bestiller kan ikke fordyre anskaffelsen med rot. Kravet om "rimelig" er også etter sin ordlyd et lempeligere krav enn et krav om det "nødvendige". Ordlyden taler derfor for at bestemmelsen må forstås å oppstille et lempeligere krav til kostnader som følge av bestillers fremgangsmåte, enn kostnader ved rettingen for øvrig.

²⁴⁸ TSTAV-1998-401 (Balder) s. 456 flg.

²⁴⁹ TSTAV-1998-401 (Balder) s. 474-475.

²⁵⁰ Slik også Skoghøy (2018) s. 227.

Riktignok vil vurderingstemaene etter sin ordlyd til dels kunne overlappe. Formuleringen "nødvendige omkostninger ved utbedringen" kunne regulert alle kostnader som pådras ved rettingen. At avtaleskriverne ikke satte punktum etter disse ordene, men fortsatte setningen, gir imidlertid inntrykk av at de har forsøkt å regulere noe mer enn det den første formuleringen uttrykker. Det må antas at avtaleskrivernes intensjon med å skrive inn kravet til bestillers fremgangsmåte var å tilføye noe til den reguleringen de allerede hadde skrevet.

Høyesterett har i flere dommer fremhevet at reelle hensyn kan ha betydning for tolkningen av standardkontrakter.²⁵¹ En tolkning som skiller mellom kostnadene knyttet til hvilket arbeid som utføres og kostnadene knyttet til bestillers fremgangsmåte kan være hensiktsmessig. I vurderingen av hva som er "rimelig" er det rom for flere hensyn enn de helt nødvendige. Dersom bestiller har to alternative verft som kan utføre rettingsarbeidet ville et kriterium til kostnadene som "nødvendige" tvinge vurderingen langt i retning av spørsmål om hvilket verft som kan gjøre arbeidet billigst mulig. Hva som er "rimelig" gir derimot rom for at bestiller kan velge et dyrere verftet dersom verftet fremstår mer sannsynlig å lykkes med oppdraget. Med ulike krav til de ulike sidene ved kostnadene blir vurderingstemaet mer spisset inn mot den konkrete situasjonen enn ved en "skjønnsmessig totalvurdering".

Både ordlyd og hensiktsmessighetshensyn taler etter dette for at NTK 15 art. 25.3 (1) har ulike krav til omkostninger ved arbeidet og omkostninger knyttet til bestillers fremgangsmåte. Det foreligger ikke tungtveiende motargumenter. Det legges derfor til grunn at "nødvendige omkostninger" er et generelt krav til rettingskostnadene bestiller vil kreve erstattet. Kravet til at bestiller "går frem på rimelig måte" må imidlertid forstås som en særregulering av forhold ved kostnadene som knytter seg til valgene som leder frem til hvilke arbeider som skal utføres. Spørsmålet om hvilket verft som skal utføre arbeidene er blant de mest sentrale valgene bestiller gjør frem til arbeidets påbegynnelse.²⁵² Det legges derfor til grunn at fordyrelsen skal vurderes opp mot vurderingstemaet for bestillers fremgangsmåte.

Om bestiller kan kreve dekket kostnader ved retting som følge av at den utføres i et land med et høyere kostnadsnivå enn landet leverandørens verft ligger i, beror på om bestiller går frem på "rimelig måte" ved valg av verft.

²⁵¹ Se HR-2020-228-A avsnitt 50 jf. Rt. 2014 s. 520 avsnitt 26 jf. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

²⁵² Kaasen (2018) s. 680 ser ut til å forutsette i fotnote 30 at nettopp valg av hvem som skal utbedre og til hvilken pris er slikt som faller inn under vurderingen.

5.3.4.3 I hvilken grad går bestiller frem på "rimelig måte" hvis bestiller velger å rette leveransen i et land med et høyere kostnadsnivå enn landet leverandørens verft ligger i?

Spørsmålet er i hvilken grad bestiller går frem på "rimelig måte" hvis bestiller velger å rette leveransen i et land med et høyere kostnadsnivå enn landet leverandørens verft ligger i jf. NTK 15 art. 25.3 (1) jf. punkt 5.3.4.2.

Hva som er å gå frem på "rimelig måte" vil normalt måtte vurderes ut fra situasjonen. Ordlyden åpner for en bred, skjønnsmessig vurdering. Utover dette gir den liten veiledning.

Kontraktenes system er sentral ved tolkningen av standardkontrakter.²⁵³ NTK 15 gir imidlertid – naturlig nok – liten veiledning i hva som er en "rimelig måte" ved valg av verft. Kontrakten har heller ikke regler som indirekte gir uttrykk for en tankegang som enkelt kan overføres til et slikt valg.

Når NTK 15 gir få holdepunkter for hvordan "rimelig måte" skal forstås i art. 25.3 (1), kan tolkningen hente momenter fra regler i bakgrunnsretten.²⁵⁴

Det finnes flere lovfestede regler om at realdebitor plikter å dekke realkreditors utbedringskostnader innenfor det rimelige og forsvarlige.²⁵⁵ Begrensningene som gjelder for slike krav er nærliggende å se som en del av kreditorers alminnelige tapsbegrensningsplikt.²⁵⁶ Dette er en generell plikt fastsatt på bakgrunn av en tanke om rettferdighet, rimelighet og et ønske om å motvirke sløsing.²⁵⁷ Tapsbegrensningsplikten kan igjen ses som en del av kontraktspartenes lojalitetsplikt overfor hverandre.²⁵⁸ Munukka fremhever at tapsbegrensningspliktenes funksjon først og fremst er "kasualitetsregulerende". Med dette menes at kreditor ikke kan kreve tap dekket av debitor som først og fremst er en følge av kreditors frie valg. Spørsmålet er likevel, ifølge han, ikke om kreditor *kunne* unnveket

²⁵³ Se blant annet HR-2020-228-A avsnitt 62 forutsetningsvis og HR-2016-1447-A avsnitt 43.

²⁵⁴ Slik lagt til grunn generelt i HR-2016-1447-A avsnitt 46. Se generelt Tørum (2019) s. 144 flg.

²⁵⁵ Se blant annet kjl. § 34 (3), buofl. § 33, hvtjl. § 25 og avhl. § 4-10 (4).

²⁵⁶ Se blant annet skl. § 5-1 nr. 2, kjl. § 70 (1), buofl. §§ 19 (3) og 36 (2), hvtjl. § 30 (2) og avhl. § 7-2. Tapsbegrensningsplikten finnes også i modellreglene, se UPICC art. 7.4.8, DCFR III. – 3:705 og PECL art. 9.504. Se også Hagstrøm (2011) s. 580 flg.

²⁵⁷ Hagstrøm (2011) s. 581.

²⁵⁸ Fra en svensk-komparativ analyse, se Juri Munukka, *Kontraktuell Lojalitetsplikt*, Stockholm 2007 s. 167-170.

kostnaden, men om det var *rimelig* å unngå den i den foreliggende situasjonen.²⁵⁹ Dette gir imidlertid ikke mer veiledning enn ordlyden i NTK 15 art. 25.3 (1).

Med en slik mangel på andre rettskilder som belyser hva som er "rimelig" fremgangsmåte i NTK 15 art. 25.3 (1), vil reelle hensyn få en mer fremtredende plass ved tolkningen.

Ved heving vil bestillers situasjon kunne være veldig presset. Offshorebransjen kan være en ekstremt lønnsom bransje. Samtidig krever det store investeringer i lang tid før bestiller vil kunne få avkastning. På hevingstidspunktet er problemet at bestiller allerede vil ha gjort store investeringer, samtidig som inntektene fullstendig uteblir. Et havarert prosjekt kan lede til "eksorbitante" tap.²⁶⁰ Det kan også være vanskelig å finne et verft som på kort varsel kan ta over arbeidet. Dessuten er det ikke alle verft som vil være interessert i å påta seg den risikoen det innebærer å påta seg å fullføre en annen leverandørs arbeid.²⁶¹ Presset som bestiller er under taler for at det er "rimelig" å gi oppdraget til et verft raskt, selv om rettingskostnadene blir høyere.

På den andre siden, selv om det er leverandøren som har forårsaket at leveransen må utbedres, er det ikke rimelig at leverandøren skal dekke store tilleggskostnader hvis de kunne vært unngått. Hvis leverandøren som opprinnelig ble valgt holdt til i et land med lavt kostnadsnivå, bør bestiller primært søke å finne et verft med samme kostnadsnivå som kan utføre rettingen. Valget av verft ved avtaleinngåelsen kan sies å innebære et slags valg av kostnadsnivå. Hvis bestiller opprinnelig valgte å få leveransen tilvirket ved et billigere verft, må dette legge føringer for hva som er rimelig fremgangsmåte ved valg av verft til å fullføre leveransen. Hensynet til leverandøren taler for at det skal nok så stor overvekt av andre hensyn til for at det vil være rimelig å velge et verft hvis kostnadsnivå er markant høyere enn leverandørens, hvis det finnes et alternativ med et kostnadsnivå nærmere leverandørens.

Hvorvidt bestiller går frem på "rimelig måte" jf. NTK 15 art. 25.3 (1) beror etter dette på meget konkrete vurderinger. Sentralt står fordyrelsens omfang, holdt opp mot sannsynligheten for at arbeidet kan utføres ved det rimeligere alternativet. Foruten sannsynligheten for at leverandøren lykkes, kan det også ses hen til om bestiller kan spare andre utgifter ved å

²⁵⁹ Munukka (2007) s. 167.

²⁶⁰ Ved omtalen av globalbegrensningen i NTK 15 art. 32.2 omtaler Kaasen (2018) s. 852 muligheten for tap som "det eksorbitante ansvar leverandøren (...) kunne tenkes å komme opp i".

²⁶¹ Slik også for entrepriser, se Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 359-360.

umiddelbart frakte leveransen til Norge. Det å utbedre leveransen i Norge fremfor eksempelvis Sør-Korea kan opptil triple kostnadene. Det er en voldsom fordyrelse. En så stor fordyrelse vil nok bare være rimelig der det dyrere verftet fremstår som det eneste alternativet. Et verft som er litt dyrere enn de andre alternativene må derimot kunne aksepteres dersom valget ellers har gode, rasjonelle grunner for seg.

Drøftelsen har vist at betraktningene som er avgjørende for tolkningen av NTK 15 art. 25.3 (1) for det meste er slutninger som kunne vært utledet fra en alminnelig tapsbegrensningsplikt. Av den grunn er det også nærliggende å anta at de samme betraktningene vil gjøre seg gjeldende for eventuelle andre typer kommersielle tilvirkninger som skjer over landegrenser der tilsvarende problemstillinger måtte oppstå. Også der tilvirkningen av skip, tog eller dataprogrammer heves og må fullføres et annet sted vil vurderingen av hva bestiller kan kreve at leverandøren dekker måtte vurderes ut fra hvilke alternativer bestiller har.

5.4 Fastsettelsen av vederlaget ved IT-utvikling

Spørsmålet her er hvordan bestillers vederlag skal fastsettes ved heving av kontrakter om IT-utvikling.

IT-utvikling har ikke en like etablert kontraktspraksis som offshorefabrikasjon. Det finnes ingen kontrakter med en tilsvarende posisjon som NF-serien. Rettskildebruken vil derfor ikke være konsentrert om én standardkontrakt.

I punkt 5.2.1 ble det skissert to delspørsmål under spørsmålet om fastsettelsen av vederlaget. Det ene er om hvilke arbeidsresultater som er relevante for vederlagsopptjening. Spørsmålets tvil knytter seg til om leverandøren er berettiget til vederlag for mangelfulle arbeidsresultater. Det andre spørsmålet er om hvordan vederlaget skal fastsettes. I det videre må begge disse delspørsmålene undersøkes.

Den alminnelige regelen for de nevnte spørsmålene ble klarlagt i punkt 5.2. Der ble det lagt til grunn at leverandøren har rett til betaling for alle arbeidsresultater som er gjort før heving og som skulle gjøres i henhold til kontrakten. Eventuelle mangler ved arbeidene diskvalifiserer dem ikke for vederlagsopptjening. Vederlaget fastsettes med utgangspunkt i fullt vederlag for alle arbeidsresultater produsert før hevingen, med fradrag for eventuelle mangler. Fradraget fastsettes ved bruk av prisavslag, som på ulovfestet grunnlag gir rett til rettingskostnadene. Den skisserte fremgangsmåten for fastsettelsen av vederlaget må legges til grunn også for IT-

utvikling, med mindre det foreligger særskilt grunnlag for at fremgangsmåten er annerledes for denne kontraktstypen.

SSA-T art. 14 fastsetter at ved heving uten restitusjon skal bestiller "betale avtalt vederlag for ytelser som var prestert før hevingstidspunktet med fradrag av prisavslag". Denne ordlyden passer vederlagsfastsettelsen etter den alminnelige regelen, foruten at prisavslag etter SSA-T fastsettes ut fra verdireduksjonen, se art. 11.5.3.

PS2000 art. 6.4.2.1 fastsetter at leverandøren "har krav på betaling for de deler av Leveransen som er dokumentert utført" ved heving. Selv om ikke hevingsbestemmelsen henviser til den, kan det nevnes at kontrakten har en bestemmelse om prisavslag der leverandøren ikke utbedrer en mangel, se art. 6.1.2.2 (2). Prisavslaget fastsettes ved verdireduksjonen.

Som nevnt i punkt 4.3 må IKT-Norges utviklingsavtale antas å legge til grunn restitusjon. Kontrakten må derfor holdes utenfor her.

Gjennomgangen har vist at SSA-T og PS2000 har ganske tilsvarende regler.

SSA-T og PS2000 synes ikke å gi uttrykk for regler som avviker fra den alminnelige regelen, foruten fremgangsmåten for fastsettelsen av fradrag. Begge kontraktene bruker her prisavslag i form av verdireduksjon. Dette i motsetning til tilvirkning for øvrig.²⁶²

Det fremstår da ikke som at bransjen har sett behov for at IT-utvikling skal ha en fremgangsmåte for fastsettelse av bestillers vederlag som skiller seg vesentlig fra måten vederlaget fastsettes på ellers. Det eneste som fremstår uklart, er om det på grunnlag av SSA-T og PS2000 må antas at fradragene for manglene skal fastsettes etter verdireduksjonen. Spørsmålet om hvordan prisavslag skal utmåles er som nevnt i punkt 5.2.3 et spørsmål med bredere nedslagsfelt enn hevingsoppjøret. Det er derfor relevant at også IKT-Norges utviklingsavtale fastsetter prisavslag etter verdireduksjonen, se art. 9.2 (5).

Som nevnt er det ingen kontrakter på området for IT-utvikling som er dominerende. At alle standardkontraktene innen IT-utvikling benytter prisavslag etter verdireduksjonen taler imidlertid med tyngde for at bransjen anser en slik prisavslagsmodell som hensiktsmessig.

²⁶² Med unntak av offshorefabrikasjon som ikke bygger på NF-serien, se punkt 5.3.1 jf. punkt 5.2.3.

Det er imidlertid uklart hva som er begrunnelsen for at kontraktene har valgt verdireduksjon som modell for prisavslag. En mulighet er at det i bransjen er en oppfatning om at prisavslag bør fastsettes etter verdireduksjonen. Som påpekt i punkt 5.2.3 vil det imidlertid være vanskelig å verdsette ting som er spesialutviklet for bestillers behov. Hvordan en programvare som er særskilt utviklet for bestiller skal verdsettes er ikke enkelt å forestille seg. Hvilken verdireduksjon mangelen medfører blir da vanskelig å beregne. Det er dessuten nokså sikkert at en mangelfull programvare må utbedres for å fungere. Rettingskostnader vil forekomme. Uten ytterligere holdepunkter er det da vanskelig å anta at prisavslag fastsatt etter verdireduksjonen er en særlig god regel innen IT-utvikling. Siden det ikke kan pekes på konkrete hensyn i favør verdireduksjon som prisavslagsmodell, utenom at standardkontraktene faktisk har en slik regel, må derimot hensynene i favør rettingskostnader som prisavslagsmodell veie tyngre.

Det antas etter dette at vederlaget ved heving av IT-utvikling skal fastsettes slik som etter den alminnelige ulovfestede regelen jf. punkt 5.2. Vederlaget fastsettes med utgangspunkt i fullt vederlag for alle arbeidsresultater produsert før hevingen, med fradrag for rettingskostnadene ved eventuelle mangler.

6 Tillegg til alternativet – bestillers krav på å bruke leverandørens ressurser

6.1 Oversikt over kapittel 6

I kapittel 6 drøftes spørsmålet om bestiller etter heving kan kreve å bruke leverandørens ressurser for å fullføre leveransen i kommersielle tilvirkningskontrakter der heving ikke medfører restitusjon av presterte ytelser. Med ressurser menes her noe som kan benyttes til å fullføre tilvirkningen. Eksempler på ressurser er materialer, produksjonsutstyr, herunder maskiner og andre mekaniske innretninger, og dokumenter, herunder planer og spesifikasjoner.

I kapittel 5 ble alternativet til restitusjon drøftet. Essensen i kapittelet var at kontrakten fortsatt gjelder for ytelser prestert før hevingstidspunktet, kontrakten har regler om vederlag og beføyelser for mangler, og heving gjør ingen endring i disse reglers anvendelse på mangelfulle arbeidsresultater. I dette kapittelet vendes perspektivet mot bestillers fullføring av leveransen etter hevingen. Etter hevingen vil bestiller ofte ønske å fullføre den påbegynte tilvirkningen. Arbeidet kan fullføres enten på egen hånd eller med hjelp fra en annen leverandør. En slik overtakelse underveis i arbeidet vil kunne medføre vesentlige fordyrelser sammenlignet med prisen på den opprinnelige tilvirkningskontrakten. Hvis bestiller kan benytte leverandørens ressurser, kan det imidlertid lede til at noen kostnader unngås.

I kapittel 6 drøftes, slik som i kapittel 5, spørsmål som bare gjør seg gjeldende for kontrakter der heving ikke medfører restitusjon. Som påpekt i punkt 5.1 vil heving for de fleste kommersielle tilvirkningskontrakter medføre at presterte ytelser skal restitueres. Drøftelsene i kapittel 6 vil, slik som kapittel 5, bare være relevante for en snever gruppe kontrakter. Disse kontraktene er offshorefabrikasjon og kontrakter som faller utenfor kjøpslovens virkeområde. Kontrakter om IT-utvikling utgjør de fleste kontrakter som faller utenfor kjøpslovens virkeområde, se punkt 2.2. I tillegg til IT-utvikling vil det være enkelte kontrakter der kjøpsloven ikke er anvendelig fordi bestiller skal levere en vesentlig andel materialer eller fordi leverandøren skal utføre en overveiende andel tilleggsarbeider, se henholdsvis punkt 2.3 og punkt 2.4. Årsaken til at spørsmålene drøftes er fordi det er rettslig tvil om dem, og fordi kommersiell tilvirkning på dette punktet skiller seg fra alle andre kontraktstyper.

I likhet med kapittel 5 vil kapittel 6 også være relevant for kontrakter som fastsetter at heving ikke skal medføre restitusjon, uten å spesifisere om hevingen har noen annen rettsvirkning for presterte ytelser.

Som nevnt i punkt 4.2.3, og gjentatt i punkt 4.3 og punkt 5.2.1 flg., medfører heving ikke restitusjon av presterte ytelser i entrepriseforhold. Byggherren overtar derimot byggverket slik det er ved heving. Ofte vil byggherren ønske å ferdigstille entreprisen. Det oppstår da en tilsvarende problemstilling i entrepriseforholdet som for kommersiell tilvirkning; kan byggherren kreve å bruke entreprenørens ressurser i ferdigstillingen av arbeidet? Situasjonen mellom byggherre og entreprenør ligner dermed situasjonen mellom bestiller og leverandør. I begge situasjoner er det tale om å overta en meget kompleks og kostbar ytelse midt i utviklingen. Hvordan entrepriseretten løser denne problemstillingen redegjøres for i punkt 6.2.

Selv om det er flere faktiske likheter mellom entrepris og kommersiell tilvirkning, er det for spørsmålene som drøftes i dette kapittelet noen vesentlige faktiske ulikheter. Som punkt 6.2 vil vise står selve byggeplassen sentralt i entrepriserettens løsning. I motsetning til i entrepris eier som regel ikke bestilleren av kommersiell tilvirkning byggeplassen. Dette kan medføre at ulike hensyn gjør seg gjeldende innenfor tilvirkning enn entrepris. Før det i punkt 6.4 kan drøftes hvorvidt bestiller av kommersiell tilvirkning kan kreve å bruke leverandørens ressurser, bør det tas stilling til om bestiller kan kreve å bruke leverandørens byggeplass. Om bestiller kan kreve slik bruksrett drøftes i punkt 6.3. Drøftelsene i punkt 6.3 vil stå sentralt for hvor langt det i punkt 6.4.2 kan legges vekt på analogislutninger fra entrepriserettens regler jf. punkt 6.2.

6.2 Byggherrens bruksretter til entreprenørens ressurser

I punkt 6.2 redegjøres det for entrepriserettens løsning på problemstillingen skissert i punkt 6.1. Spørsmålet er hvorvidt byggherren kan kreve å bruke entreprenørens ressurser til å ferdigstille entreprisen etter heving.

I NS 8405 art. 39.2 (4) er det inntatt følgende bestemmelse:

"Dersom byggherren hever, har han rett til å bruke entreprenørens stillaser, maskiner, redskaper eller andre innretninger og materialer som er bestemt til utførelsen, og som befinner seg på byggeplassen når entreprenøren mottar hevingserklæringen.

Byggherren har også rett til å få utlevert tegninger og andre dokumenter som

entreprenøren har rett til å disponere over, og benytte disse til å fullføre kontraktarbeidet."

NS 8407 art. 46.2 (4) har en likelydende bestemmelse, bortsett fra at entreprenøren omtales som totalentreprenør.

Ordlyden skiller mellom stillaser maskiner, redskaper eller andre innretninger og materialer på ene siden (heretter forkortet til produksjonsutstyr og materialer), og ulike dokumenter på den andre siden. Samlet utgjør produksjonsutstyr, materialer og dokumenter det som her benevnes som ressurser. For at byggherren skal ha bruksretter til disse ressursene må det være byggherren som hever kontrakten. I tillegg til dette oppstiller bestemmelsen ulike vilkår for bruksrett til de ulike gjenstandene. For å kunne vurdere om det innen kommersielle tilvirkningskontrakter kan oppstilles slike rettsvirkninger ved heving som de bruksrettene som entrepriseretten her oppstiller, er det nødvendig å nærmere studere hvilke vilkår entrepriseretten stiller til disse rettsvirkningene. Vilkårene gjennomgås i det følgende.

Byggherren kan bare kreve å bruke "entreprenørens" produksjonsutstyr og materialer. Denne ordlyden trekker i retning av at entreprenøren må ha en rett til gjenstandene. I teorien er det lagt til grunn at bestemmelsen både omfatter produksjonsutstyr og materialer som entreprenøren eier, og som han leier.²⁶³ For dokumentene er ordlyden utformet annerledes, det er bare dokumenter som entreprenøren "har rett til å disponere over" som omfattes. Språklig sett synes det imidlertid ikke å bli gitt uttrykk for noe vesentlig annerledes enn med ordlyden "entreprenørens".

Det er bare produksjonsutstyr og materialer som er "bestemt til utførelsen" som byggherren kan kreve å bruke. Denne ordlyden oppstiller et vilkår om at gjenstandene før hevingen må være ment å skulle benyttes i entreprisen. For dokumentene byggherren kan gjøre krav på, gir ikke ordlyden uttrykk for en lignende begrensning. Sett hen til at formålet med bestemmelsen er å holde kostnadene med fullføringen av entreprisen nede, er det imidlertid vanskelig å se at byggherrens krav ikke skulle være begrenset til dokumenter som har saklig sammenheng med utførelsen av entreprisen, særlig når disse kan inneholde forretningshemmeligheter. Derfor må

²⁶³ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 689.

det nok antas at også byggherrens krav på dokumenter er begrenset til dokumenter som skulle brukes i utførelsen av entreprisen.

Til sist kan byggherren bare kreve å bruke produksjonsutstyr og materialer som "befinner seg på byggeplassen". Her oppstilles det et vilkår knyttet til hvor gjenstandene fysisk befinner seg. Dette vilkåret er ikke inntatt i ordlyden om dokumentene. Dokumenter må kunne ventes å bli lagret på litt ulike steder og ikke nødvendigvis på byggeplassen. Det virker derfor som en fornuftig regel at byggherrens bruksretter til dokumentene ikke er stedlig begrenset. Tvert imot kan det stilles spørsmål ved hvorfor byggherrens krav på produksjonsutstyr og materialer er begrenset til byggeplassen. Hvis en gitt maskin uansett skulle brukes i entreprisen, er det viktig om den befinner seg på byggeplassen eller ikke? NS-kontraktene og kommentarbøkene gir ikke noe eksplisitt svar på dette spørsmålet.²⁶⁴

NS 8405 art. 39.2 (4) er en videreutvikling av NS 3401 art. 26.1 bokstav a. NS 3401 art. 26.1 bokstav a gjaldt bare rett til produksjonsutstyr og materialer, ikke tegninger og dokumenter.²⁶⁵ Retten var imidlertid også her begrenset produksjonsutstyr og materialer som "befinner seg på byggeplassen". I kommentarboken til *Sandvik* omtales denne avgrensingen, men det blir ikke gitt noen begrunnelse.²⁶⁶

For forbrukerentrepriser er det i bustadoppføringslova § 21 (2) andre og tredje punktum inntatt en lignende bestemmelse som NS 8405 art. 39.2 (4):

"Forbrukeren har rett til å gjøre seg nytte av utstyr og materialer som finnes på byggeplassen, og som trengs til fullføring av arbeidet. For den bruken skal det betalast eit rimeleg vederlag."

Bestemmelsen gir forbrukeren bruksrett til utstyr og materialer på byggeplassen, men ikke til planer og tegninger. I forarbeidene til bustadoppføringslova er det forklart at bakgrunnen for regelen er at fullføringen av arbeidet må antas å bli rimeligere hvis byggherren får bruke entreprenørens utstyr og materialer.²⁶⁷

²⁶⁴ Marthinussen/Giverholt/Arvesen (2016 s. 675, Giverholt/Arvesen/Marthinussen (2012) s. 760 Nordtvedt m.fl. (2013) s. 688-690.

²⁶⁵ Tore Sandvik, *Kommentar til NS 3401*, Oslo 1977 s. 254.

²⁶⁶ Sandvik (1977) s. 254.

²⁶⁷ NOU 1992: 9 s. 82.

Gjennomgangen overfor viser at byggherrens bruksretter til produksjonsutstyr og materialer gjennomgående er avgrenset til byggeplassen. Det er imidlertid ikke kunnet avdekke noen forklaring på hvorfor det er slik.

En forklaring kan være at avgrensningen er en praktisk avveining mellom byggherrens og entreprenørens interesser, at regelen har fungert tilfredsstillende i praksis og derfor blitt videreført. Det kunne fort blitt uforholdsmessig om byggherren skulle kunne gjøre krav på mer utstyr og materialer enn det som var nødvendig for å utføre entreprisen. Byggherrens krav må derfor begrenses fra et krav om alt produksjonsutstyr og alle materialer som entreprenøren har. Samtidig ville det vært inngripende overfor entreprenøren om byggherren kunne kreve å mobilisere ressurser entreprenøren har plassert helt andre steder.

Avgrensningen til byggeplassen kan være en passende løsning som både begrenser byggherrens krav i omfang, og gjør bruksrettene mindre inngripende overfor entreprenøren.

En del av forklaringen kan være at en bruksrett til utstyr og materialer utenfor byggeplassen uansett ikke vil ha rettsvern overfor kreditorbeslag. Ikke sjeldent er årsaken til at kontrakten heves at entreprenøren er gått konkurs. For at byggherren skal kunne ha praktisk nytte av bruksrettene ved konkurs, må byggherrens bruksretter ha rettsvern overfor ekstinksjon ved kreditorbeslag.²⁶⁸ Gjenstandene som byggherren gjør krav på å bruke vil være ikke-realregistrerbart løsøre. Erverv av både eiendomsrett og bruksrett til slikt løsøre vil normalt få rettsvern ved overlevering.²⁶⁹ I teorien er det diskutert om slike bruksretter kan få rettsvern også uten at løsøret er overlevert.²⁷⁰ Forarbeidene til bustadoppføringslova legger til grunn at det er "vanleg oppfatning at konkursboet må respektere ein bruksrett som det her er tale om". Argumentene for rettsvern er at en bruksrett for byggherren slik som den beskrevne gjør det tryggere for byggherren å finansiere arbeidet på kreditt, at bruksretten gir rasjonell utnyttelse

²⁶⁸ Utgangspunktet er at konkursboet kan ta beslag i det som "tilhører" konkursdebitor jf. dekl. § 2-2. Denne beslagsadgangen suppleres av ekstinksjonsregler jf. NOU 1972:20 s. 255. Hjemmelen for ekstinksjon av konkursdebitors suksessors rett til ikke-realregistrerbart løsøre er ulovfestet rett, se videre Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 s. 758 flg.

²⁶⁹ Falkanger/Falkanger (2016) s. 766-767 og s. 770.

²⁷⁰ Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett. Fleire rettar til same formuesgode*, 2. utgave, Oslo 2018 s. 310. Det er uklart hva som ville blitt ansett som "overlevering" i slike forhold. Falkanger (2016) s. 770 synes å forutsette at det ikke er tilstrekkelig at produksjonsutstyret og materialene befinner seg på byggeplassen.

av utstyr, og at faren for kreditorsvik presumeres å være liten.²⁷¹ Den rådende oppfatningen synes å være at byggherrens bruksrett får rettsvern, selv uten overlevering.²⁷²

For drøftelsen her er det ikke hensiktsmessig å analysere hvorvidt byggherren vil få rettsvern for sine bruksretter. At byggherren ville hatt rettsvern for en bruksrett, kan ikke forklare hvorfor partene skulle avtale bruksretten i utgangspunktet. Det sentrale for drøftelsen her er at byggherren vanskelig vil kunne få rettsvern for bruksretter til produksjonsutstyr og materialer utenfor byggeplassen. Dette siste synspunktet skal begrunnes i neste avsnitt.

Reglene om ekstinksjon ved kreditorbeslag er begrunnet i hensynet til å unngå kreditorsvik fra konkursdebitor.²⁷³ Det sentrale hensynet bak utformingen av rettsvernsreglene overfor kreditorbeslag er hensynet til notoritet.²⁷⁴ Dette hensynet går ut på at det skal være etterprøvbart at ervervet fra konkursdebitor ikke er gjort for å unndra formuesgoder fra kreditorfellesskapet. Hensynet til entreprenøren medfører som nevnt at byggherrens krav på en eller annen måte må være begrenset til et utvalg av produksjonsutstyr og materialer. Hvilke av disse gjenstandene som inngår i dette utvalget ville vært mindre etterprøvbart hvis kravet ikke var avgrenset til noe så tydelig som byggeplassen. At kravet er begrenset til gjenstander som er "bestemt til utførelsen" er ikke en tilstrekkelig avgrensning. For tredjeparter er det lite etterprøvbart hvilke gjenstander som er bestemt til utførelsen hvis de ikke allerede er på byggeplassen. Det betyr at notoriteten ved bruksrettene ville vært svekket. Konsekvensen av at notoriteten hadde vært svekket ville vært at argumentene for rettsvern for byggherrens bruksretter hadde vært svakere. Avgrensningen til det som finnes på byggeplassen er dermed viktig for å kunne argumentere for rettsvern for bruksrettene.

At byggherrens bruksretter til produksjonsutstyr og materialer gjennomgående er avgrenset til byggeplassen tyder på at avgrensningen er viktig. Gjennomgangen har imidlertid vist at det ikke er klart hvorfor den er det. Det antas da at avgrensningen er gjort mest av rimelighetshensyn overfor entreprenøren, men at den også er viktig for at byggherren skal kunne ha rettsvern for bruksrettene.

²⁷¹ Falkanger/Falkanger (2016) s. 770

²⁷² Nordtvedt m.fl. (2013) s. 690 og Falkanger/Falkanger (2016) s. 770.

²⁷³ Lilleholt (2018) s. 35.

²⁷⁴ Lilleholt (2018) s. 35.

Som nevnt i punkt 6.1 pleier ikke bestiller i kommersielle tilvirkningskontrakter å eie byggeplassen. Gitt at avgrensningen til byggeplassen er en viktig del av entreprenørens bruksrett, vil denne faktiske forskjellen kunne lede til at hensynene stiller seg nokså annerledes ved fastleggelsen av bestillers bruksretter enn ved en entreprise. Før det i punkt 6.4 drøftes om bestiller kan kreve bruksrett til leverandørens ressurser, bør det i punkt 6.3 drøftes om bestiller kan kreve bruksrett til leverandørens byggeplass.

6.3 Bestillers bruksrett til byggeplassen

Spørsmålet i punkt 6.3 er om bestiller har bruksrett til leverandørens byggeplass for å ferdigstille leveransen etter heving.

Det nevnes at dersom bestiller har bruksrett til leverandørens byggeplass, vil den ikke gi rett til vederlagsfri bruk. En bruksrett til byggeplassen vil ha en motsvarende vederlagsplikt, slik byggherren har plikt til å yte vederlag for sine bruksretter, se NS 8405 art. 39.3 andre punktum, NS 8407 art. 46.3 andre punktum og buofl. § 21 (2) tredje punktum.

I punkt 2.5 ble det fremholdt at bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter på ulovfestet grunnlag må fastlegges gjennom bruk av hensyn. Hensynene bør fortrinnsvis forankres i autoritative kilder, etablerte regler eller standardkontrakter. Slik forankring er imidlertid ikke nødvendig. I spørsmålet som skal drøftes her skiller kommersiell tilvirkning seg fra både kjøpsretten og entrepriseretten. Problemstillingen om bestillers bruksrett til leverandørs byggeplass oppstår ikke ved verken ordinære kjøp eller entrepriser. Etter kjøpsloven skal presterte ytelser restitueres ved heving jf. punkt 4.2. Som nevnt i punkt 6.1 og punkt 6.2 eier som oftest byggherren i entrepriser byggeplassen. Det er etter dette ingen etablerte regler eller autoritative kilder i andre kontraktsområder som kan analyseres med sikte på argumenter med overføringsverdi.

Det finnes ett tilfelle av en regel innen entreprise der byggherren får rett til å ta over entreprenørens byggeplass. Bustadoppføringslova regulerer ikke bare rene forbrukerentrepriser, men også tilfeller der forbrukeren samtidig med entreprisen kjøper den faste eiendommen som entreprisen skal utføres på.²⁷⁵ Lovens normalordning er at heving ikke gir restitusjonsrett.²⁷⁶ For avtaler om kjøp av fast eiendom med entreprise har forbrukeren en

²⁷⁵ Jf. buofl § 1 (1) bokstav b.

²⁷⁶ Jf. buofl. § 21 (1).

valgrett mellom heving med eller uten restitusjon.²⁷⁷ Dersom forbrukeren velger at hevingen ikke skal medføre restitusjon, overtar den en byggeplass som tilhørte entreprenøren. Årsaken til at forbrukeren overtar byggeplassen er imidlertid at forbrukeren har kjøpt den. I tilvirkningskontrakter vil bestiller ikke kjøpe byggeplassen. Den nevnte lovbestemmelsen har derfor ikke overføringsverdi til spørsmålet her.

Siden det ikke finnes autoritative kilder eller etablerte regler som behandler en problemstilling tilsvarende den som behandles her, må hensynene oppstilles direkte på grunnlag av hvilke hensyn de faktiske og rettslige forhold aktualiserer jf. punkt 2.5.

Et første hensyn som må tas er til at byggeplassen er leverandørens eiendom. Utgangspunktet er at leverandøren, som eier, kan nekte bestilleren å bruke leverandørens byggeplass.²⁷⁸ Bestilleren kan da som utgangspunkt ikke kreve å bruke den. Det vil være inngripende overfor leverandøren om bestiller skulle ha rett til å bruke leverandørens eiendom til å fullføre leveransen. Arbeidet kan ta lang tid, og mens det pågår vil leverandøren vanskelig kunne nyttiggjøre seg av eiendommen. Hensynet til leverandørens eiendomsrett tilsier at det må kreves nokså sterke hensyn for at leverandørens eiendomsrett skal tilsidesettes så generelt som det vil være å oppstille en alminnelig bruksrett som den skisserte.

Riktignok vil et vederlag for bestillerens bruk kunne dempe hvor inngripende en bruksrett ville vært for leverandøren. Her kommer imidlertid andre grunnleggende hensyn til syne. Leverandøren har, som et selvstendig rettssubjekt, økonomisk handlefrihet. Å legge til grunn en bruksrett for bestiller på grunnlag av at bestiller ville ytt vederlag for bruken, ville vært å påtvinge leverandøren forpliktelser leverandøren ikke har påtatt seg selv. Det nevnes at dersom leverandøren er gått konkurs vil slike bruksretter ikke være til bry for leverandøren. I slike situasjoner vil imidlertid bruksrettene være til hinder for kreditorfellesskapets adgang til å få dekning for sine krav. Hensynet til leverandørens økonomiske handlefrihet og kreditorfellesskapenes adgang til dekning tilsier at et pengevederlag ikke kan begrunne at leverandøren skal ha en plikt etter bakgrunnsretten til å la bestiller bruke hans byggeplass. At bakgrunnsrettens regler er fravikelige ivaretar ikke hensynet til økonomisk handlefrihet.

²⁷⁷ Jf. buofl. § 21 (3).

²⁷⁸ For eiers rett til å nekte andre å bruke eiers eiendom, se Rt. 2011 s. 780 (Jæren Energi) avsnitt 59.

Bakgrunnsretten utgjør et slags sett med standardregler. Disse standardreglene må kunne begrunnes i seg selv. Det er ikke tilstrekkelig at partene kan komme seg bort fra dem.

Som fremholdt i punkt 1.4, og gjentatte ganger deretter, kan standardkontrakter anses for å gi uttrykk for bransjens syn på hva som er en god regel. Dersom standardkontraktene gir tydelig uttrykk for at bestiller har behov for en bruksrett til leverandørens byggeplass etter heving, kan det tilsi at et slikt hensyn må vektes så tungt at det kan begrunne en ulovfestet bruksrett. I det følgende vil derfor standardkontraktene der heving ikke medfører restitusjon bli undersøkt.

NTK 15 art. 26.2 (1) og (2) har regler om bestillers rett til byggeplassen. Artikkelen har også regler som må studeres i de påfølgende punktene i dette kapitlet. Av den grunn siteres begge ledd her. NTK 15 art. 26.2 (1) og (2) fastsetter at:

"Når Kontrakten heves, har Selskapet rett til å overta fra Leverandøren Kontraktsgjenstanden, Materialer, Selskapsmaterialer, Underleveranser, dokumenter og andre rettigheter som er nødvendige for å sette Selskapet i stand til å fullføre Leveransen selv eller ved hjelp av andre. Leveringsprotokoll skal opprettes og Ferdigattest utstedes etter reglene i art. 24.3.

Selskapet har rett til selv eller med assistanse av Tredjemann mot vederlag å gjøre bruk av Leverandørens Byggeplass(er) og utstyr, verktøy, tegninger osv. som er nødvendig for å fullføre Leveransen. Dette gjelder bare når slik bruk blir av begrenset varighet og at forretningshemmeligheter, know-how og andre opplysninger som Selskapet eller Tredjemann derved får kjennskap til, bare skal nyttes til å fullføre Leveransen."

Likelydende bestemmelser som NTK 15 art. 26.2 (1) og (2) er inntatt i de øvrige kontraktene i NF-serien, foruten NSC 05.²⁷⁹ Ordlyden i bestemmelsen gir entydig grunnlag for at bestiller kan kreve å bruke leverandørens byggeplass i den grad det er nødvendig for å ferdigstille leveransen etter bestillers heving. NTK 15 kan dermed leses slik at offshorebransjen anser det som viktig at bestilleren kan bruke byggeplassen med de kostnadsbesparelser det medfører.

²⁷⁹ NF 15 art. 26.2, NTK 15 MOD art. 26.2, NTK 15 MOD&Modul art. 26.2, NIB 16 art. 26.2.

I motsetning til tilvirkning av fysiske ytelser, foregår IT-utvikling på datamaskiner. Det er da ikke på samme måte nødvendig med en "byggeplass". En bestiller som hever en kontrakt om IT-utvikling og overtar leveransen vil sjeldent trenge leverandørens fysiske fasiliteter.

Bestilleren kan like gjerne utføre arbeidet på egne datamaskiner. Ikke overraskende omtaler verken SSA-T eller PS2000 noen overtakelse av en byggeplass.²⁸⁰

For øvrig fastsetter alle standardkontraktene restitusjon av presterte ytelser ved heving, se punkt 4.2.2 jf. punkt 4.3.

Basert på det ovenstående synes det å kun være ved offshorefabrikasjon at behovet for å overta leverandørens byggeplass er stort nok til at forfatterne av standardkontraktene har valgt å innta en slik rett ved heving. En slik rett for bestiller til å bruke leverandørens byggeplass kan ha gode grunner for seg innen offshorefabrikasjon. Det kan være kostnadsbesparende for alle parter om bestiller får bruke byggeplassen til å fullføre leveransen. Når det imidlertid bare er kontraktene innen offshorefabrikasjon som har gitt hensynet til kostnadsbesparelse gjennomslag, kan det vanskelig argumenteres med at hensynet generelt er tungtveiende.

Uten tydelig støtte fra standardkontraktene kan det vanskelig argumenteres med at hensynet til bestiller veier tungt nok til at det kan tilsesette hensynet til leverandørens eiendomsrett så generelt som en alminnelig rett i bakgrunnsretten for bestiller til å bruke leverandørens byggeplass etter heving vil. Kanskje kan det argumenteres med en ulovfestet bruksrett for en snevrere gruppe tilvirkningskontrakter, særlig innen offshorefabrikasjon. For tilvirkningskontrakter generelt kan det imidlertid ikke gjelde noen bruksrett for bestiller til leverandørs byggeplass til å ferdigstille leveransen etter heving.

6.4 Bestillers bruksretter til leverandørens ressurser

6.4.1 Oversikt over punkt 6.4

I punkt 6.4 vil det bli analysert hvorvidt bestiller kan kreve å bruke leverandørens ressurser til å ferdigstille leveransen etter heving.

Ved heving har bestiller etter NTK 15 rett til produksjonsutstyr, materialer og ulike dokumenter.²⁸¹ I motsetning til NTK 15 behandler SSA-T og PS2000 dokumenter ulikt fra

²⁸⁰ Se SSA-T art. art. 14, PS2000 art. 6.4.

²⁸¹ NTK 15 art. 26.2 (1) og (2).

produksjonsutstyr og materialer.²⁸² Som vist i punkt 6.2 behandler også entrepriseretten dokumenter ulikt fra produksjonsutstyr og materialer. Rettskildesituasjonen er derfor ulik for de to gruppene ressurser. Det er da grunn til å skille mellom dem i analysen.

I punkt 6.4.2 vurderes hvorvidt bestiller kan kreve bruksrett til leverandørens produksjonsutstyr og materialer. I punkt 6.4.3 vurderes hvorvidt bestiller kan kreve bruksrett til leverandørens dokumenter.

Felles for begge drøftelsene i det følgende er utgangspunktet. Produksjonsutstyret, materialene og dokumentene tilhører enten leverandøren, eller så har leverandøren en annen rett til å råde over dem. Utgangspunktet er at leverandøren i kraft av sin rett til å råde over dem kan nekte bestiller å bruke ressursene jf. punkt 6.2.

Det nevnes at eventuelle bruksretter til leverandørens ressurser ikke være vederlagsfrie. Bestiller må yte vederlag for bruken, slik bestiller også må for en eventuell bruksrett til leverandørens byggeplass jf. punkt 6.3.

6.4.2 Bruksrett til produksjonsutstyr og materialer

I dette punktet drøftes hvorvidt bestiller generelt kan kreve å bruke leverandørens produksjonsutstyr og materialer til å fullføre leveransen etter heving. Med produksjonsutstyr menes slikt som stillaser, maskiner, redskaper, verktøy og andre innretninger som brukes til å utarbeide leveransen.

Som i mange forgående drøftelser savner spørsmålet her autoritative rettskilder, se særlig punkt 6.3. Det vil derfor være nødvendig å basere drøftelsen på hensyn jf. punkt 2.5. Hensynene bør forankres i standardkontrakter.

NTK 15 art. 26.2 (1) og (2) er sitert i punkt 6.3. Bestemmelsen fastslår rett for bestiller til å bruke leverandørens produksjonsutstyr, samt at bestiller får rett til å bruke materialene.

Ved at bestiller får bruke produksjonsutstyr og materialer kan fordyrelser av prosjektet unngås. Fordyrelser unngås her på to måter. For det første vil tilgang til ressurser som allerede er satt av til prosjektet kunne fremskynde arbeidets fullførelse. Tiden det tar å få på plass en ny leverandør vil nok variere. Dersom alt bestiller behøver å anskaffe er arbeidere vil det

²⁸² SSA-T art. 14 (1) jf. art. 2.6.4 og PS2000 art. 6.4.2.1 jf. art. 3.3 jf. art. 1.2.

kunne redusere forsinkelsene som følge av hevingen, sammenlignet med hvis bestiller måtte anskaffe også produksjonsutstyr og materialer. Som nevnt i punkt 5.3.4.3 kan offshorebransjen være en ekstremt lønnsom bransje. Inntektene vil imidlertid utebli til leveransen er ferdigbygget. Inntil den er ferdigbygget innebærer leveransen store investeringskostnader og ingen avkastning.

Den andre måten fordyrelser unngås på er at leverandøren slipper å betale noen andre for produksjonsutstyret og materialene som blir brukt. Siden ny leverandør gjerne vil vite at bestiller er i en presset situasjon, vil ny leverandør kunne kreve høyere priser. Hvis det er færre ressurser bestiller må inngå ny kontrakt om, vil det være en mindre andel av ressursene som bestiller må inngå kontrakt om der leverandøren ved kontraktsforhandlingen kan utnytte bestillers pressede situasjon.

Ovenfor er det nevnt to måter fordyrelser unngås på ved at bestiller får ta i bruk leverandørens produksjonsutstyr og materialer. For økonomer vil slike fordyrelser være nokså opplagte. Det kan derfor antas at muligheten for å redusere dem ble tenkt på da NTK 15 art. 26.2 (1) og (2) ble utformet. Siden offshorefabrikasjoner gjerne er veldig store prosjekter vil disse fordyrelsene og mulighetene for besparelser være særlig aktuelle ved denne typen kommersiell tilvirkning. De samme hensynene kan imidlertid gjøres gjeldende for mindre prosjekter enn offshorefabrikasjoner. Hensynet til å unngå fordyrelser og kostnader ved fullføringen av leveransen taler for bruksrett for bestiller til produksjonsutstyr og materialer.

Som nevnt under drøftelsen om bestillers rett til byggeplassen skiller IT-utvikling seg fra tilvirkning for øvrig, idet tilvirkningen foregår på datamaskiner, se punkt 6.3.

Produksjonsutstyret er dermed nokså generiske og relativt lite kostbare datamaskiner. Fordi utviklingen skjer på datamaskiner, er det heller ikke noe særlig til materialer å tale om. Dette innebærer at det er lite produksjonsutstyr og materialer av betydning for bestiller å kreve bruksrett til. Det kan imidlertid hende at leverandøren bruker digitale verktøyer for å utvikle dataprogrammet. Dette kan være en form for produksjonsutstyr som er nødvendig for å videreutvikle leveransen etter heving.

Ifølge SSA-T art. 14 (1) får bestiller ved heving "slike rettigheter som angitt i kapittel 10 til det som er utarbeidet eller gjort tilgjengelig for Kunden (...) Punkt 2.6.4 om overlevering av materiale gjelder tilsvarende." Kapittel 10 i SSA-T er fire og en halv sider lang og spesifiserer hvilke rettigheter partene har til de ulike komponentene i leveransen ved levering. Artikkel.

10.6 fastsetter at med mindre annet er avtalt "beholder Leverandøren, (...) rettighetene til egne verktøy og metodegrunnlag som er benyttet av Leverandøren i leveransen". Denne ordlyden innebærer at bestiller ikke har rett til å bruke leverandørens digitale verktøy ved heving. I art. 14 (1) henvises det til art. 2.6.4. Sistnevnte fastslår at leverandøren skal overlevere til bestiller "alle spesifikasjoner og annet materiale som er utarbeidet for Kunden". Denne artikkelen gjør dermed ikke unntak fra det som fremkommer i artikkel 10.6. Spesifikasjoner behandles i punkt 6.4.3.

PS2000 fastsetter i art. 6.4.2.1 (1) andre punktum at bestiller ved heving har "rett til å overta den del av Leveransen som er utført, samt eventuelle rettigheter knyttet til denne som Kunden trenger for å ferdigstille og ta Leveransen i bruk." Ordlyden gir bestiller alle rettigheter den behøver for å ferdigstille leveransen, gitt at rettighetene er "knyttet til" leveransen. At rettigheter er "knyttet til" leveransen vil vanligvis forstås som de rettigheter partene kan ha til selve leveransen. Rettighetene "knyttet til" leveransen handler imidlertid om hva bestiller "trenger for å ferdigstille" leveransen. Denne ordlyden gir inntrykket av at formålet med bestemmelsen er at bestiller skal kunne fullføre arbeidet. Hvis det er nødvendig for bestiller å ha tilgang til noen av leverandørens digitale verktøy for å fullføre arbeidet, må det nok antas at rettighetene til de digitale verktøyene må anses som "knyttet til" leveransen, selv om dette er en noe videre språkbruk enn normalt.

IKT-Norges utviklingsavtale antas som nevnt i punkt 4.3 å gjøre bruk av restitusjon ved heving. Problemstillingen er dermed ikke aktuell for IT-utvikling basert på den kontrakten.

Basert på gjennomgangen av standardkontrakter innen IT-utvikling kan det konstateres at kontraktene sett under ett ikke prioriterer en rett for bestiller til å bruke leverandørens digitale verktøy. Det antas derfor at det er lite behov for en slik rett. Hensynene til å dempe fordyrelser gjør seg markant mindre gjeldende ved IT-utvikling enn ved offshorefabrikasjon. Dette taler i disfavør av en generell bruksrett for bestiller til leverandørens produksjonsutstyr og materialer.

Forut for gjennomgangen av IT-kontraktene ble det vist til at hensynet til å unngå fordyrelser og kostnader ved fullføringen av leveransen taler for en bruksrett for bestiller til leverandørens produksjonsutstyr og materialer. Som nevnt i punkt 6.2 er imidlertid en slik bruksrett inngripende og må begrenses til et utvalg – bestiller kan ikke ha rett til å bruke alt produksjonsutstyr og alle materialer som leverandøren har. Det ville vært uforholdsmessig.

Entrepriseretten løser denne utfordringen delvis ved å avgrense bruksretten til byggeplassen, se punkt 6.2.

Til forskjell fra entreprisekontrakter, eier imidlertid ikke bestilleren i en kommersiell tilvirkningskontrakt byggeplassen som leveransen utarbeides på. Det medfører at situasjonen ved bestillers heving stiller seg nokså annerledes enn situasjonen ved byggherrens heving. At bestiller ikke eier byggeplassen skaper to problemer.

Et første problem er at det er mindre praktisk nyttig for bestiller å bruke leverandørens produksjonsutstyr og materialer hvis disse uansett må flyttes til en ny byggeplass før de kan tas i bruk. Det kan være veldig langt mellom byggeplassene. Muligheten for å unngå kostnader kan bli betydelig mindre når bestiller ikke kan bruke leverandørens byggeplass.

Et annet problem ved at produksjonsutstyret og materialene må flyttes fra byggeplassen er at det vil bli mindre etterprøvbart for andre hvilke gjenstander som egentlig skal være omfattet av bruksretten. Som påpekt i punkt 6.2 er det omdiskutert om bruksretter som de omtalte har rettsvern overfor kreditorbeslag. Siden konkurs er en vanlig årsak til heving av entrepriser er rettsvern mot kreditorbeslag viktig. Det er usikkert hvor ofte leverandører i kommersielle tilvirkningskontrakter går konkurs, men det må i alle fall antas å ikke være upraktisk. Følgelig vil rettsvern også være viktig for bestillers eventuelle bruksrett. Et sentralt hensyn i utformingen av reglene for rettsvern overfor kreditorbeslag er hensynet til notoritet, se punkt 6.2. Notoritet går ut på at disposisjoner er etterprøvbare. Hvis bestillers bruksretter er betinget av at produksjonsutstyret og materialene må flyttes fra gammel byggeplass til ny byggeplass vil det være mindre etterprøvbart hvilke av disse gjenstandene som virkelig befant seg på byggeplassen, og om noen er forsøkt unndratt fra beslaget. Dette vil gjøre det vanskeligere å argumentere for rettsvern for de her omtalte bruksrettene.

Samlet sett må det antas at når bestiller ikke kan bruke leverandørens byggeplass, gjør hensynet til å unngå fordyrelser og kostnader ved fullføringen av leveransen seg mye mindre gjeldende. Utsikten til besparelser blir mindre, de praktiske problemene blir flere, og rettsvern mot kreditorbeslag blir vanskeligere å argumentere for. En løsning på problemene nevnt overfor, kunne vært at bestiller fikk bruksrett til byggeplassen ved heving. Som vist i punkt 6.3 følger det imidlertid ikke en slik rett av bakgrunnsretten. Mangelen på rett til leverandørens byggeplass medfører at hensynene som taler for en bruksrett for bestiller som den skisserte veier mye mindre.

Videre er det hensyn som taler for at bestiller ikke skal ha en alminnelig bruksrett til leverandørens produksjonsutstyr og materialer. Selv om en slik bruksrett vil kunne spare bestiller for kostnader, vil den medføre kostnader for leverandøren. Leverandøren vil ikke kunne bruke produksjonsutstyret og materialet mens bestiller arbeider. Videre vil leverandøren bli påført kostnader i form av slitasje på utstyr, forbrukte materialer, og tapt mulighet til å bruke sine egne gjenstander til å tjene penger annensteds. Hensynet til leverandøren taler for at bestiller ikke har bruksrett til produksjonsutstyret og materialene.

Kostnadene for leverandøren vil kunne kompenseres for ved at bestilleren plikter å betale for bruken jf. punkt 6.4.1. Som nevnt i punkt 6.3 har imidlertid leverandøren økonomisk handlefrihet. Selv om bestiller yter vederlag, vil det å oppstille en rett for bestiller etter bakgrunnsretten til å bruke leverandørens produksjonsutstyr og materialer være å tilsidesette hensynet til leverandørens økonomiske handlefrihet. En vederlagsplikt for bestiller kan derfor ikke begrunne en bruksrett.

Det kan etter dette ikke oppstilles tungtveiende argumenter for en alminnelig rett for bestiller til å bruke leverandørens produksjonsutstyr og materialer til å ferdigstille leveransen etter heving. Tvert imot taler hensynet til leverandøren med tyngde for at bestiller ikke har slik bruksrett. Det er da ikke grunnlag for å fravike utgangspunktet om at bestiller ikke kan bruke leverandørens produksjonsutstyr og materialer jf. punkt 6.4.1.

Basert på det ovenstående er konklusjon at det ikke foreligger en ulovfestet rett etter bakgrunnsretten for bestiller til å bruke leverandørens produksjonsutstyr og materialer til å fullføre leveransen etter heving.

6.4.3 Bruksrett til dokumenter

I dette punktet drøftes hvorvidt bestiller kan kreve bruksrett til leverandørens dokumenter etter heving. Med dokumenter menes i denne sammenhengen dokumenter som er av betydning for hvordan leveransen er utarbeidet og kan fullføres. Spørsmålet må, som de forgående, løses på grunnlag av hensyn. Hensynene bør forankres i øvrige kilder og regler.

NTK 15 art 26.2 (1) er sitert i punkt 6.3. Bestemmelsen er likelydende i alle NF-kontrakter.²⁸³ Det fremgår tydelig av bestemmelsen at bestiller får rett til å overta leverandørens

²⁸³ NF 15 art. 26.2, NTK 15 MOD art. 26.2, NTK 15 MOD&Modul art. 26.2, NIB 16 art. 26.2 og NSC 05 art. 26.2.

dokumenter. Bestillers overtakelse av leverandørens dokumenter kan medføre at fullføringen fremskyndes og at fordyrelser unngås. NF-serien gir tydelig uttrykk for at disse hensynene må vektes tungt.

Etter SSA-T art. 2.6.4 jf. art. 14 (1) "skal Leverandøren overlevere til Kunden alle spesifikasjoner og annet materiale som er utarbeidet for Kunden" ved heving. Denne kontrakten uttrykker følgelig at hensynet til at fullføringen fremskyndes og at fordyrelser unngås må vektes tungt med hensyn til bestillers rett til å bruke dokumenter.

Ifølge PS2000 art. 6.4.2.1 (1) andre punktum har bestiller ved heving "rett til å overta den del av Leveransen som er utført, samt eventuelle rettigheter knyttet til denne som Kunden trenger for å ferdigstille og ta Leveransen i bruk". Ordlyden kan synes å ikke gi rett for bestiller til å bruke leverandørens dokumenter. Ordet "Leveransen" er imidlertid i PS2000 art. 1.2 (1) definert slik:

"Leverandørens forpliktelse omfatter alle arbeider og ytelser som Leverandøren skal utføre eller besørge utført i henhold til Kontrakten, inklusive alle leveranser av maskin- og programvare, utvikling av programvare, dokumentasjon, opplæring og tilhørende tjenester. Disse forpliktelsene er heretter samlet betegnet som Leveransen."

Ordlyden uttrykker eksplisitt at "Leveransen" i PS2000 er definert videre enn bare tilvirkningens objekt. Termen omfatter alt leverandøren skal utarbeide. PS2000 har i art. 3 en åtte sider lang beskrivelse av hvordan kontrakten skal gjennomføres. Etter kontrakten er inngått, men før leverandøren går i gang med å utvikle programvaren, skal partene ifølge art. 3.3.1 (1) gjennomgå bestillers behovsanalyse og fremdriftsplan. Deretter fastsetter art. 3.3.2 (2) at:

"På bakgrunn av denne gjennomgangen skal Leverandøren innen en frist, som er definert i Fremdriftsplanen, utarbeide en Løsningsbeskrivelse. Løsningsbeskrivelsen skal danne grunnlag for gjennomføringen av Konstruksjonsfasen (...)."

Videre fremgår det av art. 3.4.1 (1) at:

"Partene skal sammen, men under Leverandørens ledelse og styring, legge en detaljplan for hvert trinn i Konstruksjonsfasen, innenfor rammene av Fremdriftsplanen."

Ordlyden i PS2000 art. 3.3.1 (2) jf. art. 3.4.1 (1) pålegger uttrykkelig leverandøren ansvaret for å utarbeide løsningsbeskrivelse og detaljplan for utførelsen av programvaren. Disse pliktene og dokumentene som produseres er en del av "Leveransen" i PS2000 jf. art. 1.2 (1). Som nevnt har bestiller ifølge art. 6.4.2.1 (1) andre punktum "rett til å overta den del av Leveransen som er utført". Siden "Leveransen" her også omfatter løsningsbeskrivelse og detaljplan med mer vil bestiller ut fra ordlyden i artikkelen ha rett til leverandørens dokumenter.

PS2000 uttrykker etter dette også at hensynet til at fullføringen fremskyndes og at fordyrelser unngås må vektas tungt med hensyn til bestillers rett til å bruke dokumenter.

Som vist i punkt 6.2 gir den kommersielle siden av entrepriseretten entydig støtte til at bestiller burde ha rett til leverandørens dokumenter. I punkt 6.3 er det antatt at bestiller ikke kan kreve bruksrett til leverandørens byggeplass på ulovfestet grunnlag. Retten til dokumenter er imidlertid ikke knyttet opp til byggeplassen i entrepriseretten, i motsetning til produksjonsutstyret og materialene jf. punkt 6.2. Både tilvirkning og entrepriser preges av at leveransene er teknisk komplekse og krever omfattende investeringer. Det er praktisk forenkende om bestiller får tilgang til prosjektets dokumenter. Et bedre informasjonsgrunnlag vil tillate bestiller å raskere fullføre arbeidet. Slik vil retten bidra til å unngå de fordyrelser som hevingen kan medføre. Hensynene til å unngå fordyrelser og fremskynde fullføring taler for at bestiller får bruksrett til leverandørens dokumenter.

Videre er det, i motsetning til bruksretter til byggeplassen og produksjonsutstyr og materialer, lite inngripende overfor leverandøren at bestiller bruker dokumentene, sammenlign punkt 6.3 og punkt 6.4.2. Dokumentene vil være utarbeidet med sikte på det enkelte prosjekt.

Leverandøren vil derfor ikke lide noe tap ved at bestiller bruker dem. Det er heller ingen uakseptabel fare for at informasjon havner på avveie. Som nevnt i kapittel 3 har ikke heving betydning for partenes taushetsplikt om forretningshemmeligheter.

Basert på det ovenstående gjør hensynet til å unngå fordyrelser og fremskynde fullføringen seg sterkt gjeldende i relasjon til spørsmålet om bestiller kan bruke leverandørens dokumenter. Det er i liten grad hensyn som taler i motsatt retning. Konklusjonen er derfor at bestiller kan kreve bruksrett til leverandørens dokumenter for å ferdigstille leveransen etter heving.

7 Reformbehovet for bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter

Dette kapittelet er annerledes fra de forgående. Her drøftes ingen problemstillinger *de lege lata*. I det følgende vil det derimot bli gjort noen vurderinger av bakgrunnsretten *de lege ferenda*.

Innledningsvis i masteravhandlingen ble det vist til danske *Tilvirkningskøbet* av Erik Hørlyck, se punkt 1.2. Hans hypotese var at den danske købeloven ikke passet på tilvirkningskontrakter. En tilsvarende hypotese om den norske kjøpsloven er grunnlaget for masteravhandlingen. Tilvirkningskontrakter har i norsk kontraktsrett en regulatorisk sammenheng med kjøp. Samtidig har tilvirkning, som flere ganger påpekt, en faktisk likhet med entreprise som gir utspring til likhet i hvilke hensyn og hvilke problemstillinger som gjør seg gjeldende. Utgangspunktet for masteravhandlingen var at disse rettslige egenskapene ville sette spørsmålet om kjøpslovens egnethet for tilvirkning på prøve. Etter analysene nå er gjort, bør det vurderes hvorvidt bakgrunnsretten for kontraktsområdet behøver en reform.

I punkt 1.1 ble bakgrunnsretten definert som de regler som gjelder for et kontraktsforhold der partene ikke har avtalt en regel som løser problemstillingen. Som vist gjennom avhandlingen er bakgrunnsretten ulik med hensyn til ulike kommersielle tilvirkningskontrakter. Når det i kapittelet her tales om hvorvidt bakgrunnsretten for kommersielle tilvirkningskontrakter bør reformeres, vil det bli sett hen til både bakgrunnsretten for enkelte kontrakter, og helheten av bakgrunnsretten for alle kontraktene.

Analysene i kapitlene 2 – 4 har vist at for de fleste kommersielle tilvirkningskontrakter reguleres bakgrunnsretten for rettsvirkningene av heving av kjøpsloven. Lovgiver har vært oppmerksom på at restitusjon kan slå skjevt ut overfor leverandør. Selv om kommersiell tilvirkning nok har utviklet seg mye siden kjøpsloven ble vedtatt, er lovgivers legislative valg for tydelige til at kontraktene kan anses unntatt verken lovens virkeområde eller § 64 (2).

I motsetning til kjøpslovens løsning, har standardkontraktene for offshorefabrikasjon ikke restitusjonsrett ved heving. Som vist i punkt 4.2.3 er imidlertid bakgrunnsretten for rettsvirkningene av heving ikke kjøpslovens løsning for offshorefabrikasjon.

Standardkontraktene innen IT-utvikling gir som hovedregel ikke restitusjonsrett ved heving, foruten IKT-Norges utviklingsavtale. IT-utvikling faller imidlertid utenfor kjøpslovens

virkeområde. For kontrakter som faller utenfor kjøpslovens virkeområde ble det i punkt 4.3 konkludert med at heving som hovedregel ikke medfører restitusjon, men at restitusjon kan forekomme i særlige unntakstilfeller. Dette medfører en gradert løsning der begge parter hensyn ivaretas. Bestiller kan heve på ordinære hevingsvilkår uten restitusjon. Da slipper leverandøren å bære de potensielt store økonomiske konsekvensene av restitusjon. Derimot kan bestiller heve med restitusjonsrett i de tilfellene hvor hensynet til bestiller gjør seg gjeldende med særlig stor styrke.

I motsetning til den ulovfestede bakgrunnsretten fastlegger kjøpsloven en binær løsning der bestiller ofte bare kan heve i de mest prekære tilfellene, se punkt 4.2.2. Når vilkår og virkning ses i sammenheng kan dermed kjøpsloven anses som mer leverandørvennlig enn den ulovfestede bakgrunnsretten. Dette er imidlertid en observasjon som ikke er så praktisk. I praksis er det veldig vanlig at partene regulerer hevingsvilkårene. I en slik situasjon med ordinære eller senkede hevingsvilkår, blir restitusjon av presterte ytelser nok en gang problematisk med hensyn til leverandør. Begge parter kunne blitt ivaretatt i alle situasjoner dersom kjøpsloven hadde blitt reformert til å gi en gradert hevingsløsning for kommersielle tilvirkningskontrakter, slik den ulovfestede bakgrunnsretten gir. Det må imidlertid konstateres at kjøpslovens løsning bare gjelder som bakgrunnsrett for de typene kommersiell tilvirkning der standardkontraktene ikke peker mot en annen løsning. Inntrykket er dermed at bakgrunnsretten sett under ett, for restitusjonsspørsmålets vedkommende, ivaretar hensynene til partene på tilsvarende måte som standardkontraktene.

I kapitlene 5 – 6 ble det analysert hvilke virkninger heving har for presterte ytelser i kontrakter der ytelsene ikke skal restitueres. Det ble her fokusert på alternativet til restitusjon, og om bestiller kunne kreve å bruke leverandørens ressurser ved fullføringen av leveransen. Analysene viste at for problemstillingene som ble behandlet i kapittel 5 er hensynene i de aktuelle tilvirkningskontraktene godt ivaretatt. Mer usikkert er det imidlertid for problemstillingene i kapittel 6. Den sentrale observasjonen der var at det i bakgrunnsretten for tilvirkningskontrakter ikke lar seg oppstille noen generell rett for bestiller til å bruke leverandørens byggeplass. Dette gjør det videre vanskelig å oppstille en generell rett for bestiller til å bruke leverandørens produksjonsutstyr og materialer. Det kan sies at det her er avdekket et spørsmål hvor en reform hadde vært et gode. Samtidig er det et meget snevert spørsmål, og en stor andel av kontraktene spørsmålet aktualiserer seg for, IT-utvikling, har ikke noe særlig behov for en slik rett. Det praktiske behovet for reform er nok også her ganske beskjedent.

Analysen gir samlet sett inntrykket av at en reform ikke haster. Denne konstateringen må imidlertid ses i sammenheng med at avhandlingen kun gjelder bakgrunnsretten for rettsvirkningene av heving. Som nevnt tidligere kjennetegnes kommersielle tilvirkningskontrakter av et nært samarbeid mellom kontraktspartene. Det kan hende at det er sider av kontraktene som ikke er behandlet her hvor et reformbehov er mer påtrengende.

Selv om det ikke kan påvises et pressende behov for reform, er det likevel en observasjon at kontraktsområdet er lite tilgjengelig. Det er nokså mange kilder som må undersøkes for å kunne konstatere at kjøpsloven ikke gjelder for IT-utvikling, eller at bakgrunnsretten for rettsvirkningene av heving av offshorefabrikasjon ikke innebærer restitusjon. I teorien er det drøftet om NF-serien er på vei til å utvikle en egen bakgrunnsrett for offshorefabrikasjon.²⁸⁴ Kanskje hadde det vært et gode om offshorefabrikasjon ble eksplisitt unntatt fra kjøpsloven. En ulovfestet bakgrunnsrett, bestående av kontraktspraksis, analogislutninger og hensyn kan være vel så velegnet som kjøpsloven som bakgrunnsrett. Dette siste kan nok også sies for IT-utvikling. Kontraktspraksis er mindre etablert for disse kontraktene. Likevel, kontraktene faller allerede for det meste utenfor kjøpsloven. Et eksplisitt unntak hadde først og fremst vært metodisk forenkende.

Hvis det kan oppnås enighet om at et unntak til kjøpslovens virkeområde hadde vært en forbedring, er det imidlertid grunn til å stille spørsmål ved om det kan gjøres ytterligere forbedringer hvis en lovendring først skal skje. Et unntak for offshorefabrikasjon og IT-utvikling ville vært instruktivt, men en egen lov for kontraktsområdet hadde gjort kontraktsområdet ytterligere tilgjengelig. Rettskildetypen for kommersielle tilvirkningskontrakter er, sammenlignet med andre kontraktsområder, nokså vanskelig å orientere seg i. Årsaken til utilgjengeligheten er at standardkontrakter og bransjepraksis, som her spiller en stor rolle, langt på vei er forbeholdt praktikere og betalende kunder. En lov med tilhørende forarbeider ville tilgjengeliggjort reglene og hensynene på området.

Hvis lovgiver skulle skrevet en egen lov ville det vært hensiktsmessig å ikke bare se til offshorefabrikasjon og IT-utvikling, men å ta sikte på å utrede hele kontraktsområdet. Det er fornuftig om lovgivningsarbeidet ser på de faktiske forholdene som gjør kommersielle tilvirkningskontrakter særegne fra andre kontrakter. I punkt 1.3 ble det pekt på at omfanget av

²⁸⁴ Kaasen (2018) s. 55.

verdiene som investeres, varigheten av arbeidet, den tekniske kompleksiteten, behovet for tilpasninger og samarbeidet mellom partene kjennetegner kommersielle tilvirkningskontrakter. Utredningen kunne da også tatt opp spørsmål som ikke har vært studert her. Eksempelvis ville en lov kunne gitt en tydelig bakgrunnsrett for regler om endringsordrer og risikofordelingen mellom partene. Med risikofordelingen menes ikke bare mer eller mindre uttrykkelig reguleringer om hvem av partene som skal bære tapet ved en hindring i de ulike stadiene av kontrakten, men også de implisitte risikofordelingene som misligholdsbeføyelsenes utforming innebærer. Et eksempel på sistnevnte risikofordelinger er rettsvirkningene av heving.

Å skille ut kommersielle tilvirkningskontrakter til en egen lov reiser ikke bare spørsmål om hensiktsmessigheten av egne regler for kontraktsområdet. Dersom Norge hadde vedtatt en slik lov ville det vært et brudd med både siktemålet om nordisk rettsenhet på kjøpsrettens område, og om rettsenhet mellom kjøpsloven og CISG.²⁸⁵ *De lege lata* er dette uproblematisk. Norge er ikke folkerettslig forpliktet til rettsenhet med verken Norden eller CISG. Det er spørsmålet *de lege ferenda*, om slik rettsenhet er så ønskelig at Norge ikke burde skille ut en del av kjøpsretten i en egen lov, som byr på tvil.

Det nordiske lovsamarbeidet på obligasjonsrettens område har en lang tradisjon.²⁸⁶ Av den grunn kan det synes lite tiltalende å gjøre en unilateral endring av kjøpsretten. Den fellesnordiske lovgivningen er imidlertid ikke først og fremst en følge av ytre, faktiske og historiske faktorer. Lovgivningen er i stor grad en følge av en politisk vilje på slutten av 1800-tallet til fellesnordisk lovgivning, sammenfallende med det var en rekke lidenskapelige universitetsfolk som engasjerte seg i slikt arbeid.²⁸⁷ Det er nevneverdig at på tross av ønsket om fellesnordisk lovgivning er ikke den nordiske kjøpsretten harmonisert.²⁸⁸ Tvert imot, i nyere tid har det vært mer fokus på internasjonal rettsenhet enn nordisk.²⁸⁹

Internasjonal rettsenhet kan ha særlig mye for seg på et område som kommersielle tilvirkning der kontraktene gjerne går på tvers av landegrenser. Om Norge har regler som utenlandske

²⁸⁵ Se punkt 2.2.2 om hensynet til rettsenhet med CISG og konvensjonens gjennomføring.

²⁸⁶ Amund Bjøranger Tørum, "Nordisk obligasjonsrett og dens betydning for norsk kontraktsrett", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 s. 536-578 (s. 563 flg.).

²⁸⁷ Bryde Andersen (2020) s. 70-71.

²⁸⁸ Tørum (2007b) s. 573.

²⁸⁹ Lilleholt (2017) s. 34 og Tørum (2007b) s. 572-574.

aktører kjenner seg igjen i, vil det nok kunne skape en viss trygghetsfølelse for dem, og dermed virke stimulerende til handel med norske aktører. Hvor langt et slikt synspunkt kan trekkes er likevel vanskelig å anslå for jurister alene. Det kan fort vise seg at næringslivet ikke er så opptatt av rettsenhet i detaljreglene, så lenge en totalharmonisering uteblir. Detaljregler overlates gjerne til advokater uansett. For utenlandske aktører kan det hende det er tillitsvekkende nok om de kjenner seg igjen i verdiene og grunntrekkene som ligger til grunn for den norske kontraktsretten. Det er ikke sikkert at rettsenhet bør prioriteres foran andre hensyn.

Referanseliste

Lover

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687

Lov 24. mai 1907 nr. 2 om kjøb

Lov 31. mai 1919 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven – avtl.)

Lov 08. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven – deknl.)

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

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

Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingsloven – avhl.)

Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefesteloven – tfl)

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

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

Lov 28. februar 2014 nr. 2 om endringer i kjøpsloven og avtaleloven.

Forarbeider

NU 1984: 5 Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning

Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980

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

Innst. O. nr. 71 (1991-1992) Innstilling fra justiskomiteen om lov om avhendelse av fast eiendom (avhendelseslova)

NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov

Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Ot.prp. nr. 23 (2006-2007) Om lov om endringer i forbrukerkjøpsloven mv.

Prop. 158 LS (2012-2013) Endringer i kjøpsloven og avtaleloven og samtykkje til å trekkje reservasjonen mot FN-konvensjonen 11. april 1980 om kontraktar for internasjonale lausøyrekjøp (CISG) del II om avtaleinngåing

Høyesterettspraksis

Rt. 1922 s. 308 (Kure)

Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin)

Rt. 1980 s. 243

Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt)

Rt. 1991 s. 719 (Hardhaus)

Rt. 1998 s. 1510

Rt. 1999 s. 408

Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebro)

Rt. 2002 s. 173

Rt. 2002 s. 1110 (Bodum)

Rt. 2006 s. 522

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei)

Rt. 2011 s. 780 (Jæren Energi)

Rt. 2013 s. 129 (Spedisjonsdom IV)

Rt. 2014 s. 118

Rt. 2014 s. 520

HR-2016-1447-A

HR-2016-219-A

HR-2018-648-A

HR-2020-228-A

Tingrettspraksis

TSTAV-1998-401 (Balder)

Oslo tingretts dom 31. januar 2020 i sak mellom Staten v/Samferdselsdepartementet mot International Business Machines AS (Grindgut-saken)

Litteratur

Askeland (2018)

Askeland, Bjarte, "Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999–2018", *Lov og Rett* 2018 s. 519–536

Baldersheim (2018)

Baldersheim, Erlend, "Litt om strandrett og tingsrett i sjøen", *Jussens Venner*, 2018 s. 347-381

Baldersheim (2017)

Baldersheim, Erlend, *Til tingsrettens teori*, (Oslo 2017)

Bergo (2019)

Bergo, Knut "Tolking og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider", i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.) Oslo 2019 s. 175-238

- Brunsvig (1973) Brunsvig, Per, *Konstruksjonsansvar ved bygging av skip*, (Oslo 1973)
- Bryde Andersen (2020) Bryde Andersen, Mads, "Nordisk formueret mellom pragmatisme og principfasthed", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2020 s. 39-72
- Brækhus (1990) Brækhus, Sjur, "Voldgiftspraksis som rettskilde" i ...*den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm, 70 år*, Nils Christie, Asbjørn Kjønstad, Peter Lødrup, Svein Slettan, Carsten Smith og Einar Høgetveit (red.), (Oslo 1990)
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein og Jan Helgesen (red.), *Rettskildelære*, 5. utgave, (Oslo 2001)
- Falkanger/Falkanger (2016) Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, (Oslo 2016)
- Føyen (1973) Føyen, Arve, "Voldgiftsdom om databehandling", *Lov og Rett*, 1973 s. 376-379
- Giertsen (2019) Giertsen, Johan, *Kontrakter*, (Oslo 2019)
- Giverholt/Arvesen/Marthinussen (2012) Giverholt, Heikki Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen, *NS 8407 med kommentarer*, (Oslo 2012)
- Graver (1998) Graver, Hans Petter, "Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap", *Lov og Rett*, 1998 s. 579–603
- Hagstrøm (2015) Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2. utgave, (Oslo 2015)

- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, (Oslo 2011)
- Hagstrøm/Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, (Oslo 2014)
- Hallsteinsen (2018) Hallsteinsen, Peter, *Alminnelig obligasjonsrett*, (Oslo 2018)
- Hørlyck (1996) Hørlyck, Erik, *Tilvirkningskøbet*, (København 1996)
- Høgberg/Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, (Oslo 2019)
- Kaasen (2018) Kaasen, Knut, *Tilvirkningskontrakter*, (Oslo 2018)
- Lilleholt (2018) Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett. Fleire rettar til same formuesgode*, 2. utgave, (Oslo 2018)
- Lilleholt (2000) Lilleholt, Kåre, "Bruk av reelle omsyn i formueretten", *Jussens Venner*, 2000 s. 49-60
- Lilleholt (2017) Lilleholt, Kåre, *Kontraktsrett og Obligasjonsrett*, (Oslo 2017)
- Marthinussen/Giverholt/Arvesen (2016) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, 4. utgave, (Oslo 2016)
- Meland (2019) Meland, Øystein, *Shipbuilding Contracts*, (Oslo 2019)

- Mestad (1991) Mestad, Ola, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt* (Oslo 1991)
- Mikelsen (2011) Mikelsen, Anders B., *Hindringsfritak; Det såkalte kontrollansvaret i kjøpsloven § 27*, (Oslo 2011)
- Munukka (2007) Munukka, Juri, *Kontraktuell Lojalitetsplikt*, (Stockholm 2007)
- Nordtvedt m.fl. (2013) Nordtvedt, Henning Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik og Johnny Johansen, *NS 8407*, (Oslo 2013)
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004)
- Ramberg/Herre (2016) Ramberg, Jan og Johnny Herre, *Internationella köplagen, (CISG), 4. upplagan*, (Stockholm 2016)
- Sandvik (1966) Sandvik, Tore, *Entreprenørrisikoen*, (Oslo 1966)
- Sandvik (1977) Sandvik, Tore, *Kommentar til NS 3401*, (Oslo 1977)
- Schlechtriem/Scwenzer (2016) Schlechtriem, Peter og Ingeborg Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4. utgave, (Oxford 2016)
- Simonsen (1999) Simonsen, Lasse, "Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene", *Jussens Venner*, 1999 s. 305-398

- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, (Oslo, 2018)
- Torvund (1997) Torvund, Olav, *Kontraksregulering: IT-kontrakter*, (Oslo 1997)
- Tørum (2007a) Tørum, Amund Bjøranger, *Direktekrav*, (Oslo 2007)
- Tørum (2019) Tørum, Amund Bjøranger, *Interpretation of commercial contracts*, (Oslo 2019)
- Tørum (2007b) Tørum, Amund Bjøranger, "Nordisk obligasjonsrett og dens betydning for norsk kontraktsrett", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 s. 536-578
- Tørum (2010) Tørum, Amund Bjøranger, "Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entrepris ", *Tidsskrift for forretningsjus*, 2010 s. 148-195
- Tørum (2015) Tørum, Amund Bjøranger, "The Exceptions in CISG Article 2 (e) for 'Ships' and 'Vessels' – Particularly on Sales of Offshore Units and Construction of Ships and Offshore Units" i *A Tribute to Joseph M. Lookofsky*, Mads Bryde Andersen og René Franz Henschel (red.) (København 2015) s. 381-392.
- Udsen (2019) Udsen, Henrik, *IT-ret*, 4. utgåve (København 2019)

Internasjonale modellregler

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Principles of European Contract Law (PECL)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 (UPICC)

Standardkontrakter

Alminnelige betingelser for levering av maskiner samt annet mekanisk, elektrisk og elektronisk utstyr i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige 2017 (NL 17)

Alminnelige betingelser for levering med montering av maskiner samt annet mekanisk, elektrisk og elektronisk utstyr i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige 2019 (NLM 19)

BIMCO Standard Shipbuild Contract (NEWBUILDCON)

Dataforeningens PS2000 versjon 3.12 (PS2000)

IKT-Norge "Utviklingsavtalen" pr. september 2019

Norsk fabrikkasjonskontrakt 1987 (NF 87)

Norsk fabrikkasjonskontrakt 1992 (NF 92)

Norsk fabrikkasjonskontrakt 2005 (NF 05)

Norsk fabrikkasjonskontrakt 2007 (NF 07)

Norsk fabrikkasjonskontrakt 2015 (NF 15)

Norske innkjøpsbetingelser 2016 (NIB 16)

Norsk totalkontrakt 2000 (NTK 2000)

Norsk totalkontrakt 2005 (NTK 05)

Norsk totalkontrakt 2007 (NTK 07)

Norsk totalkontrakt 2015 (NTK 15)

Norsk totalkontrakt MOD 2015 (NTK MOD 15)

Norsk totalkontrakt MOD&Modul 2015 (NTK MOD&Modul 15)

Norwegian Standard Shipbuilding Contract (SHIP 2000)

Norwegian Subsea Contract (NSC 05)

NS 3401

NS 8405

NS 8407

Statens Standardavtale for IT-anskaffelser: "Utviklings- og tilpasningsavtalen. Avtale om levering av programvare som utvikles eller tilpasses for Kunden" 2018 (SSA-T)

Utenlandske lover

Dansk lov 6. april 1906 nr. 102 om kjøb (Købeloven).

