

Begrepene
"conditions", "warranties",
"representations" og "covenants"

Behovet for og konsekvensene av å bruke begrepene og deres opprinnelige funksjoner etter engelsk rett i kontrakter regulert av norsk rett

Kandidatnr: 124
Veileder: Giuditta Cordero Moss
Leveringsfrist: 10.11.2005

Til sammen 39451 ord

30.01.2006

Innholdsfortegnelse

DEL I - INNLEDNING	1
1 AVHANDLINGENS BAKGRUNN – PROSJEKTTILKNYTNING	1
2 KORT OM AVHANDLINGENS TEMA.....	4
2.1 BEGRUNNELSEN FOR Å ANALYSERE DE FIRE VALGTE BEGREPENE SAMLET	4
2.2 HOVEDPROBLEMSTILLINGER	4
2.3 NÆRMERE OM PROBLEMSTILLINGENE VED BRUKEN AV DE FORSKJELLIGE BEGREPENE	5
2.3.1 KATEGORIEN ”CONDITIONS”, HERUNDER ”WARRANTIES” SOM TEORETISK MOTSATS	5
2.3.2 KATEGORIEN ”REPRESENTATIONS AND WARRANTIES”	6
2.3.3 KATEGORIEN ”COVENANTS”	10
3 METODE	14
DEL II: ENGELSK RETT – BEGREPENES OG KATEGORIENES OPPRINNELIGE FUNKSJON OG BETYDNING.....	18
4 INNLEDNING.....	18
5 ”CONDITIONS”, HERUNDER ”WARRANTIES” SOM TEORETISK MOTSATS	19
5.1 FORSKJELLIGE BETYDNINGER AV BEGREPET ”CONDITIONS”	19
5.2 FORSKJELLIGE BETYDNINGER AV BEGREPET ”WARRANTIES”	20
5.3 KANSELLERINGSADGANGEN VED BRUDD PÅ ”CONDITIONS” SOM UNNTAK FRA HOVEDREGELN OM NÅR KONTRAKTEN KAN KANSELLERES.....	21

5.4	BEGRUNNELSEN FOR AT PARTENE FORHÅNDSREGULERER	
	KANSELLERINGSADGANGEN VED Å KATEGORISERE VILKÅR SOM "CONDITIONS"	25
5.5	HVORDAN PARTENE KATEGORISERER VILKÅR SOM "CONDITIONS"	26
5.5.1	INNLEDNING	26
5.5.2	GENERELLE UTGANGSPUNKTER FOR VURDERINGEN AV OM PARTENE HAR KATEGORISERT VILKÅR SOM "CONDITIONS" – ENGELSK TOLKINGSLÆRE	27
5.5.3	TYPISKE EKSEMPLER PÅ PARTENES (FORSØK PÅ) KATEGORISERING AV VILKÅR SOM "CONDITIONS"	30
5.6	UTTØMMENDE OPPLISTING AV TILGJENGELIGE MISLIGHOLDSBEFØYELSER – INDIREKTE REGULERING AV VILKÅR SOM "WARRANTIES"	34
5.7	SITUASJONEN NÅR PARTENE IKKE TILSTREKKELIG KLART HAR KATEGORISERT VILKÅR SOM "CONDITIONS"	35
5.8	KATEGORISERING GJENNOM TIDLIGERE RETTSPRAKSIS OG LOVGIVNING.....	37
6	"REPRESENTATIONS" OG "WARRANTIES"	38
6.1	INNLEDNING	38
6.2	HVORFOR OPPLYSNINGENE INNTAS I KONTRAKTEN.....	38
6.2.1	INGEN GENERELL OPPLYSNINGSPLIKT I ENGELSK KONTRAKTSRETT – HOVEDREGELEN FØLGER PRINSIPPET OM "CAVEAT EMPTOR"	38
6.2.2	FORSKJELLEN MELLOM PRE-KONTRAKTUELLE OPPLYSNINGER ("REPRESENTATIONS" I EGENTLIG FORSTAND) OG OPPLYSNINGER SOM UTGJØR KONTRAKTSVILKÅR.....	40
6.2.3	NÅR ER OPPLYSNINGER KUN PRE-KONTRAKTUELLE OG NÅR UTGJØR DE VILKÅR I KONTRAKTEN – "PAROL EVIDENCE RULE"	42
7	"COVENANTS"	46
7.1	INNLEDNING	46
7.2	DEN OPPRINNELIG BETYDNINGEN AV BEGREPET "COVENANTS" – KONTRAKTER SOM UTLEDER SIN GYLDIGHET FRA FORMEN ("DEEDS")	46
7.3	TILTENKT BETYDNING AV BEGREPET OG KATEGORIEN "COVENANTS" SLIK DE BRUKES I KONTRAKTER I DAG – MISLYKKET FORSØK PÅ "DEEDS" ELLER KUN EN GJENKJENNELIG "MERKELAPP" FOR EN TYPE FORPLIKTELSE.....	49
8	KONKLUSJON – HVORFOR INNDELES KONTRAKTSFORPLIKTELSE I KONTRAKTEN I DE TRE HOVEDKATEGORIENE.....	51

DEL III NORSK RETT – BEHOVET FOR OG KONSEKVENSENE AV Å KATEGORISERE KONTRAKTSFORPLIKTELSENE TILSVARENDE ETTER ENGELSK RETT	54
9 INNLEDNING.....	54
10 ”CONDITION”	55
10.1 INNLEDNING	55
10.2 UTGANGSPUNKTET I BAKGRUNNSRETEN FOR NÅR KONTRAKTEN KAN HEVES – HOVEDREGELEN OM VESENTLIG KONTRAKTBRUDD.....	56
10.3 PARTENES BEHOV FOR Å KUNNE KONTRAKTSREGULERE HEVINGSADGANGEN – VESENTLIGHETSKRAVET GIR IKKE TILSTREKKELIG FORUTBEREGNELIGHET	57
10.4 LØSNINGER I DEKLARATORISK BAKGRUNNSRETT SOM TILSTREBER EN FORUTBEREGNELIG HEVINGSADGANG.....	57
10.5 PARTENES ADGANG TIL Å KONTRAKTSREGULERE HEVINGSADGANGEN – GENERELLE UTGANGSPUNKT.....	60
10.6 NORSK TOLKINGSLÆRE OG DENS BETYDNING FOR PARTENES MULIGHET TIL Å KONTRAKTSREGULERE HEVINGSADGANGEN	62
10.7 TOLKING AV DE TYPISKE EKSEMPLER PÅ REGULERING AV HEVINGSADGANGEN .	69
10.7.1 “CONDITIONS”	72
10.7.2 “(TIME IS) OF THE ESSENCE”	72
10.7.3 “ANY BREACH ENTITLES THE INNOCENT PARTY TO RESCIND THE CONTRACT”	81
10.8 MULIGHETEN FOR SENSUR ETTER AVTL. § 36	84
10.9 UTTØMMENDE KONTRAKTSREGULERING AV TILGJENGELIGE MISLIGHOLDSBEFØYELSER.....	91
10.10 KONKLUSJON	95
11 ”REPRESENTATIONS AND WARRANTIES”	97
11.1 INNLEDNING	97
11.2 BEHOVET FOR Å GI OPPLYSNINGER I ET SLIKT OMFANG SOM ”REPRESENTATIONS AND WARRANTIES” TYPISK INNEBÆRER – REGLER OM OPPLYSNINGSPLIKT.....	98
11.3 BEHOVET FOR Å NEDFELLE SKRIFTLIG I KONTRAKTSDOKUMENTET DE OPPLYSNINGER SOM ER GITT FORUT FOR KONTRAKTSINNGÅElsen.....	103

11.4	MULIGHETEN FOR AT KATEGORIEN ”REPRESENTATIONS AND WARRANTIES” INNEBÆRER EN TOLKINGSPRESUMSJON FOR AT KREDITOR HAR AKSEPTERT RISIKOEN FOR OPPLYSNINGER SOM IKKE ER NEDFELT I KONTRAKTEN	106
11.5	SPESIELLE KONSEKVENSER SOM FØLGE AV NORSK RETT - GARANTIANSVAR	112
11.6	KONKLUSJON	115
12	”COVENANTS”	117
12.1	INNLEDNING	117
12.2	BEHOVET FOR OG KONSEKVENSENE AV Å BENYTTE KATEGORIEN ”COVENANTS”	117
12.3	KONKLUSJON	119
13	KONKLUSJON.....	120
14	LITTERATURLISTE	123

DEL I - Innledning

1 Avhandlingens bakgrunn – prosjekttilknytning

Avhandlingen er skrevet som ledd i prosjektet "Anglo-American Contract Models and Norwegian or Other Civil Law Governing Law" (heretter kalt Prosjektet).¹ Prosjektet har som formål å klarlegge virkningene av bruken av anglo-amerikanske kontraktsmodeller i kontrakter regulert av norsk rett, eller andre lands rett som anses å følge "civil law". Avhandlingen er begrenset til anvendelsen etter norsk rett.

Økt bruk av anglo-amerikanske kontraktsmodeller som følge av internasjonalisert handel

I de senere tiår har vi vært vitne til en stadig økende grad av internasjonalisering, også innen handel og dermed innen kontraktsforhold og kontraktsinngåelser. Et trekk i denne utviklingen er både at engelsk blir mer og mer vanlig som kontraktsspråk, samt at anglo-amerikanske kontraktsmodeller i stadig økende grad har påvirket kontraktsutformingen ved internasjonale kontrakter. Disse modellene er basert på "common law" som er betegnelsen på den rettstradisjon anglo-amerikanske land følger.² Det er dermed innholdet i "common law" som bakgrunnsrett som har vært grunnlaget for og bestemmende for utformingen av anglo-amerikanske kontraktsmodeller.

Også kontrakter inngått på nasjonalt plan er blitt påvirket av denne utviklingen, og Norge er ikke noe unntak. Norske kommersielle kontraktsparter, og herunder norske advokater, benytter seg i stadig økende grad av engelsk som kontraktsspråk samt av

¹ For mer informasjon om Prosjektet se: http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/index.html.

² Se Kötz/Zweigert s. 180 flg.

anglo-amerikanske kontraktsmaler. Dette gjelder også de tilfellene hvor kontrakten skal reguleres av norsk rett, og ikke av "common law".

Konflikter som følge av forskjeller mellom anglo-amerikansk rett og norsk rett – mangel på bevissthet om dette hos kontraktspartene

Norsk kontraktsrett anses gjerne å falle inn under den kontinental-europeiske tradisjonen kalt "civil law",³ og denne rettstradisjonen anses for å være nokså forskjellige fra "common law". Slike forskjeller medfører konflikter eller spenninger mellom den rettstradisjon og de rettslige konsepter som ligger bak utformingen av kontraktsmodellene og det rettsystem som kontraktene faktisk skal reguleres etter. Kontraktsmodeller tilpasset "common law" kan få både uønskede, unødvendige og til tider uante konsekvenser når de fjernes fra sin "naturlige kontekst" og implementeres mer eller mindre etter "klipp og lim"-metoden i kontrakter regulert av norsk rett.

Dersom partene ikke er seg bevisst disse problemene og ikke sørger for noen form for samkjøring av de adopterte kontraktsmodellene og det rettsystem som regulerer kontraktsforholdet, vil det kunne oppstå usikkerhet rundt innholdet i kontrakten. En av hovedtesene i Prosjektet og avhandlingen er at kontraktspartene ofte bruker "common law" baserte kontraktsmodeller i kontrakter regulert av norsk rett uten å være seg bevisst kontraktsmodellenes opprinnelige betydning eller funksjon. Prosjektet ønsker derfor å identifisere og behandle de eventuelle problemene som kan oppstå som følge av denne bruken. Hovedvekten vil ligge på hvordan norske domstoler vil tolke kontraktsreguleringene objektivt sett etter sin ordlyd, under forutsetningen om at partene ikke har vært seg bevisst kontraktsreguleringenes opprinnelige betydning eller funksjon.

³ Det er sikkert at norsk rett ikke tilhører "common law"-systemet. Hvor klart norsk rett kan sies å være typisk "civil law" er derimot ikke like sikkert. Kötz/Zweigert konkluderer på s. 277 med at nordisk og skandinavisk rett tilhører "civil law", men at de nordiske land må sies å utgjøre en egen rettsfamilie under kategorien "civil law".

Prosjektets fokus på anglo-amerikanske "boiler-plate"-klausuler og visse "standard"-begreper

Så langt har det vært tale om anvendelsen av anglo-amerikanske kontraktsmodeller. Mer spesifikt ønsker Prosjektet for det første å se på visse typer mer generelle klausuler som anvendes nokså uendret uavhengig av hva slags kontraktsobjekt kontrakten gjelder, såkalte "boiler-plate" klausuler.⁴ Slike klausuler angår typisk den mer grunnleggende "driften" av selve kontrakten, i motsetning til vilkår som gjelder det spesifikke kontraktsobjektet i kontrakten og selve det materielle innholdet i transaksjonen.⁵

For det andre ønsker prosjektet særlig å analysere visse begreper som typisk går igjen i anglo-amerikanske kontraktsmodeller. Det er slike begreper denne avhandlingen fokuserer på.

⁴ Se Anderson s. 2.

⁵ Se Anderson s. 42, Christou s. 1.

2 Kort om avhandlingens tema

2.1 Begrunnelsen for å analysere de fire valgte begrepene samlet

Avhandlingen tar for seg bruken av de fire begrepene ”conditions, warranties, representations” og ”covenants” i kontrakt. Årsaken til at akkurat disse fire begrepene er valgt, er at de går igjen i anglo-amerikanske kontraktsmodeller, og dermed i kontrakter regulert av norsk rett hvor partene har anvendt disse modellene. Riktignok går flere andre begreper også igjen i kontraktene. Det som like fullt begrunner en samlet behandling av de fire nevnte begrepene, er at de har til felles at de brukes til å kategorisere forskjellige typer kontraktsforpliktelser i kontrakten.

2.2 Hovedproblemstillinger

Kategoriseringene som begrepene utgjør, reiser felles problemstillinger. Disse problemstillingene vil gå igjen i avhandlingen som en rød tråd ved behandlingen av de forskjellige kategoriene, selv om det nærmere innholdet i kategoriene er helt forskjellig. Den første problemstillingen, som skal danne bakteppet for behandlingen etter norsk rett, er hva partene etter ”common law” eventuelt oppnår, eller tror de oppnår, ved å kategorisere forskjellige typer kontraktsforpliktelser ved hjelp av disse begrepene. Dette skal behandles under Del II i avhandlingen. I Del III skal det så klarlegges om vi etter norsk rett eventuelt har det samme behovet for å foreta tilsvarende kategoriseringer av forpliktelsene i kontrakten. Deretter blir spørsmålet hvordan kategoriseringene vil bli tolket av en norsk domstol. I den grad kategoriseringene medfører virkninger, enten de er nødvendige, hensiktsmessige eller uønskede, er det ytterligere et spørsmål om det foreligger skranker i norsk kontraktsrett som begrenser disse virkningene. Typiske eksempler på slike skranker er avtalelovens⁶ § 36.

⁶ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (avtl.).

2.3 Nærmere om problemstillingene ved bruken av de forskjellige begrepene
I det følgende skal de betydninger av begrepene som er relevante i avhandlingen, og de hovedproblemstillinger disse reiser, kort presenteres.

2.3.1 Kategorien "conditions", herunder "warranties" som teoretisk motsats
Betydningen av å kategorisere vilkår som "condition" – regulering av adgangen til å kansellere kontrakten ved kontraktsbrudd

Som det vil fremgå nedenfor i punkt 5.1, kan begrepet "condition" ha forskjellige betydninger. Blant annet kan kategorisering av vilkår som "conditions" definere når kontraktbrudd skal gi en part rett til å kansellere⁷ kontrakten. Vilkår definert som "conditions" i denne sammenheng, er vilkår som anses essensielle i kontrakten. Ethvert kontraktsbrudd på slike vilkår tillater kansellering av kontrakten uavhengig av årsaken til kontraktsbruddet og uavhengig av de faktiske konsekvensene av kontraktsbruddet. Det er denne adgangen til å regulere kanselleringsadgangen ved kontraktsbrudd gjennom kategorisering av vilkår som "conditions" som er avhandlingens hovedanliggende i forbindelse med begrepet "conditions".

Eksempler på bruk av "conditions"

"Conditions" i den nevnte betydning kan angå en hvilken som helst forpliktelse i kontrakten, selv om det nok først og fremst er de mer sentrale forpliktelsene som defineres som "conditions". Men som det vil fremgå, skjer ikke dette nødvendigvis ved at forpliktelsene samles inn under betegnelsen "conditions", og bruken av begrepet er som regel heller ikke alene avgjørende for hvorvidt vilkår anses som "conditions" i den nevnte betydning. Kategoriseringen forsøkes ofte foretatt ved bruk av andre "standard" uttrykk. Eksempler i så måte er at et vilkår angis å være essensielt (jfr. for eksempel "of the essence") i kontrakten, eller at konsekvensene av kontraktsbrudd på det aktuelle vilkår er direkte regulert i kontrakten. Det gjengis derfor ingen eksempler på en liste over typiske "conditions" i kontrakten.

⁷ Ettersom "heving" etter anglo-amerikansk rett ikke nødvendigvis er identisk med "heving" etter norsk rett, vil ordet "kansellering" brukes i forbindelse med anglo-amerikansk rett for å unngå misforståelser.

Betydningen av begrepet "warranties" i forhold til "conditions" – teoretisk motsats

I forhold til den nevnte betydning av begrepet "conditions" fungerer begrepet "warranties" som en teoretisk motsats. Vilkår som anses som "warranties", er de mindre viktige vilkårene i kontrakten. Kontraktsbrudd på slike vilkår gir i utgangspunktet aldri rett til å kansellere kontrakten, uavhengig av årsaken til kontraktsbruddet og uavhengig av de faktiske konsekvensene av kontraktsbruddet. Denne typen "warranties" omtales som en teoretisk motsats fordi det ikke er vanlig at partene bruker begrepet for å definere vilkår på denne måten. Det er først og fremst domstolen som bruker, eller snarere brukte, "warranties" i denne betydningen som en "sekkepost" for alle de vilkår som partene ikke hadde kategorisert som "conditions". Partenes bruk av begrepet "warranties" i denne betydningen er derfor ikke av praktisk interesse, og heller ikke et tema i denne avhandlingen. Imidlertid kan det tenkes at partene mer indirekte har regulert virkninger av kontraktsbrudd tilsvarende betydningen av "warranties", og dette vil behandles.

Hovedproblemstillinger i forhold til "conditions"

I Del II skal det først avklares hvordan og hvorfor partene kan og vil regulere en ubetinget adgang til å kansellere kontrakten etter anglo-amerikansk rett ved bruk av kategorien "conditions". Deretter blir spørsmålet i Del III i hvilken grad partene etter norsk rett har en tilsvarende adgang til og et tilsvarende behov for å kontraktsregulere en ubetinget adgang til å heve kontrakten. Vurderingstemaet blir hvordan norske domstoler vil tolke de reguleringene som typisk anvendes i anglo-amerikanske kontraktsmodeller for å kategorisere vilkår som "conditions" i den nevnte betydning, og om det eksisterer skranker i norsk rett som hindrer partene fra å kunne kontraktsregulere en ubetinget adgang til å heve kontrakten.

2.3.2 Kategorien "representations and warranties"

Betydningen av å bruke "representations and warranties" i kontrakten – oppstilling av alle relevante opplysninger om faktisk forhold som partene inntår for

Uttrykket "representations and warranties", eller bare "representations" eller "warranties", går ofte igjen i kommersielle kontrakter som overskrift for en oppstilling av opplysninger vedrørende de fleste aspekter ved kontraktsobjektet og partene som partene inntår for og garanterer at er riktige. Selve begrepene har begrenset selvstendig juridisk funksjon. Selv om visse aspekter ved bruken av begrepene skal

behandles, er hovedanliggende i avhandlingen hvorfor partene gjennom "representations and warranties" inntar en slik liste med opplysninger i selve kontrakten. Listen over opplysninger er ofte nokså lang, omfattende og detaljert, og inneholder blant annet opplysninger som må sies å utgjøre nokså grunnleggende forutsetninger for at partene kan og vil inngå kontrakten.

Eksempler på bruk av "representations and warranties" – kontraktstister over opplysninger om faktiske forhold som partene inntar for

Noen av de typiske eksemplene på typer av opplysninger som partene inntar i kontrakten som "representations and warranties" er følgende: 1) bekreftelse på at en person har myndighet og kompetanse til å inngå kontrakt på vegne av noen, typisk et selskap, 2) garanti for at parten sørger for å inneha alle nødvendige tillatelser m.m. for å kunne gjennomføre kontrakten, som eksport lisens osv., samt at kontrakten og dens gjennomføring ikke medfører brudd med gjeldende lover og regler, 3) bekreftelse på at parten, typisk et selskap, eksisterer og fungerer i henhold til de regler som gjelder, 4) bekreftelse på at for eksempel varer som leveres, ikke krenker immaterielle rettigheter til en tredje part eller 5) vilkår som gjelder kontraktobjektets kvalitet.⁸ Denne typen kontraktsvilkår er veldig vanlig ved virksomhetsoverdragelser og ved låneavtaler.⁹ Men også ellers i alle typer kontrakter brukes "representations and warranties".

Som illustrasjon på hvordan en liste med "representations and warranties" kan se ut kan det vises til følgende eksempel fra et norsk advokatfirmas standardmal for virksomhetsoverdragelse gjennom aksjekjøp:

Pkt. X Representations and warranties of the seller

Without prejudice to any legal warranties, the Seller warrants and represents the following at the date of this Agreement as well as at the date of Completion:

/eller

⁸ Se Christou s. 82 flg., Fosbrook /Laing s. 646, Anderson s. 194.

⁹ Hva gjelder låneavtaler, angår gjerne "representations and warranties" lånetakerens kredittverdighet, jfr. Dalhuisen s. 283.

The Seller represents and warrants to the Buyer that the following statements are true and correct:

Pkt. X.1 Capacity of the Seller
Pkt. X.2 Incorporation of the Company
Pkt. X.3 Share Capital
Pkt. X.4 Interests – Profit sharing agreements
Pkt. X.5 Accounts
Pkt. X.6 Assets
Pkt. X.7 Intellectual property rights
Pkt. X.8 Employees
Pkt. X.9 Indebtedness
Pkt. X.10 Litigation
Pkt. X.11 Tax Regulations
Pkt. X.12 Authorisations and other permits
Pkt. X.13 Law and regulations

...

Pkt. X.14 Representations, Warranties and Exhibits true and correct

The representations and warranties contained herein, as well as the Exhibits attached, are true, exact and complete as of the date of this Agreement. The Seller has disclosed to the Buyer all material facts that the Seller has been or should have been aware of, which, if they had been known to the Buyer, would have changed its intention to purchase the Shares or modified in a substantial way the conditions of its purchase

Pkt. Y Representations and warranties of the buyer

Pkt. Y.1 The Buyer represents and warrants to the Seller that the Buyer is a company which is duly incorporated and registered, and that it validly exists under Norwegian law.

Pkt. Y.2 The Buyer represents and warrants the the entering into of this Agreement has been duly authorised by its corporate bodies and that this Agreement constitutes for it an agreement which is binding in accordance with its terms, provided that the Board of Directors of the Buyer has approved this Agreement according to Clause x.y.z.

En rekke av punktene er kun gjengitt med overskriften og ikke selve kontraktsteksten. Årsaken til dette er at hovedpoenget ikke er å analysere de enkelte opplysningene, men å vise typen og mengden av opplysninger som inntas. Det er ikke av interesse å oppgi forfatteren bak malen, ettersom den først og fremst er ment som et tenkelig eksempel. Det påpekes at malen på ingen måte nødvendigvis er ferdig og endelig i sin utforming.

Som eksempel på "representations and warranties" i engelsk juridisk teori kan nevnes:

"Each of the parties warrants that it has the power to enter into this agreement [and has obtained all necessary approvals to do so].

And

Party A warrants and undertakes that it is not aware of at the date of this agreement of anything within its reasonable control which might or will adversely affect its ability to fulfil its obligations under this agreement.”¹⁰

Et annet eksempel er:

“The [Assignor] warrants to the the [Assignee] that the [specify Product/Services/other] are:

[Title/Ownership/Authority]
[Copyright ownership]
[Assignment/Licence/Rights]
[Copyright clearance]
[Defamation/obscenity]
[Legal Capacity]
[Product Liability]
[Confidentiality]
[Compliance]
[Costs]
[Payment]
[Delivery/Risk]”¹¹

Hovedproblemstillinger ved bruken av ”representations and warranties”

Sett med norske øyne kan det fremstå som noe unødvendig og overdrevent å innta den mengde opplysninger, og den type opplysninger, ”representations and warranties” typisk inneholder. Mange av disse opplysningene skulle være antatt dekket av den norske bakgrunnsrettens regler om opplysningsplikt. I Del II vil det redegjøres for hvorfor det etter anglo-amerikansk rett eventuelt er nødvendig og/eller ønskelig med en slik omfattende skriftlig kontraktsregulering av opplysninger om faktiske forhold. Det er både spørsmål om hvorfor det eventuelt er nødvendig og/eller hensiktsmessig å gi opplysninger av en slik type og i et slikt omfang det er tale om, samt hvorfor det eventuelt er nødvendig og/eller hensiktsmessig å nedfelle opplysningene skriftlig i kontraktsdokumentet. Deretter blir spørsmålet i Del III om det etter norsk rett er like nødvendig og/eller hensiktsmessige å gi samt å nedfelle skriftlig i kontrakten

¹⁰ Se Anderson s. 194.

¹¹ Se Fosbrook/Laing s. 646.

opplysninger av tilsvarende type og i tilsvarende omfang, og om det eventuelt kan ha andre konsekvenser å nedfelle dem. Sistnevnte gjelder blant annet spørsmål om rent objektivt erstatningsansvar for opplysningenes riktighet, samt om kategorien kan og vil tolkes uttømmende til at partene har ekskludert bakgrunnsrettens regler om opplysningsrisiko og opplysningsplikt for opplysninger som ikke er nedfelt i kontrakten.

Behandlingen avgrenses til opplysninger som inntreffer for ved kontraktsinngåelsen – ”continuing representations” faller utenfor

Avhandlingen fokuserer på de opplysninger om faktiske forhold det er ”garantert” for at stemmer ved avtaleinngåelsen. Ofte vil kontrakten også kunne inneholde vilkår om at visse av de samme opplyste, faktiske forhold ikke bare skal stemme ved kontraktsinngåelsen, men også under hele kontraktens forløp. Dette blir noen ganger kalt ”continuing representations”. Også for ”continuing representations” vil det etter norsk rett kunne oppstå spørsmål blant annet rundt opplysningsplikten og de skranker norsk rett oppstiller hva gjelder adgangen for partene til å kontraktsregulere denne, men det avgrenses videre mot ”continuing representations”.

2.3.3 Kategorien ”covenants”

Betydningen av å bruke ”covenants” i kontrakten – normalt ingen rettslig betydning med visse unntak

I likhet med de andre begrepene går ”covenants” ofte igjen i anglo-amerikanske kontraktsmaler, og da typisk som overskrift for en viss type forpliktelser. Forpliktelsene er som regel restriksjoner på eller påbud om fremtidige handlinger. I for eksempel låneavtaler vil lånetaker avstå fra visse handlinger, forplikte seg til å opprettholde finansielle parametre, sørge for finansielle og andre former for opplysninger regelmessig, samt eventuelt forplikte seg til ikke å påta seg nye forpliktelser, pådra seg mer gjeld eller selge eiendeler.¹² Vilkårene vil ofte kunne gjelde krav om at visse faktiske forhold opprettholdes, og dermed være en videreføring av ”representations and warranties” under selve kontraktsoppfyllelsen.

¹² Se Dalhuisen s. 283.

Som det vil fremgå senere, har verken bruken av begrepet "covenants" for å kategorisere kontraktens handlingspåbud og –forbud, eller selve kategoriseringen av slike forpliktelser, noen tilsynelatende funksjon eller betydning rettslig sett etter anglo-amerikansk rett. Men det eksisterer også en formell form for "covenants" som avleder sin gyldighet fra formen. Bruken av denne typen "covenants" har fortsatt betydning for visse sider ved anglo-amerikansk rett. Av interesse for avhandlingen gjelder dette særlig gyldigheten av ensidige disposisjoner. Dette temaet vil behandles, selv om bruken av "covenants" i den formaliserte formen ikke er typisk for kontraktene avhandlingen fokuserer på.

Eksempler på bruken av "covenants" i kontrakten

Som eksempel på bruken av "covenants" i et norsk advokatfirmas standardmal for virksomhetsoverdragelse gjennom aksjekjøp, kan det vises til følgende:¹³

Section X Covenants

Section X.1 General

Without limiting the generality of any other provisions of this Agreement, each of the parties will use all reasonable efforts to take all action and to do all things necessary, proper or advisable in order to consummate and make effective the transactions contemplated hereby and to cause the Closing to occur as promptly as practicable.

Section X.2.1 Ordinary Course

From the date hereof until the Closing Date, except as provided in or contemplated by this Agreement, or to the extent that the Purchaser shall otherwise consent, the Seller shall carry on the Business in the ordinary course.

Section X.2.2 Certain Restrictions

Without limiting the generality of Section X.2.1, except as provided or contemplated by this Agreement, the Seller shall not, with respect to the Business, do any of the following from the date hereof until the Closing without the consent of the Purchaser:

- (a) sell, lease, license or otherwise dispose of any of the Business Assets which are, individually or in the aggregate, in the excess of EUR[], except for the sale of inventory in the ordinary course of business;

¹³ Hva gjelder eksempelets verdi vises det til kommentarene i punkt 2.3.2 til eksemplene på "representations and warranties".

- (b) acquire any assets to the Business which are, individually or in the aggregate, in the excess of EUR[];
- (c) create, extend, grant or issue, or agree to create, extend, or issue any Encumbrance over any of the Business Assets, in the excess of in aggregate EUR[];
- (d) except in the ordinary course of business, amend in any material respect or enter into any agreement of a type required to be disclosed pursuant to Section [];
- (e) in respect of any Acquired Company, declare or pay any dividend;
- (f) amend the certificate of incorporation or by-laws or similar organizational document of any Acquired Company, except for purposes of removing from the corporate name of such Acquired Company any reference to "...", "...", or "...";
- (g) make any increase in the remuneration, or otherwise amend or terminate the employment agreements of any Senior Executive; or
- (h) agree or make an offer capable of acceptance, whether in writing or otherwise, to any of the foregoing.

Section X.3	Governmental Approvals
...	
Section X.4	Third-Party Consents
...	
Section X.5	Employees
...	
Section X.6	Trademarks
...	
Section X.7	Release of Sellers Commitments
...	
Section X.8	Taxes
...	
Section X.9	Discharge of Directors and Related Matters
...	
Section X.10	Additional Real Property
...	
Section X.11	Non-competition

De siste punktene er ikke gjengitt med innhold ettersom hovedhensikten ikke er å vurdere den konkrete forpliktelse, men å illustrere typen forpliktelse som gjerne inngår i listen med "covenants".

Engelsk juridisk teori nevner følgende som eksempel på bruken av "covenants":

”Party A [undertakes to] [covenants with] Party B that it shall not disclose the Confidential Information to any person without Party B’s prior written consent.”¹⁴

Hovedproblemstillinger ved bruken av ”covenants”

Spørsmål som skal besvares i Del II, er hvorfor begrepet og kategorien brukes i anglo-amerikanske kontrakter, både hva gjelder den ”vanlige” og den formelle varianten.

Svaret på spørsmålet er det allerede hintet til ovenfor, ved at bruken i mange henseender ikke har noen tilsynelatende funksjon, med unntak av den formelle varianten. I Del III vil det problematiseres i hvilken grad det er behov for en kategorisering av de typiske forpliktelsene begrepet gjelder etter norsk kontraktsrett, samt om det er behov for en formalisert form for kontraktsinngåelse i forhold til ensidige disposisjoner.

¹⁴ Se Anderson s. 71.

3 Metode

Før vi beveger oss inn på beskrivelsen av begrepene i engelsk rett, er det visse metodiske aspekter som bør nevnes. Dette gjelder både enkelte grunnleggende forutsetninger, innfallsvinkelen i avhandlingen samt kildebruken.

Fokus på engelsk rett innenfor "common law"/anglo-amerikansk rett

Selv om Prosjektet i utgangspunktet legger til grunn bruken av anglo-amerikanske kontraktsmodeller, vil avhandlingen fokusere på den engelske delen av anglo-amerikansk rett, eller av "common law". Avgrensningen mot amerikansk rett er foretatt i samråd med veileder av hensyn til avhandlingens omfang og Prosjektets formål og fokus. I det følgende vil betegnelsen "engelsk rett" eller "engelsk kontraktsrett" brukes om den delen av "common law"/anglo-amerikansk rett som behandles.

Bruken av engelske rettskilder i avhandlingen

Avhandlingens beskrivelse av engelsk kontraktsrett bygger primært på engelske kontraktsrettslige standardverker, samt mer spesiell kontraktsrettslig litteratur som behandler de enkelte temaer som berøres. Ettersom rettspraksis er svært sentral i regeldannelsen og forståelsen av "common law" og dermed engelsk kontraktsrett, er litteraturen preget av en meget stor mengde henvisning til rettspraksis. Det anses ikke hensiktsmessig å gjengi all denne henvisningen til rettspraksis ved beskrivelsen av engelsk rett, selv om rettspraksis, og ikke den juridiske teori, er den primære og autoritære rettskilden. Kun de mer sentrale sakene hva angår avhandlingens temaer, vil nevnes. I tillegg vil avgjørelser der de faktiske forhold og/eller resultatet i avgjørelsen er av interesse som eksemplifiseringer, nevnes. Tilsvarende gjelder hvis avgjørelsen er av betydning for forståelsen av engelsk rett, eller av betydning for drøftelsen som foretas.

Prosjektets rådgivere

Prosjektet har tilknyttet seg rådgivere (heretter kalt "Rådgiverne") som har inngående kunnskap i anglo-amerikansk rett, både rent teoretisk samt hva gjelder den praktiske anvendelsen.¹⁵ Samtlige deltakere i Prosjektet har en løpende dialog med Rådgiverne for å kvalitetssikre at forståelsen og fremstillingen av anglo-amerikansk rett er korrekt. Den fremstillingen som er gitt av engelsk rett og de konklusjoner som trekkes der, er således kontrollert opp imot Rådgiverne. Selv om Rådgiverne ikke kan fungere som substitutt for engelske rettskilder hva gjelder kildehenvisninger i avhandlingen, vil det likefullt vises til deres synspunkter der det ikke lar seg gjøre å oppdrive noen egentlig rettskilde for den antakelse, påstand eller konklusjon som treffes.

Grunnleggende forutsetninger og avgrensninger

Ettersom avhandlingen er skrevet innenfor rammene av Prosjektet, er det visse forutsetninger som må legges til grunn. Når det gjelder bruken av anglo-amerikanske kontraktsmodeller i kontrakter som reguleres av norsk rett, vil det utelukkende fokuseres på kommersielle kontrakter. Det er en forutsetning at kontraktene er individuelt fremforhandlet og gjerne skrevet med advokatbistand, samt at partene er profesjonelle og noenlunde jevnbyrdige i forhandlingsstyrke med mer. Det avgrenses dermed mot forbruker og forbruker-lignende tilfeller samt standardkontrakter. Hovedforutsetningen er videre at kontraktene er skrevet på engelsk, men reguleres av norsk rett.

Generell kontra spesiell kontraktsrett

Både den norske og engelske kontraktsretten skal behandles generelt i avhandlingen. Temaene avhandlingen gjelder, er av generell karakter i engelsk kontraktsrett, og ikke begrenset eller avgrenset til kun visse typer kontrakter eller kontraktsområder. Det er naturlig å ha det samme perspektivet ved behandlingen av norsk kontraktsrett. Grunnet

¹⁵ Ed Peel, professor ("Fellow") ved Keeble College ved Oxford, samt Jim Percival, leder for tvisteløsningsavdelingen ("Head of Dispute Resolution") ved British Nuclear Fuels plc, fungerer som rådgivere for engelsk kontraktsrett. For amerikansk kontraktsrett fungerer Naomi J. Barnes som rådgiver. For informasjon om Rådgiverene se Prosjektets hjemmesider: http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/index.html.

avhandlingens omfang lar det seg heller ikke å gå inn på en analyse av hvert enkelt kontraktsområde. Det må derfor tas forbehold om at løsninger som skisseres i avhandlingen, er av generell art, og at avvikende løsninger kan tenkes ut fra særheter eller spesielle hensyn som gjør seg gjeldende innen det enkelte kontraktsområde. I den grad begrepene har avvikende betydninger eller funksjoner innen enkelte kontraktsområder i engelsk rett, vil dette nevnes, men avgrenses mot.

Hovedvekt på å analysere konsekvensene etter norsk rett, ikke å foreta en komparativ analyse

Hovedformålet i avhandlingen er ikke å foreta en komparativ analyse av norsk og engelsk kontraktsrett. Hovedformålet og fokuset ved komparativ analyse er å påpeke likheter og ulikheter mellom to rettsystemer og forklare sammenhenger og trekke linjer mellom dem, ut fra at dette har selvstendig verdi.¹⁶ Hovedformålet i avhandlingen er ikke å påpeke slike likheter, ulikheter og linjer mellom norsk og engelsk kontraktsrett, men å avdekke eventuelle problemstillinger som oppstår etter norsk kontraktsrett og norsk tolkingslære når de engelske begrepene og kategoriene ”implementeres” uendret i kontrakter regulert av norsk rett. Som utgangspunkt er forutsetningen at partene ikke har vært seg bevisst begrepene og kategoriseringenes eventuelle opprinnelige betydning, og derfor heller ikke hensyntatt dette ved vurderingen av kontraktsreguleringenes utforming. Hovedfokuset vil derfor ligge på en fortolking etter norsk rett av reguleringene slik de fremstår etter sin ordlyd. Men også situasjonen der den ”engelske virkningen” av kategoriseringene er eller kan være tilsiktet av partene selv om ikke dette nødvendigvis fremgår klart av ordlyden, vil vurderes. Dette for å avklare hvilke skranker som eksisterer i norsk rett i forhold til kategoriseringenes opprinnelige funksjon. Formålet er å identifisere og analysere de viktigste usikkerhetsfaktorene som reguleringene kan medføre i kontrakter regulert av norsk rett, for å avklare om kontraktspartene vil kunne bli møtt med uventede og kanskje uønskede tolkingsresultater, eventuelt om reguleringene etter sin ordlyd vil sensureres direkte eller indirekte etter norsk kontraktsrett. Og selv om reguleringene ikke har noen uønskede eller ønskede effekter eller noen virkning overhodet, vil selve bruken av dem

¹⁶ Se Kötz/Zweigert s. 1 flg. om komparativ metode og komparativ rett.

kunne skape usikkerhet og forvirring, og dermed være transaksjonshemmende for kontraktsinngåelser. Dette vil også være viktig å få belyst.

Selv om avhandlingen fokuserer på tolkingen av begrepene og kategoriseringene etter norsk rett, og ikke tilstreber en komparativ fremstilling, er det hensiktsmessig å gjøre rede for begrepene og kategoriseringenes opprinnelige funksjoner etter engelsk rett. For det første tjener en slik redegjørelse til å danne et bakteppe for behandlingen etter norsk rett og har dermed en informativ verdi. Videre vil det å få belyst eventuelle likheter eller forskjeller ved norsk og engelsk kontraktsrett kunne bidra til å bedre forståelsen for hvorfor klausulene og begrepene er eller ikke er nødvendige eller hensiktsmessige etter norsk rett, eventuelt hvorfor de samme løsninger ikke oppstår som etter engelsk rett. På denne måten vil leseren få en bedre forståelse av begrepene opprinnelige opphav, og dermed være bedre i stand til å vurdere hvorvidt det er nødvendig og hensiktsmessig å anvende dem etter norsk rett.

DEL II: Engelsk rett – Begrepenes og kategoriernes opprinnelige funksjon og betydning

4 Innledning

I denne delen av avhandlingen vil begrepenes og kategoriseringenes opprinnelige funksjon og betydning etter engelsk rett beskrives. Til tross for at hensynet til forutberegnelighet ligger bak partenes ønske om å foreta kategoriseringene, så er begrunnelsen for at de fremmer forutberegnelighet helt forskjellig for hver kategori. Innholdet i kategoriene angår også helt forskjellige sider ved engelsk kontraktsrett. Det er ikke hensiktsmessig å gi en felles eller generell beskrivelse av kategoriseringenes innhold eller svar på spørsmålet om hvorfor man etter engelsk kontraktsrett foretar kategoriseringene. Del II er derfor inndelt slik at kategoriseringene behandles hver for seg.

Hovedformålet er å gi en deskriptiv forklaring av kategoriseringenes funksjon og hvilke sider ved engelsk kontraktsrett som medfører at partene benytter kategoriseringene. Redegjørelsen tar utelukkende sikte på å behandle kontraktspartenes direkte eller indirekte kategoriseringer i den skriftlige kontrakten, og domstolens fortolkning av disse. Domstolenes eventuelle selvstendige bruk av begrepene og kategoriseringene, eller lovgivningens bruk, er ikke tema for avhandlingen, men vil kort nevnes for helhetens skyld.

5 "Conditions", herunder "warranties" som teoretisk motsats

I det følgende skal det først redegjøres for ulike betydninger av begrepet "conditions". Deretter vil det fokuseres på funksjonen "conditions" har i form av å kategorisere de viktige vilkårene i kontrakten, og som medfører at kontrakten kan kanselleres ved ethvert kontraktsbrudd på disse vilkårene. Behovet for en slik regulering vil bli forklart, og avslutningsvis vil det vises til noen eksempler på kontraktsreguleringer som partene typisk foretar i forsøk på å kategorisere vilkår som "conditions".

5.1 Forskjellige betydninger av begrepet "conditions"

"Conditions" som kategori av vilkår kan benyttes om en hvilken som helst type forpliktelse i kontrakten. Både vilkår som angår opplysninger om faktiske forhold som partene inntar for, vilkår om tid og sted for oppfyllelse, vilkår om kontraktsobjektets kvantitet og kvalitet og vilkår som angår konkurranseforhold, taushetsplikt med mer, kan bli kategorisert som "conditions".

Hvilken betydning begrepet blir tillagt varierer. "Condition" behøver ikke bety annet enn vilkår eller betingelse, uten å inneha noen selvstendig rettslig betydning.

Avhandlingens fokus er derimot der begrepet brukes i selvstendig rettslig betydning for å betegne de essensielle vilkårene i kontrakten. "Conditions" brukt i denne betydningen kan defineres som opplysninger om faktiske forhold eller løfter som danner essensielle vilkår i kontrakten.¹⁷ Hvis opplysningene viser seg så å være feil, eller løftene ikke blir oppfylt, gir dette rett til å kansellere kontrakten, samt kreve erstatning.¹⁸ Hovedpoenget er at kanselleringsadgangen er ubetinget av kontraktbruddets faktiske art eller konsekvenser, eller motivet for å kansellere kontrakten. Kontraktsbrudd på "conditions" er i seg selv tilstrekkelig til å kunne kansellere kontrakten.¹⁹ Partene kan altså styre kanselleringsadgangen ved kontraktsbrudd gjennom å kategorisere vilkår som

¹⁷ Se Anson s. 135.

¹⁸ Se Chitty pkt. 12-025.

¹⁹ Se Chitty pkt. 12-025, Anson s. 134.

”conditions”. Når det i det videre tales om ”conditions” i rettslig betydning, er det denne betydningen det vises til.

”Condition” ovenfor relaterer seg til vilkår om forpliktelsens innhold og om oppfyllelsen er i samsvar med dette, såkalte ”promissory conditions”. ”Condition” kan også ha en annen selvstendig rettslig betydning, hvor det relaterer seg til faktiske tilstander eller begivenheter, ofte eksterne i forhold til kontrakten, hvis inntreden eller mangel på sådan avgjør når forpliktelser inntreffer eller opphører, samt rekkefølgen de skal oppfylles i. Dette kalles ”contingent conditions”, som på norsk kan oversettes til ”betingende vilkår”. ”Contingent condition” omtales gjerne i kontrakten og i teorien som enten ”conditions precedent”, som på norsk kan sammenlignes med suspensive betingelser, eller ”conditions subsequent”, som på norsk kan sammenlignes med resolutive betingelser.²⁰ Ikke-oppfyllelsen av slike betingelser åpner ikke for noen misligholdsbeføyelser. Den suspenderer eller opphever kun forpliktelsen(e) til en eller begge parter.²¹ Det avgrenses mot denne typen ”conditions” i avhandlingen.²²

5.2 Forskjellige betydninger av begrepet ”warranties”

Begrepet ”warranty” har blitt beskrevet som ”one of the most ill-used expressions in the legal dictionary”.²³ I eldre rettspraksis ble det ofte brukt i betydningen ”condition” i forhold til kanselleringsadgangen, eller kun som en betegnelse på vilkår. Også i dag vil et vilkår som er kalt ”warranty”, kunne bli tolket til å utgjøre en ”condition”.²⁴ Men partene bruker begrepet i dag først og fremst kun som en betegnelse på vilkår, og ofte, alene eller sammen med ”representations”, som overskrift på vilkår om opplysninger om faktiske forhold som er inntatt i kontrakten og som partene garanterer for at er riktige. Dette behandles nedenfor i punkt 6. Men begrepet kan også referere til en type kontraktsvilkår som hvis de brytes, gir rett til å kreve erstatning, men, som utgangspunkt, aldri rett til å kansellere kontrakten. Dette gjelder uavhengig av hvor alvorlig bruddet er. Denne betydningen av ”warranties” er først og fremst reservert for

²⁰ Se Treitel s. 788-789 jfr. s. 761 og s. 62, Chitty pkt. 12-025 jfr. pkt. 12-027, pkt. 12-028 og pkt. 12-030.

²¹ Se Chitty pkt. 12-027.

²² Denne typen ”conditions” er gjenstand for egen avhandling i Prosjektet.

²³ Chitty pkt. 12-031. Avsnittet baserer seg på det nevnte punkt.

²⁴ Se Chitty pkt. 12-026, sml. Sale of Goods Act 1979 s. 11 (3).

de mindre viktige vilkårene i en kontrakt, eller de som er underordnet hovedformålet bak kontrakten.²⁵ Tilsynelatende benytter ikke partene seg av begrepet "warranties" i denne betydningen i kontrakten.²⁶ Dette er det først og fremst domstolen (eller lovgivningen) som gjør. Kategorien fungerer gjerne som en form for "sekkepost" for de vilkår som gjenstår etter at domstolen har identifisert de vilkår som partene har kategorisert som "conditions" i kontrakten.²⁷ Derimot kan det tenkes at partene uttømmende har kontraktsregulert hvilke misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende ved kontraktsbrudd, og at retten til å kansellere kontrakten ikke omfattes av disse beføyelsene. Resultatet vil da bli det samme som betydningen av "warranties" nevnt ovenfor. Denne type kontraktsregulering vil bli behandlet nedenfor i punkt 5.6.

For øvrig bør det nevnes at innen forsikringsrett har begrepet "warranties" ofte funksjonen til "conditions" i forhold til kanselleringsadgangen.²⁸ Brudd på "conditions" slik de brukes innen forsikringskontrakter, gir derimot ikke automatisk kanselleringsadgang, og brukes gjerne heller i betydningen "condition precedent".²⁹ Det avgrenses videre mot forsikringsrett i denne sammenheng.

5.3 Kanselleringsadgangen ved brudd på "conditions" som unntak fra hovedregelen om når kontrakten kan kanselleres

For å kunne forklare hvorfor partene har et behov for å kontraktsregulere kanselleringsadgangen ved kontraktsbrudd ved å kategorisere vilkår som "conditions", er det først nødvendig å beskrive hvilke misligholdsbeføyelser som "normalt" er tilgjengelige etter engelsk bakgrunnsrett, og når de kan benyttes.

²⁵ Sml. Sale of Goods Act 1979 s. 11(2).

²⁶ Dette fremgår ikke eksplisitt, men forutsetningsvis i den juridiske teori ved at partenes bruk av "warranties" i denne betydningen ikke fremheves, og dette er også bekreftet av Rådgiverne. Partenes bruk av begrepet i denne betydningen vil derfor ikke forutsettes eller behandles i Del III.

²⁷ Riktignok er også domstolenes kategorisering av vilkår som "warranties" blitt kraftig redusert etter fremveksten av en tredje type "mellomliggende" ("intermediate") vilkår. Dette behandles nedenfor i punkt 5.7. Primært er det i dag lovgivningen som fortsatt eventuelt klassifiserer vilkår som "warranties", jfr. for eksempel Sale of Goods Act 1979 s. 11(3), s. 12(5A).

²⁸ Se MacGillivray/Parkington s. 727 flg.

²⁹ Se MacGillivray/Parkington s. 793 flg.

Primære misligholdsbeføyelser som følge av uriktig oppfyllelse – erstatning og kansellering av kontrakten

En parts beføyelser overfor motpartens uriktige oppfyllelse av kontrakten består primært av retten til å kreve (økonomisk) kompensasjon for ikke å ha fått riktig oppfyllelse, og rett til å nekte å oppfylle, eventuelt kansellere kontrakten.³⁰

Naturaloppfyllelse(”specific performance”) er derimot en subsidiær beføyelse som tilkjennes etter domstolens skjønn dersom den ikke finner at erstatning kan kompensere partens tap tilfredsstillende.³¹

Når foreligger kontraktsbrudd i form av uriktig oppfyllelse

I forhold til resultatforpliktelser foreligger uriktig oppfyllelse dersom kontrakten ikke er presist og eksakt oppfylt.³² Oppfyllelsen må være nøyaktig innenfor den tidsramme som kontrakten angir, og nøyaktig etter den standard som kontrakten krever. Med unntak av mikroskopiske avvik, vil ethvert avvik utgjøre uriktig oppfyllelse og dermed kontraktsbrudd. Videre er kontraktsforpliktelser som utgangspunkt absolutte. Erstatningsansvaret er derfor rent objektivt og inntreer automatisk ved kontraktsbrudd, uavhengig av skyld eller årsak.³³

Når gir kontraktsbrudd som følge av uriktig oppfyllelse normalt rett til å kansellere kontrakten – kravet til ”substantial failure”

Dersom parten, i tillegg til å kreve erstatning, ønsker å kansellere kontrakten på grunn av motpartens uriktige oppfyllelse³⁴, kreves det som hovedregel at avviket fra riktig oppfyllelse er av en viss grad.³⁵ Dette avviket blir gjerne kalt ”substantial failure”. Når

³⁰ Se Treitel Remedies s. 1-2.

³¹ Se Anson s. 632-633, Treitel s. 1019 flg, Moss s. 178, Skarning s. 49.

³² Avsnittet baserer seg på Anson s. 499-500.

³³ Se Treitel Remedies s. 8, Skarning s. 46-47 samt s. 49.

³⁴ En parts rett til å kansellere kontrakten kan foruten ved uriktig oppfyllelse oppstå hvis den andre parten har avvist sitt ansvar for å oppfylle kontraktsforpliktelsene sine, eller har gjort det umulig å oppfylle disse, jfr. Anson s. 569. Disse variantene behandles ikke, ettersom ”condition” (og ”warranty”) relaterer seg til uriktig oppfyllelse og kravet om ”substantial failure”.

³⁵ Det er da forutsatt at partenes forpliktelser er avhengige av hverandre og ikke ”entire”, jfr. Anson s. 576-77. Hvis partenes forpliktelser er uavhengige av hverandre, så foreligger ikke kanselleringsadgang.

det gjelder vurderingen av om avviket fra riktig oppfyllelse utgjør ”substantial failure”, er den mest vanlige beskrivelsen at bruddet må gå til ”the root of the contract”.³⁶ En test som i dag ofte brukes for å avgjøre om avviket utgjør ”substantial failure”, er uttrykt av dommer Diplock L.J. som følgende:”[D]oes the occurrence of the event deprive the party who has further undertakings to perform of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties as expressed in the contract that he should obtain as the consideration for performing those undertakings?”.³⁷

“Conditions” utgjør unntak fra kravet om “substantial failure”

Kanselleringsadgangen som følger av brudd på ”conditions”, utgjør dermed et unntak fra hovedregelen om ”substantial failure”. Ved bruk av ”conditions” er det typen av forpliktelsen, slik denne er kategorisert av partene, og ikke kontraktsbruddets faktiske karakter og omfang, som avgjør om partene kan kansellere kontrakten ved kontraktsbrudd. Foreligger det brudd på ”conditions”, så foreligger det også kanselleringsadgang, uavhengig av om kravet til ”substantial failure” er oppfylt.

Konsekvensene av å kansellere kontrakten som følge av kontraktsbrudd på ”conditions” eller som følge av kontraktsbrudd som utgjør ”substantial failure” er identiske

Konsekvensene av at kontrakten kanselleres er like enten det kanselleres på grunn av ”substantial failure” eller på grunn av brudd på ”conditions”.³⁸ Begge kontraktsbruddene utgjør ”kvalifisert” brudd (”repudiatory breach”) på kontrakten.³⁹

Som eksempel kan nevnes leietakerens plikt til å betale leie og huseierens plikt til å vedlikeholde leieobjektet. Normalt er imidlertid forpliktelsene avhengige av hverandre. Hvis forpliktelsene videre er ”entire”, gir feil i oppfyllelse automatisk kanselleringsadgang. En forpliktelse er ”entire” hvis ansvaret for å oppfylle den ifølge kontrakten først inntreffer når den andre partens forpliktelse er fullstendig oppfylt. Hvis man bestiller et par sko, kan ikke skomakeren tilby en sko mot halve prisen. Parten kan kansellere uavhengig av tap og den andre er som regel ikke berettiget til delvis kompensasjon for deloppfyllelse, jfr. Treitel s. 782 flg. Særlig fordi resultatene kan bli ekstreme, så er domstolene tilbakeholdne med å tolke en forpliktelse som ”entire”. Slike forpliktelser utgjør i dag stort sett unntakene.

³⁶ Se Anson s. 578 flg.

³⁷ Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. 1962 2 Q.B. 26, s. 66.

³⁸ Avsnittet baserer seg på Treitel s. 849 flg.

³⁹ Se Chitty pkt. 23-047, særlig note 96.

Det innfortolkes altså ingen begrensninger i konsekvensene ved å kansellere kontrakten når kontrakten kanselleres som følge av brudd på kontraktsdefinerte "conditions".

Kort om konsekvensene av at kontrakten kanselleres

For fullstendighetens skyld skal konsekvensene etter engelsk rett av at kontrakten kanselleres beskrives kort. Selv om ikke konsekvensene er av direkte betydning for vurderingen etter norsk rett, bidrar redegjørelsen til å gi et mer fullstendig bilde av reguleringen av vilkår som "conditions" etter engelsk rett.

Dersom den uskyldige parten velger å kansellere kontrakten, fritas han for fremtidige forpliktelser og forpliktelser som ikke har forfalt ved tidspunktet for kansellering.⁴⁰ Kanselleringen virker derimot ikke retrospektivt i den forstand at det fritar ham fra forpliktelser som er påløpt før kansellering.⁴¹ Engelsk rett opererer i utgangspunktet ikke med kansellering med virkning bakover, *ex tunc*, ettersom kansellering kun kan gjennomføres for fremtidige forpliktelser.⁴² Hovedregelen er altså kansellering *ex nunc*. Tilsvarende gjelder normalt for parten i kontraktsbrudd. I tillegg vil den uskyldige parten kunne kreve erstatning, både for tap som følge av kontraktsbruddene frem til kansellering, samt erstatning som følge av at kontrakten avsluttes for tidlig, såkalt "loss of bargain". Erstatningen skal stille ham som om kontrakten ble riktig oppfylt etter sitt innhold, og kan sammenlignes med "positiv kontraktsinteresse" etter norsk kontraktsrett.⁴³ Derimot eksisterer det ingen rett til å få restituert ytelsen sin, med mindre motytelsen overhodet ikke ble oppfylt. Har parten betalt for en ytelse som er delvis oppfylt, må kompensasjon utelukkende søkes gjennom erstatning.⁴⁴

⁴⁰ Et kontraktsbrudd som rettferdiggjør kansellering gir den uskyldige parten valget mellom å kansellere kontrakten med virkning fremover, eller kreve videre oppfyllelse, jfr. Treitel s. 844.

⁴¹ Se Treitel Remedies som drøfter spørsmålet på s. 382-385.

⁴² Unntak gjelder for salg av løsøre som omfattes av Sale of Goods Act 1979. Dette behandles ikke nærmere. For utdypninger om temaet se Benjamin, blant annet pkt. 12-028 flg.

⁴³ Se Hagstrøm s. 520 flg. for behandling av temaet "positiv kontraktsinteresse" i norsk kontraktsrett, samt s. 450 flg. for behandling av erstatningsansvaret i norsk kontraktsrett generelt.

⁴⁴ Se Treitel s. 1049 flg.

5.4 Begrunnelsen for at partene forhåndsregulerer kanselleringsadgangen ved å kategorisere vilkår som "conditions"

Kategorisering av vilkår som "conditions" fremmer forutberegnelighet – partene unngår den usikkerheten som en vurdering av kravet til "substantial failure" medfører

Hensynet til forutberegnelighet står veldig sterkt i engelsk kontraktsrett, særlig i kommersielle forhold. Partenes behov for å kunne bestemme kontraktens innhold og konsekvenser ut fra sine interesser, dvs. hensynet til kontraktsfriheten og den private autonomi, prioriteres fremfor å oppnå et rimelig resultat. Partene gis selv ansvaret for å ivareta sine interesser og reguleringen av disse, fremfor at domstolen skal overprøve partenes vurderinger og "hjelp" dem.⁴⁵

For at kontraktsforholdene skal være forutberegnelige er det viktig at partene er i stand til å kunne ta raske og sikre avgjørelser i kontraktsforholdet. En side ved dette er at partene, eller deres rettslige rådgivere, må være i stand til å vite, øyeblikkelig og utvetydig, hvilke rettigheter de har ved kontraktsbrudd, herunder om de kan kansellere kontrakten.⁴⁶ Kravet til "substantial failure" medfører usikkerhet og skaper vanskelige avgjørelser for partene i denne forbindelse.⁴⁷ Det er ikke gitt at partenes vurdering av om et kontraktsbrudd utgjør "substantial failure", sammenfaller med domstolens vurdering i ettertid. Ved å forholde seg til kravet om "substantial failure" vil også rettstvister bli mer utbredt og medføre at det kan ta flere år før partene får bekreftet om kontraktsbruddet faktisk ga rett til å kansellere kontrakten. Ved bruk av den forhåndsklassifiseringen som "conditions" innebærer, unngår partene disse problemene. Er det først konstatert brudd på "conditions", er det gitt med sikkerhet at kontrakten kan kanselleres, uten at partene må ta foreta skjønnsmessige og usikre vurderinger rundt hvorvidt kontraktsbruddet oppfyller kravet til "substantial failure". Kategoriseringen av vilkår som "conditions" er således begrunnet i at den skaper bedre forutberegnelighet i kontraktsforholdet.⁴⁸

⁴⁵ Se Moss s. 45.

⁴⁶ Se Treitel s. 791.

⁴⁷ Sml. Treitel s. 778.

⁴⁸ Se Anson s. 139.

Motivet for å kansellere eller grad av skyld er ikke relevant ved brudd på "conditions"-ingen lojalitetsplikt i engelsk kontraktsrett

I tillegg til at kontraktsbruddets omfang ikke er av betydning ved brudd på "conditions", er det heller ikke relevant hvorfor parten ønsker å kansellere kontrakten, eller hvilken grad av skyld den misligholdende part har utvist. Det eksisterer ingen generell lojalitetsplikt i engelsk kontraktsrett som legger bånd på kanselleringsadgangen ved at partene skal opptre lojalt i forbindelse med kontraktsoppfyllelsen.⁴⁹ Engelsk rett stiller ikke krav til begrunnelsen for hvorfor en part ønsker å kansellere en kontrakt som følge av brudd på "condition". Retten til å kansellere kontrakten er ansett som absolutt. Et trivielt eller uvesentlig brudd på "condition" tillater kansellering selv om den eneste grunnen for eksempel er at parten vil ut av avtalen fordi markedsendringer har gjort kontrakten mindre fordelaktig.⁵⁰

5.5 Hvordan partene kategoriserer vilkår som "conditions"

5.5.1 Innledning

Så langt har det vært fokusert på selve begrepet "conditions", hva en kategorisering av vilkår som "conditions" kan innebære, og hvorfor partene har behov for å foreta en slik kategorisering. Det neste spørsmålet er så hvordan partene typisk foretar denne kategoriseringen. Som vi skal se skjer ikke dette nødvendigvis ved bruk av begrepet "conditions", men snarere ved bruk av visse typiske uttrykk, enten kombinert med begrepet "conditions" eller også uten at begrepet er brukt. Ofte er bruken av begrepet alene heller ikke tilstrekkelig for at en slik kategorisering kan sies å være foretatt. Det er disse uttrykkene, i tillegg til selve begrepet "conditions", som skal behandles nedenfor i punkt 5.5.3.

Avhandlingen og Prosjektet tar som nevnt utgangspunkt i partenes bruk av de engelske kontraktsbegrepene. Det er utelukkende partenes kategoriseringer gjennom kontraktens skriftlige reguleringer av vilkår som "conditions" som er av interesse. Det er disse reguleringene som vil være gjenstand for tolking hos den norske domstolen. Like fullt vil det av hensyn til helheten sies noen ord om når kontraktsreguleringene ikke

⁴⁹ Jfr. nedenfor punkt 6.2.1.

tilstrekkelig klart kategoriserer vilkår som "conditions", herunder forholdet til en tredje type "mellomliggende" ("intermediate") vilkår, samt kategorisering gjennom tidligere rettspraksis eller gjennom lovgivning. Dette vil behandles avslutningsvis i punkt 5.7 og 5.8.

5.5.2 Generelle utgangspunkter for vurderingen av om partene har kategorisert vilkår som "conditions" – engelsk tolkingslære

Hvordan domstolen tolker kontrakten, er avgjørende for hvorvidt partene kan sies å ha kategorisert vilkår som "condition". For å forstå hvorfor partene må uttrykke seg som de gjør for å kategorisere vilkår som "conditions", er det derfor hensiktsmessig å gi en kort beskrivelse av engelsk tolkingslære før de konkrete eksemplene på partenes kontraktsreguleringer behandles.

Utgangspunktet – partenes intensjoner slik de er kommet til uttrykk i kontraktens formuleringer er avgjørende

Hvorvidt partene kan sies å ha kontraktsregulert et vilkår som "condition", må avgjøres gjennom tolking av kontrakten.⁵¹ Spørsmålet er om partenes intensjoner, slik disse kan leses ut av kontrakten sett i lys av den faktiske situasjonen som eksisterte da kontrakten ble inngått, gir uttrykk for at et gitt vilkår og dets oppfyllelse er så viktig at det skal utgjøre "condition". Hvis dette fremgår uttrykkelig klart vil hensynet til å unngå kansellering på teknisk grunnlag eller for å unngå en dårlig handel, eller domstolens oppfatning av hva som er kommersielt viktige vilkår, være irrelevant. Fremgår det på den annen side ikke tilstrekkelig klart av kontraktens formuleringer hvorvidt partene har ment å kategorisere et vilkår som "conditions", vil domstolen måtte forholde seg til sin egen oppfatning av hva som er kommersielt viktige vilkår. Spørsmålet domstolen stiller seg da, er hvilke konsekvenser som bør følge av bruddet med henblikk på kontrakten som helhet. Videre vil også de potensielle konsekvensene av uriktig oppfyllelse av vilkåret kunne være relevante ved vurderingen. Men det er ikke et krav at uriktig oppfyllelse av et vilkår må medføre at hele fordelen en part skulle oppnå ved kontrakten, eller hele formålet med den, bortfaller for at det skal anses som "condition".

⁵⁰ Se Anson s. 139, Treitel s. 825.

⁵¹ Avsnittet baserer seg på Treitel s. 788 flg.

”Bokstavtro” tolking - engelsk tolkingslære legger avgjørende vekt på ordlyden

Når domstolen ved tolking av en skriftlig kontrakt skal finne partenes intensjoner, tas utgangspunktet i ordlyden og en objektiv tolking av denne.⁵² Spørsmålet er ikke hva en av partene i ettertid faktisk angir at de mente eller forstod med ordene i kontrakten, men hvordan en normalt fornuftig person vil oppfatte innholdet i dokumentet forutsatt tilgang til den faktiske bakgrunnsinformasjonen partene hadde ved kontraktsinngåelsen.⁵³ Det er i denne forbindelse en grunnleggende presumsjon at partene har ment det de faktisk skrev. Engelsk tolkingslære legger stor vekt på ordlyden. Det forutsettes at partene har brukt språket slik normalt fornuftige personer gjør, og at ord og uttrykk har en typisk, normal og naturlig mening. Selv om domstolen vil forsøke å unngå tolkingsresultater som er absurde eller inkonsistente med kontrakten for øvrig, er det ikke mulig å tolke kontrakten på en måte som direkte strider med ordlyden.⁵⁴ Domstolen kan som hovedregel heller ikke legge til vilkår gjennom utfylling.⁵⁵ Engelske tolkingsregler tillater ikke at domstolen gir kontrakten en mening som domstolen finner mer rimelig eller kommersielt fornuftig enn den mening partene har blitt enige om, ved å legge til, endre eller overkjøre vilkår partene har blitt enige om.⁵⁶ Men selv om ord og uttrykk tolkes strengt, tolkes de ikke isolert. Hele kontraktskonteksten må tas i betraktning når partenes intensjon skal klarlegges, selv om det konkrete tolkingsspørsmålet gjelder et isolert ord eller et enkelt vilkår.⁵⁷

⁵² Avsnittet baserer seg på Chitty pkt. 12-041 flg.

⁵³ Se også Skarning s. 25-26. Riktignok vil partenes avvikende oppfatning gå foran dersom partene er enige om en felles forståelse, men det vil da ikke oppstå noen tvist rundt tolkingen.

⁵⁴ Se også Moss s. 97.

⁵⁵ Riktignok eksisterer såkalte ”forutsatte” eller ”stilltiende” vilkår (”implied terms”), jfr. Atiyah s. 201 flg., men bruken av disse innebærer noe helt annet enn å utfylle avtalen med vilkår som det ville vært rimelig at partene hadde avtalt, jfr. Falkanger AfS s. 559 flg. Utfylling kan aldri komme i strid med avtalens ordlyd, og skjer for øvrig kun når de utfyllende reglene er nødvendige for å gjøre kontrakten kommersielt effektiv i forhold til det partene har ment å kontrahere om, jfr. Anson s. 145 flg., Selvig TfR 1986 s.10. Det er ikke tilstrekkelig å vise at utfyllingen vil gi et rimelig resultat, for det er ikke domstolens oppgave å lage kontrakten for partene. Etter norsk rett er det langt mer vanlig å foreta utfylling på grunnlag av bakgrunnsretten, jfr. Selvig TfR 1986 s.10.

⁵⁶ Se Moss s. 97.

⁵⁷ Se Chitty pkt. 12-044.

Hensyn til tolkingresultatets rimelighet, rettferdighet, rasjonalitet mv. er som regel irrelevant

På samme måte som partenes faktiske intensjoner, i motsetning til de intensjoner som fremgår av ordlyden, er irrelevante, er det i utgangspunktet også uten betydning om tolkingen medfører et rimelig, rettferdig, eller rasjonelt resultat.⁵⁸ Hvis partenes intensjoner etter ordlyden er tilstrekkelig klare, vil domstolen tolke og gjennomføre kontrakten etter dens bokstavelige mening, uavhengig av hvor strengt og urimelig resultatet blir.⁵⁹ Det finnes i disse tilfellene ingen utvei gjennom tolking for å oppnå et rimelig resultat.⁶⁰ Er derimot partenes intensjoner ikke tilstrekkelig klare, vil rimelighetsvurderinger kunne innvirke på tolkingen. Jo mer urimelig resultatet er, jo klarere må partenes intensjoner for et slikt resultat være.⁶¹

Andre tolkingmomenter enn selve kontraktsteksten er som regel irrelevante – ”parol evidence rule”

I tillegg til at ordlyden tolkes bokstavelig, vil den som regel også være avgjørende. Skriftlige kontrakter presumeres å regulere kontraktsforholdet uttømmende. Når domstolen tolker kontrakten, kan den, i den grad kontrakten uttømmende regulerer kontraktsforholdet, ikke ta i betraktning såkalt ”utenforliggende” bevis (”extrinsic evidence”), for eksempel uttalelser under forhandlinger eller intensjonsavtaler. Tolkingen må baseres utelukkende på ordlyden i kontrakten. Dette følger av ”parol evidence rule”, som behandles nedenfor i punkt 6.2.3.

⁵⁸ Avsnittet baserer seg på Atiyah s. 195 flg.

⁵⁹ Se også Huser s. 348 flg., som blant annet viser til ”the plain meaning rule”.

⁶⁰ Dette kan kun oppnås, ved siden av gjennom lovgivning, hvis domstolene er villig til å overkjøre uttrykkelige vilkår av hensyn til rettferdighet. To mulige rettslige doktriner eksisterer, ”unconscionability” og ”equitable rules precluding forfeiture” Se Atiyah s. 300 flg. og s. 437 flg. for behandling av disse doktrinene. Generelt er domstolene skeptiske til noen omfattende bruk av doktrinene, selv for å unngå ekstremt strenge eller urimelige resultater.

⁶¹ Se Chitty pkt. 12-053, jfr. nedenfor i punkt 5.5.3.

5.5.3 Typiske eksempler på partenes (forsøk på) kategorisering av vilkår som "conditions"

Domstolen forholder seg altså som regel utelukkende til den skriftlige kontraktens formuleringer og en bokstavtro tolking av disse når den skal klarlegge partenes intensjoner. Er ordlyden tilstrekkelig klar på at vilkåret er en "condition", vil en ubetinget rett til å kansellere kontrakten foreligge uansett hvilke konsekvenser dette får. Den primære funksjonen bak partenes kategorisering av vilkår som "conditions" er at partenes selv, av hensyn til forutberegnelighet, skal kunne kontraktsregulere når kontraktsbrudd skal gi rett til å heve kontrakten. Å åpne for sensur gjennom tolking ville stride mot hele ideen bak, og undergrave hensikten med, den funksjonen "condition" i denne betydningen har i engelsk kontraktsrett.

Med dette som utgangspunkt skal det nå nevnes noen eksempler på kontraktsformuleringer som partene ofte anvender i forsøk på å kategorisere vilkår som "condition". Eksemplene går igjen i engelske kontrakter, men er ikke uttømmende, og det må presiseres at det avgjørende er tolkingen av kontrakten. Eksempler som i en gitt kontekst utgjør "conditions", vil ikke nødvendigvis utgjøre det i en annen.

"Conditions"

Det første eksemplet som er naturlig å behandle, er bruken av selve begrepet "conditions". Betegnes vilkår i kontrakten som "condition", utgjør dette en sterk presumsjon for at partene har ment at vilkåret er "condition" i den rettslige betydningen. Like fullt er ikke bruken av begrepet alene nødvendigvis tilstrekkelig eller avgjørende for at dette skal bli tolkingsresultatet.⁶² Ord og uttrykk tolkes ikke isolert, men må ses i sammenheng med kontraktskonteksten og kontraktsformålet. Domstolen må være overbevist om at partene har ment å bruke "conditions" i den nevnte betydning. Dette vil for eksempel kunne bli tilfellet hvor vilkåret som inneholder ordet "condition" også er angitt til å være "of the essence", jfr. nedenfor. I den grad partene derimot ikke har gjort det tilstrekkelig klart, gjennom kontraktens formuleringer, at de anser vilkåret og dets presise oppfyllelse som så viktig at det er "condition", vil "rimelighetshensyn" kunne spille inn i tolkingen. Jo drøyer konsekvensene av en ubetinget rett til å

⁶² Se Treitel s. 791-792.

kansellere blir, jo mindre sannsynlig vil domstolen finne det at partene har ment en slik betydning utelukkende ut fra bruken av ordet "condition".⁶³ Som eksempel kan nevnes avgjørelsen *Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*⁶⁴ Avgjørelsen gjaldt en avtale mellom en tysk produsent av "panel presses" og en engelsk distributør. Den engelske distributøren ble gitt eneretten til å selge "panel presses" i avtalens varighet på 4 ½ år. Avtalen inneholdt et vilkår som lød: "It shall be [a] condition of this agreement that (i) [the respondents] shall send its representatives to visit the six largest United Kingdom motor manufacturers at least once every week to solicit orders for panel presses". Ingen andre klausuler i avtalen var betegnet som "conditions". I løpet av en 6 måneders periode litt ut i avtalens forløp ble et mindre antall besøk ikke foretatt i henhold til de 6 som skulle gjennomføres hver uke, slik at besøksplikten etter avtalen var brutt. Antallet besøk som var utelatt, var så lite at det ikke var av noen betydning. Det ble påberopt av den tyske produsenten at den like fullt var berettiget til å kansellere kontrakten ettersom vilkåret om besøksplikt var definert som "condition". Anførselen ble ikke tatt til følge. Domstolen fant at partene ikke kunne ha ment at ethvert brudd på vilkåret, ved at for eksempel ett av totalt ca. 1400 besøk ikke ble gjennomført, skulle ha en så drastisk effekt at avtalen kunne bli kansellert. Domstolen fant det derfor mest sannsynlig at "condition" kun var ment som "vilkår". Det ble fremholdt at bruken av ordet "condition" var en indikasjon på at partene hadde ment at vilkåret skulle være en "condition" i den rettslige betydningen, men at bruken var ikke avgjørende.

Bruken av begrepet "conditions" er altså ikke nødvendigvis tilstrekkelig for at et vilkår blir ansett for å være kategorisert av partene som "conditions" i den rettslige betydningen. Som det neste eksemplet vil vise, er det heller ikke nødvendig at begrepet er brukt.

"Of the essence"

Et uttrykk som ofte sees brukt, særlig i forbindelse tidsvilkår, er at vilkåret, eller riktig eller rettidig oppfyllelse av det, er angitt å være "of the essence".⁶⁵ Ved å karakterisere

⁶³ Se Chitty pkt. 12-053.

⁶⁴ 1974 A.C. 235. Se særlig s. 251.

⁶⁵ Se Anson s. 142, Chitty pkt. 12-037 flg.

vilkåret som "of the essence" har partene angitt vilkåret som essensielt. Karakteristikken tilsvarer dermed definisjonen av "condition", og vilkåret vil tolkes bokstavelig til å være en "condition". Så vidt kjent er det kun i forbindelse med eksakte tidsvilkår, for eksempel levering klokken 17.00 den 1. juni, at uttrykket "of the essence" har blitt tolket på denne måten. Det er lite trolig at uttrykket vil ha tilsvarende effekt ved mer upresise tidsvilkår som "without delay". Domstolens holdning når de selv klassifiserer vilkår, er at vage uttrykt som "without delay" eller "as soon as possible" ikke bør klassifiseres som "condition" ut fra hensynet til forutberegnelighet. Unntak kan tenkes der vilkåret i tillegg uttrykkelig regulerer retten til å kansellere kontrakten.⁶⁶

Hvorvidt frasen "of the essence" innebærer en kategorisering av vilkåret som "condition" i forhold til andre vilkår enn tidsfrister, for eksempel krav til ytelsens kvalitet, mengde osv., er uklart. Det er for så vidt ingen ting som tilsier at dette ikke skulle fungere, men det foreligger så vidt kjent heller ingen tilfeller fra rettspraksis på at det er blitt gjort. For øvrig er det usikkert om det eksisterer andre uttrykk med en like sikker effekt som "of the essence". Et mulig eksempel kunne være at det i vilkåret angis at "precise and exact performance is of utmost importance". Det avgjørende vil uansett være en tolking av kontrakten som helhet, slik at det ikke kan utelukkes andre formuleringer med samme effekt.

Bruken av uttrykket "of the essence" medfører altså mer eller mindre med sikkerhet, i hvert fall for nøyaktige tidsvilkår, at vilkåret anses kategorisert av partene som "condition". Årsaken er at uttrykket etter sin ordlyd definerer vilkåret tilsvarende definisjonen av "condition". Et neste spørsmål er om det har samme effekten dersom partene regulerer virkningene av kontraktsbrudd tilsvarende virkningene av brudd på "conditions". Det er dette tilfellet det neste eksemplet dreier seg om.

"Any breach of [a given term] entitles the innocent party to terminate the contract"

En direkte og ordlydsmessig klar måte å regulere en ubetinget kanselleringsadgang på som benyttes i engelske kontrakter, er uttrykket "any breach entitles the innocent party

⁶⁶ Se Treitel s. 799-800.

to terminate the contract”.⁶⁷ Men uttrykket innebærer ikke alene at de vilkår det viser til blir ”conditions”. Uttrykket tolkes til å gi parten en kontraktuell rett (”power”) til å ende partenenes primære forpliktelser til videre oppfyllelse av kontrakten, dersom kontraktsbrudd inntreffer.⁶⁸ Men et slikt kontraktsbrudd vil, i motsetning til ved ”substantial failure” eller brudd på ”condition”, ikke nødvendigvis utgjøre ”kvalifisert” kontraktsbrudd (”repudiatory breach”) av kontrakten. Og med mindre kontraktsbruddet det kanselleres på grunnlag av, i tillegg utgjør ”kvalifisert” kontraktsbrudd, har parten som kansellerer kontrakten ikke krav på ”full” erstatning. Parten har kun krav på erstatning for tap påført av kontraktsbrudd frem til kanselleringsdatoen, ikke tap som følge av at fremtidige forpliktelser opphører. Partene kan i forbindelse med slik kansellering avtaleregulere erstatningen, men hvis forhåndsestimeringen ikke fremtrer som et reelt anslag av partens faktiske tap (”liquidated damages”), løper den risikoen for å bli ansett som straffeerstatning (”penalty”).⁶⁹ Vilkår som innebærer straffeerstatning (”penalty clauses”) er ugyldige etter engelsk kontraktsrett.⁷⁰ Restriksjonen i erstatningen begrunnes blant annet med at den reduserer de noe harde konsekvensene som håndhevelsen av uttrykkelige vilkår om ubetinget kanselleringsadgang medfører ved ubetydelige kontraktsbrudd.⁷¹

Forskjellen i tolkingen av uttrykket ”of the essence” og uttrykket ”any breach entitles the innocent party to rescind the contract” medfører altså en distinksjon som utelukkende avhenger av kontraktens ordlyd. Dersom en presis tidsfrist er angitt som ”of the essence” vil tidsvilkåret utgjøre ”condition”. Ethvert brudd på vilkåret, uavhengig av bruddets karakter eller omfang, gir rett til å kansellere kontrakten og kreve ”full” erstatning, jfr. ovenfor. Er tidsfristen derimot ikke angitt som ”of the essence”,

⁶⁷ Avsnittet baserer seg på Chitty pkt. 23-047.

⁶⁸ Se Treitel s. 791-792, samt s. 778-779.

⁶⁹ Se Chitty pkt. 23-047, særlig note 95. Se videre Treitel Remedies 228 flg. om begrepene.

⁷⁰ Hvis klausulen som forhåndsutmåler erstatningen kun er ment som et middel for å presse den andre parten til å oppfylle sine primære forpliktelser, og ikke er et realistisk anslag av tapet som kan tenkes å oppstå, vil det være en ”penalty clause”. Summen som er stipulert, vil da typisk langt overgå det faktiske tapet. Slike klausuler sees bort fra, og parten vil kun tilkjennes det tap han faktisk har hatt, jfr. Treitel Remedies s. 228 flg. Se også Hagstrøm s. 651.

⁷¹ Se Treitel s. 853.

men kontrakten gir uttrykkelig rett til kansellering ved enhver forsinkelse, vil det ikke nødvendigvis gis rett til ”full” erstatning ved kansellering på grunnlag av en slik rett.

To avgjørelser som illustrerer skillet, er *Financings Ltd. v. Baldock*⁷² og *Lombard North Central plc v. Butterworth*.⁷³ Begge sakene gjaldt leasing (”hire-purchase”) og forsinket betaling av avdrag etter leasingavtalene. I førstnevnte sak inneholdt avtalen et vilkår om at forsinket betaling ga rett til å kansellere kontrakten. To av avdragene ble forsinket, og avtalen ble kansellert. Det ble kun tilkjent erstatning for de to ubetalte avdragene frem til kanselleringstidspunktet, ettersom det ikke forelå ”kvalifisert” kontraktsbrudd. I den sistnevnte saken var vilkåret om presis betaling også regulert som ”of the essence”, i tillegg til at ethvert brudd på vilkåret ga rett til å kansellere kontrakten. Vilkåret ble dermed ansett som ”condition”, hvilket medførte at ethvert brudd på vilkåret utgjorde ”kvalifisert” kontraktsbrudd og ga rett til erstatning både for forfalte ubetalte avdrag og for tap som følge av at avtalen ble avsluttet for tidlig slik at parten mistet retten til fremtidige avdrag. Domstolen uttrykte for så vidt misnøye med rettsstilstanden ved at skillet mellom de to sakene kun var formelt, men anså seg bundet av rettsstilstanden.⁷⁴

Avslutningsvis bør det nevnes at dersom et vilkår både er betegnet som ”condition” og uttrykket ”any breach entitles the innocent party to rescind the contract” er brukt for å regulere kanselleringsadgangen, så er det mulig at dette vil bli tolket til å være ”condition” i den rettslige betydningen. Men tolkingsresultatet er på ingen måte gitt med sikkerhet.

5.6 Uttømmende oppstilling av tilgjengelige misligholdsbeføyelser – indirekte regulering av vilkår som ”warranties”

Som tidligere fremhevet er det ikke normalt at partene bruker begrepet ”warranties” i betydningen å utelukke kanselleringsadgangen. Men det er ikke uvanlig, eller i hvert fall ikke utenkelig, at partene mer indirekte kontraktsregulerer konsekvensene av

⁷² 1963 2 Q.B. 104.

⁷³ 1987 Q.B. 527.

⁷⁴ Se Treitel s. 854.

kontraktsbrudd tilsvarende "warranties", uavhengig av om man kategoriserer vilkåret som "warranty". Hvis partene tilstrekkelig klart har regulert at de tilgjengelige misligholdsbeføyelsene for ethvert brudd på ett, flere eller alle vilkårene i kontrakten kun er de som er listet opp i kontrakten, og kansellering ikke er omfattet av disse beføyelsene, vil en slik regulering måtte respekteres av domstolen. Konsekvensen blir da, som for brudd på "warranty", at kansellering av kontrakten er utelukket uansett kontraktsbruddets art eller omfang. Dette gjelder uavhengig av om man velger å kategorisere vilkårene som "warranties".

5.7 Situasjonen når partene ikke tilstrekkelig klart har kategorisert vilkår som "conditions"

Dersom partenes intensjoner ikke er tilstrekkelig klare, faller domstolen tilbake på mer generelle kriterier ved vurderingen av hvorvidt vilkår utgjør "conditions"

Såfremt partenes intensjoner, gjennom kontraktens reguleringer, er kommet klart nok frem, vil domstolen som nevnt forholde seg utelukkende til disse. Dersom dette derimot ikke er tilfellet, og det gitte vilkåret heller ikke har blitt klassifisert gjennom tidligere rettspraksis eller i lovgivningen, jfr. nedenfor i punkt 5.8, må domstolene falle tilbake på mer generelle kriterier ved tolkingen av kontrakten for å avklare hva partene har ment om vilkåret. Ettersom avhandlingen fokuserer på partenes uttrykkelige kontraktsreguleringer, og ikke domstolens selvstendige kategorisering der slike uttrykkelige reguleringer mangler, faller temaet på siden av avhandlingen. Men fordi partenes bruk av begrepet "conditions" alene kan utgjøre tilfeller der partenes intensjoner ikke nødvendigvis er tilstrekkelig klare, skal det for fullstendighetens skyld sies noen ord om domstolens innfallsvinkel i disse tilfellene.

Domstolens alternativ til vilkår som ikke tolkes som "conditions", er i dag først og fremst ikke "warranties" men en tredje type "mellomliggende" ("intermediate") vilkår Mens oppfatningen tidligere var at vilkår enten var "conditions" eller "warranties", er det generelle synspunktet i dag at vilkåret også kan være av en tredje type "mellomliggende" ("intermediate") vilkår.⁷⁵ I motsetning til ved brudd på "condition" eller "warranty", er konsekvensene av kontraktsbrudd på disse vilkårene ikke

⁷⁵ Se Treitel s. 788 flg., Anson s. 135 samt s. 140 flg., Chitty pkt. 12-034.

forutbestemt ut fra klassifiseringen av vilkårene ved kontraktsinngåelsen.⁷⁶

Kanselleringsadgangen avhenger av kontraktsbruddets karakter og omfang, tilsvarende hovedregelen om "substantial failure". Hvis kontraktsbruddet er tilstrekkelig alvorlig, gis det rett til å kansellere kontrakten. Erstatning kan kreves uansett. Vektleggingen av kontraktsbruddets konsekvenser blir sett på som en mer fleksibel test, som oppmuntrer til heller enn å motarbeide oppfyllelse av kontrakten.⁷⁷ Domstolenes innfallsvinkel i dag er derfor som regel å undersøke og "avgjøre" hvorvidt vilkåret er "condition" eller "mellomliggende".⁷⁸ I forbindelse med denne vurderingen vil domstolen bli påvirket av hvordan hensynet til rettferdighet og rimelighet og hensynet til hensiktsmessighet og forutberegnelighet blir best ivaretatt.⁷⁹ Disse hensynene trekker gjerne i hver sin retning.

Hensyn for og imot "conditions" og "mellomliggende" vilkår

Hensynet til rimelighet og rettferdighet tilsier at kansellering kun tillates når det faktisk foreligger alvorlige kontraktsbrudd. På den andre siden tilsier hensynet til hensiktsmessighet og forutberegnelighet, spesielt i kommersielle kontrakter, at selv trivielle brudd skal kunne gi rett til å kansellere kontrakten hvis dette har vært partenes intensjoner eller det for øvrig fremgår at de har vektlagt forutberegnelighet i kontraktsforholdet. Det er ikke uvanlig at kommersielle kontrakter bevisst blir laget med mulighet for "ekstreme" beføyerelser for den ene parten. Begrunnelsen for slike vilkår er ikke nødvendigvis at parten ønsker å kunne kansellere kontrakten, men at parten ønsker det pressmiddelet kanselleringsadgangen gir.⁸⁰ Videre er det heller ikke gitt at partene i slike kontraktsforhold er opptatt av rimelige resultater, så lenge resultatene er forutberegnelige.

⁷⁶ Avsnittet baserer seg på Chitty pkt. 12-034.

⁷⁷ Se Anson s. 140.

⁷⁸ Se Treitel s. 797, Anson s. 138-139 samt s. 141.

⁷⁹ Se Treitel s. 797, sml. Atiyah s. 172.

⁸⁰ Se Atiyah s. 172.

Domstolenes innfallsvinkel ved vurderingen av om vilkår er "conditions" eller "mellomliggende"

Det ser ut til at domstolen i en rekke kommersielle kontrakter fortsatt anser det viktig at visse typer vilkår skal oppfylles nøyaktig.⁸¹ Hvis et vilkår er tilstrekkelig presist, og nøyaktig oppfyllelse anses kommersielt viktig, eller den kommersielle "settingen" eller partenes intensjoner tilsier det, vil vilkåret kunne bli klassifisert som "condition". For øvrig er domstolenes holdning at "the courts should not be too ready to interpret contractual clauses as conditions".⁸² Kan et vilkår både medføre trivielle kontraktsbrudd som kan kompenseres tilfredsstillende med erstatning, og kontraktsbrudd som kan undergrave hele kontraktsformålet vil vilkåret mest sannsynlig bli klassifisert som "mellomliggende".⁸³

5.8 Kategorisering gjennom tidligere rettspraksis og lovgivning

For helhetens skyld bør det nevnes at vilkår også kan være klassifisert som "condition" gjennom tidligere rettsavgjørelser eller gjennom lovgivning.⁸⁴ Kansellering er i disse tilfellene tillatt selv om partene faktisk ikke har blitt enige om at brudd på vilkåret skulle ha denne effekten og selv om bruddet ikke medfører noen ulempe.

⁸¹ Avsnittet baserer seg på Treitel s. 800.

⁸² Bunge Corp v. Tradax Export SA 1981 1 W.L.R. 714, s. 715.

⁸³ Se også Chitty pkt. 12-035.

⁸⁴ Se Treitel s. 792 flg. med videre henvisninger. Av lovgivning se for eksempel Sale of Goods Act 1979 s. 11(3), s. 12(5A), s. 13(1A), s. 14(6) og s. 15(3).

6 "Representations" og "warranties"

6.1 Innledning

Innfallsvinkel – fokus på typen forpliktelser "representations and warranties" representerer

Begrepsparet "representations and warranties" utgjør den andre hovedkategorien som partene gjerne inndeler kontraktens forpliktelser i.⁸⁵ Men denne kategorien er av et helt annet innhold og angår en helt annen funksjon enn kategorien "conditions". Og mens begrepet "conditions" har en selvstendig juridisk betydning, er hovedtema her ikke selve begrepsparet "representations and warranties" og betydningen man tillegger dette. Det er for så vidt et eget spørsmål i forhold til bruken av begrepene hvorvidt det er av betydning om ingen, begge eller ett av begrepene "representations" og "warranties" brukes. Men for øvrig dreier temaet her seg om typen av forpliktelser som inntas i kontrakten under denne kategorien. Hovedspørsmålet som skal besvares, er hvorfor denne typen vilkår, dvs. opplysninger om faktiske forhold som partene inntas i kontrakten i en slik utstrekning som typisk er tilfellet. Hvilke sider ved engelsk kontraktsrett er det som nødvendiggjør eller medfører at partene anser det hensiktsmessig i så omfattende og detaljert grad å kontraktsregulere alle faktiske forutsetninger som er relevante? I det følgende skal det redegjøres for de trolige hovedårsakene til at partene velger å foreta slike kontraktsreguleringer.

6.2 Hvorfor opplysningene inntas i kontrakten

6.2.1 Ingen generell opplysningsplikt i engelsk kontraktsrett – hovedregelen følger prinsippet om "caveat emptor"

En av hovedårsakene til at partene inntar alle de opplysninger i kontrakten som typisk er tilfelle, er trolig mangelen på opplysningsplikt i engelsk kontraktsrett. Utgangspunktet i

⁸⁵ Juridisk teori omtaler gjerne kategorien som "warranties", jfr. for eksempel Christou s. 82 flg., Fosbrook/Laing s. 646.

engelsk kontraktsrett er at det ikke foreligger noen generell lojalitetsplikt ved inngåelsen eller under oppfyllelsen av kontrakten.⁸⁶ Det eksisterer derfor ingen generell opplysningplikt i forbindelse med kontraktsinngåelsen.⁸⁷ Partene er ikke forpliktet til å gi opplysninger som kan påvirke kontraktsinngåelsen, uavhengig av om opplysningene er relevante eller om den ene parten vet at den andre inngår kontrakten under en villfarelse om et eller flere faktiske forhold.⁸⁸ Alle de forutsetninger en part ønsker å stille, må han derfor selv bære risikoen for, med mindre han får motparten til å innestå og garantere for disse forutsetningene. Dette gjelder ikke bare mer spesielle forutsetninger, men enhver forutsetning om faktiske forhold, hvor enn grunnleggende den er. Det er for eksempel partens egen risiko at motparten faktisk eksisterer (hvis motparten er et selskap) og at motparten faktisk eier den ytelsen som skal overdras. Det vil heller ikke være aktuelt for domstolen å utfylle kontrakten, selv ikke for mer grunnleggende forutsetninger, der partene ikke selv har regulert dette. Utgangspunktet i engelsk rett er som nevnt at kontraktsreguleringene er uttømmende, ettersom det er partene, og ikke domstolen, som lager og skal lage kontrakten.⁸⁹

Prinsippet om at kjøperen må se seg for, "caveat emptor", er altså hovedregelen i engelsk kontraktsrett. Partene må selv bære risikoen for sine forutsetninger med mindre kontrakten gir uttrykk for noe annet. Som en begrunnelse er det blant uttalt "the need to give people an incentive to invest in the acquisition of skill and knowledge and consequently to allow "good deals" to the more intelligent or the hard-working".⁹⁰ Også hensynet til forutberegnelighet begrunner prinsippet sterke gjennomslag i engelsk kontraktsrett, ettersom det, i hvert fall i kommersielle forhold, anses viktigere at resultatet er forutberegnelig enn at det er rimelig eller rettferdig.⁹¹

⁸⁶ Avsnittet baserer seg på Anson s. 236 og s. 263 flg., samt Treitel s. 390 flg.

⁸⁷ Se Moss s. 133, Anson s. 499.

⁸⁸ Det kan gjelde særlige regler på visse kontraktsområder, som innen forsikringsrett, eller en opplysningsplikt kan være lovregulert, jfr. Treitel s. 401.

⁸⁹ Se Selvig TfR 1986 s. 10, Anson s. 61, jfr. foran punkt 5.5.2.

⁹⁰ Anson s. 263 med videre henvisninger.

⁹¹ Se Moss s. 134.

Men selv om partene er avhengige av å få motparten til å innta for de forutsetninger som er av betydning for dem, er det ikke dermed gitt at dette må skje gjennom eksplisitte reguleringer i kontrakten. Slike inntakelser kunne tenkes gitt gjennom muntlige garantier og utsagn i forbindelse med kontraktsinngåelsen. Det neste spørsmålet som skal behandles er derfor hvorfor partene velger å innta samtlige opplysninger de inntar for skriftlig i kontraktsdokumentet, og hvorfor det ikke er tilstrekkelig å gjøre dette muntlig eller for øvrig gjennom korrespondanse, befarings osv. under kontraktsinngåelsen. Som det vil fremgå, beror svaret på skillet mellom pre-kontraktuelle opplysninger og opplysninger som utgjør vilkår i kontrakten, samt "parole evidence rule".

6.2.2 Forskjellen mellom pre-kontraktuelle opplysninger ("representations" i egentlig forstand) og opplysninger som utgjør kontraktsvilkår

Pre-kontraktuelle opplysninger i motsetning til kontraktsvilkår – "representations" i egentlig forstand

En rekke av de opplysninger som gis under kontraktsforhandlingene, er kun ment som "representations" i ordets opprinnelige betydning, det vil si som pre-kontraktuelle opplysninger.⁹² Opplysningene gis gjerne i den hensikt å påvirke parten til å inngå kontrakten, men utgjør ikke vilkår i kontrakten. Opplysninger gitt forut for kontraktsinngåelsen som ikke er inntatt skriftlig i kontrakten, vil som regel bli ansett som slike opplysninger, og ikke som en del av kontraktsvilkårene. Dersom de viser seg å være uriktige vil de ikke utgjøre kontraktsbrudd og derfor heller ikke åpne for misligholdsbeføyelser. Derimot kan de tenkes å utgjøre "misrepresentations" etter læren av samme navn.⁹³ Men beføyelsene ved "misrepresentations" er ikke de samme som ved kontraktsbrudd, jfr. nedenfor. Dette har sammenheng med at mens kontraktsbrudd innebærer en defekt ved oppfyllelsen av kontrakten, så innebærer "misrepresentations" en defekt ved inngåelsen av kontrakten.

⁹² Avsnittet baserer seg på Anson s. 237 flg., Chitty pkt. 12-003 samt Treitel s. 330 flg.

⁹³ Læren reguleres av rettspraksis og Misrepresentation Act 1967. I tillegg til at opplysningene må være uriktige, må de også oppfylle visse vilkår. Det gjelder blant annet krav til opplysningens karakter, klarhet, relevans og betydning for den som mottar den.

Forskjellige beføyelser ved uriktige pre-kontraktuelle opplysninger

(”misrepresentations”) og uriktige opplysninger som utgjør kontraktsvilkår

(kontraktsbrudd), tilsier at partene bør regulere opplysningene som kontraktsvilkår

Mulige beføyelser som følge av ”misrepresentations” er å anse kontrakten ”annulert”, som kan sammenlignes med ugyldighet etter norsk rett, samt i visse tilfeller kreve erstatning. Mens kansellering av kontrakten ved kontraktsbrudd innebærer at partene fritas for fremtidige forpliktelser etter kontrakten, innebærer ugyldiggjøringen at kontrakten anses for aldri å ha eksistert. Kontrakten settes til side for alle formål, og målet er å gjenopprette partenes posisjoner før kontrakten ble inngått. Det er således forskjell på hvilken måte man kan avslutte kontrakten på som følge av uriktige pre-kontraktuelle opplysninger og uriktige opplysninger som utgjør kontraktsvilkår. Videre er også prinsippene for utmåling av erstatning forskjellige. Erstatning for kontraktsbrudd følger prinsippene for erstatning i kontrakt, hvor målet er å sette partene i samme situasjon som om kontrakten ble riktig oppfylt, sml. ”positiv kontraktsinteresse” i norsk rett. Erstatning for ”misrepresentations” følger derimot prinsippene for erstatning utenfor kontrakt (”tort”), hvor målet er å sette partene tilbake til posisjonene deres slik den ville vært hvis opplysningen ikke var gitt, sml. ”negativ kontraktsinteresse” i norsk rett.⁹⁴ I motsetning til ved kontraktsbrudd har dessuten graden av skyld betydning for hvilke av beføyselsene som er tilgjengelig.⁹⁵ Videre vil adgangen til å kjenne kontrakten ugyldig i visse tilfeller være avhengig av domstolens skjønn, og i disse tilfellene kan domstolen tilkjenne erstatning i stedet for å kjenne kontrakten ugyldig.⁹⁶

Ettersom beføyselsene ved uriktige pre-kontraktuelle opplysninger både er annerledes og mer usikre enn misligholdsbeføyselsene ved uriktige opplysninger som utgjør vilkår i kontrakten og dermed kontraktsbrudd, er det trolig mest hensiktsmessig for partene å sørge for at opplysningene blir inntatt som vilkår i kontrakten. På denne måten blir følgene av uriktige opplysninger mer forutberegnelige. Det neste spørsmålet som skal behandles er så hva som kreves for at opplysningene utgjør vilkår i kontrakten.

⁹⁴ Se Sinclair s. 18.

⁹⁵ Erstatning kan gis ved siden av ugyldiggjøring dersom opplysningen er gitt svikaktig eller uaktsomt.

⁹⁶ Jfr. Misrepresentation Act 1967 s. 2(2).

6.2.3 Når er opplysninger kun pre-kontraktuelle og når utgjør de vilkår i kontrakten – ”parol evidence rule”

Partenes intensjoner er avgjørende – opplysninger nedfelt skriftlig i kontrakten vil som regel tolkes til å være ment å utgjøre et vilkår

Ved avgjørelsen av hvorvidt en bestemt opplysning kun er pre-kontraktuell eller et kontraktsvilkår, har domstolen tatt i betraktning en rekke momenter, uten at noen tilsynelatende har blitt avgjørende. Den virkelige testen ser ut til å være hvorvidt det foreligger bevis for en intensjon hos en eller begge parter om at konsekvensen av at opplysningen ikke er sann, skal være belagt med kontraktsrettslig ansvar.⁹⁷

Er opplysningen inntatt i kontraktsdokumentet, vil den som regel utgjøre et vilkår, men utfallet kan bli et annet avhengig av tolkingsresultatet.⁹⁸ Det forhold at opplysningene som er inntatt i kontraktsdokumentet ikke har påvirket personen til å inngå kontrakten, eller at han overhodet ikke var klar over dens eksistens ved inngåelsen, hindrer ikke opplysningen fra å kunne være et vilkår. Like fullt vil det kunne være et moment ved vurderingen av om opplysningen faktisk er et vilkår.⁹⁹

Betydningen av hvilke av begrepene ”representations” eller ”warranties” som brukes – begrepsbruken spiller liten betydning

Et eget spørsmål er om det er av betydning ved tolkingen av om opplysninger inntatt i kontrakten skal anses som vilkår, hvorvidt opplysningene er kategorisert som ”representations”, ”warranties” eller ”representations and warranties”. Som regel har ordvalget liten betydning. Verken juridisk teori eller rettspraksis fremhever at valget mellom hvilke av de to begrepene som brukes er av betydning. Det skal like fullt knyttes noen kommentarer til dette, primært basert på tilbakemeldinger fra Prosjektets Rådgivere.

Dersom utelukkende begrepet ”representations” brukes, vil dette til en viss grad kunne påvirke tolkingen av hvorvidt partene har ment at opplysningene skal utgjøre vilkår i

⁹⁷ Se Chitty pkt.12-003.

⁹⁸ Avsnittet baserer seg på Treitel s. 353-356.

⁹⁹ Se Treitel s. 354 flg. for momenter ved vurderingen.

kontrakten. Begrepet kan tenkes tolket dit hen at det kun viser til pre-kontraktuelle opplysninger. Dette kan tale for at listen med opplysninger kun er en opplisting av de pre-kontraktuelle opplysninger som er gitt, eventuelt en uttømmende en, uten at de skal være vilkår i kontrakten. Men utelukkende bruk av begrepet medfører på ingen måte uten videre et slikt resultat, eller noen tolkingspresumsjon for det.

Utelukkende bruk av begrepet "warranties" kan på den andre siden tale for at opplysningene er gjort til vilkår i kontrakten. Men heller ikke bruken av dette begrepet innebærer i seg selv automatisk et slikt resultat eller noen tolkingspresumsjon for det.

Bruken av begge begrepene samtidig kan antyde at opplysningene som er gitt, ikke bare utgjør vilkår, men også en uttømmende opplisting av pre-kontraktuelle opplysninger som er gitt i forhold til læren om "misrepresentations". En slik tolking kan blant annet tenkes der det også er inntatt en klausul om at kontrakten regulerer kontraktsforholdet uttømmende, generelt eller spesielt i forhold til opplysninger som er gitt.¹⁰⁰ Men heller ikke her er begrepsbruken avgjørende for et slikt tolkingresultat.

Konklusjonen er at uansett ordvalg vil det avgjørende være en tolking av hele kontrakten. Begrepene innebærer ingen automatiske eller presumptive rettslige konsekvenser, og er verken nødvendige eller til hinder for at opplysningene blir eller ikke blir ansett som vilkår i kontrakten.

Situasjonen dersom opplysningen ikke er nedfelt skriftlig i kontrakten – "parol evidence rule"

Dersom opplysninger er inntatt skriftlig i kontrakten, vil de altså som utgangspunkt bli tolket til å være en del av kontraktens vilkår.¹⁰¹ Det neste spørsmålet blir så om en skriftlig nedfellelse også er nødvendig, eller om opplysninger gitt muntlig vil kunne utgjøre vilkår i kontrakten. Som forklart ovenfor er dette i utgangspunktet et spørsmål

¹⁰⁰ Slike klausuler kalles gjerne "entire agreement"-klausuler. Selve reguleringen av at kontrakten er uttømmende gjennom bruken av slike klausuler, er ikke tema for denne avhandlingen.

¹⁰¹ Resten av punkt 6.2.3 baserer seg på Chitty pkt. 12-093 flg., samt Treitel s. 192 flg. Se også Huser s. 348-352 for beskrivelse av "parol evidence rule" i norsk teori.

om å tolke partenes intensjoner. Men ”parol evidence rule” vil ofte medføre at opplysninger som ikke er inkorporert i kontraktsdokumentet, ikke vil kunne utgjøre vilkår i kontrakten, ettersom regelen i mange tilfeller er til hinder for at muntlige opplysninger overhodet kan føres som relevant bevis for domstolen.

”Parol evidence rule” er en bevisavskjæringsregel basert på en presumsjon om at kontrakten, og de dokumenter den viser til, uttømmende regulerer avtaleforholdet mellom partene.¹⁰² Så fremt det er avgjort at vilkårene i partenes avtale er fullstendig nedfelt i et kontraktsdokument, følger det av regelen at tolkingen av avtalen må skje på bakgrunn av dokumentet og kun dette. De avtaler avhandlingen fokuserer på, er typisk store og omfattende skriftlige kontrakter. Som tidligere nevnt vil avtalene ofte også inneholde egne klausuler om at avtalen er en uttømmende regulering av kontraktsforholdet mellom partene, men uavhengig av slike klausuler vil det faktum at avtalene er omfattende og detaljerte, tale for at de uttømmende regulerer partenes kontraktsforhold, og dermed rammes av ”parol evidence rule”. Hvor det foreligger et kontraktsdokument mellom partene som tilsynelatende ser ut som en fullstendig avtale, vil derfor partene rent praktisk møte vanskeligheter med å bevise at ytterligere vilkår ble avtalt utenfor dokumentet, selv om de i prinsippet ikke er fraskåret fra det.

”Parol evidence rule” gjelder ”extrinsic” bevis, dvs. omstendigheter utenfor selve dokumentet, både muntlig og skriftlig.¹⁰³ Typiske eksempler er avtaleutkast, forberedende og innledende avtaler, forhandlingsdokumenter samt intensjonsavtaler. Reglene omfatter både adgangen til å føre bevis for eksistensen av vilkår utenfor selve kontraktsdokumentet, og bevis for å forklare eller tolke ord og uttrykk i dokumentet. Utgangspunktet er at slike bevis ikke kan føres for å motsi, variere, endre, legge til eller fjerne noe i forhold til vilkårene i den skriftlige avtalen.

Når det gjelder tolkingen av en skriftlig avtale, er det for så vidt tillatt å føre bevis for de faktiske forhold som partene forhandlet om, og som begge partene kjente til frem til

¹⁰² Se Skarning s. 26.

¹⁰³ Regelen gjelder kun for skriftlige eksplisitte vilkår (”express terms”), og hindrer ikke utfylling med ”forutsatte” eller ”stilltiende” vilkår (”implied terms”), jfr. Poole s. 167.

avtaleinngåelsen. Årsaken er at domstolen må sette seg inn i den faktiske situasjonen ved avtalen for å kunne ta stilling til hvordan en normalt fornuftig person ville oppfatte innholdet i avtalen og det kommersielle formålet med den. Derimot er det ikke tillatt å føre bevis for hva partene sa eller gjorde under forhandlinger, avtaleutkast, foreløpige avtaler eller etterfølgende atferd for å påvirke tolkingen.¹⁰⁴

Regelen har sin begrunnelse i at den opprettholder verdien av skriftlig bevis, effektuerer endeligheten som partene har ment å vise gjennom å nedfelle avtalen skriftlig, eliminerer problematiske og langvarige saksanlegg, samt skaper foruberegnelighet.¹⁰⁵

”Parol evidence rule” medfører at det er mest hensiktsmessig og sikkert for partene å nedfelle opplysninger skriftlig i kontrakten

”Parol evidence rule” medfører dermed at det er mest hensiktsmessig og forutberegnelig å nedfelle alle opplysninger skriftlig i den endelige kontrakten for at partene skal være mest mulig sikret at opplysningene som er gitt, utgjør vilkår i kontrakten. ”Parol evidence rule” er derfor en av hovedbegrunnelsene for at det inntas en slik mengde opplysninger om faktiske forhold i kontrakten som tilfellet typisk er under kategorien ”representations and warranties”.

¹⁰⁴ Se Chitty pkt. 12-116 flg., jfr. pkt. 12-093 flg.

¹⁰⁵ Se Anson s. 132.

7 "Covenants"

7.1 Innledning

Den tredje hovedkategorien forpliktelser kontrakter gjerne inndeles i, er "covenants". Som illustrert ovenfor i punkt 2.3.3, gjelder denne typen forpliktelser ofte påbud om eller forbud mot å foreta visse handlinger. Spørsmålene som skal behandles her, er for det første hvorfor partene eventuelt anser det nødvendig eller hensiktsmessig å bruke begrepet "covenants" for å kategorisere disse forpliktelsene. For det andre må det vurderes hvorfor partene eventuelt anser det nødvendig eller hensiktsmessig å samle denne typen forpliktelser i en egen kategori.

7.2 Den opprinnelig betydningen av begrepet "covenants" – kontrakter som utleder sin gyldighet fra formen ("deeds")

Den formelle formen for "covenants" – "deeds"

Tradisjonelt var "covenants", eller "deeds", som de også kalles i denne forbindelse, forpliktelser påtatt med segl ("under seal").¹⁰⁶ De ble vanligvis referert til som kontrakter med segl fordi det var et formkrav at de var seglet.¹⁰⁷ Selv om ansvaret etter "deeds" er basert på et løfte, så er de svært ulike fra "vanlige" kontrakter. "Deed" er et skriftlig løfte eller sett av løfter som avleder sin gyldighet fra formen til dokumentet og den alene.¹⁰⁸ Bruken av "covenants" i form av "deeds" i kontrakter er i dag først og fremst av praktisk interesse i de situasjoner som det nå skal redegjøres for.

Bruk av "covenants" i form av "deeds" er i visse tilfeller påkrevet av lovgivningen

I visse tilfeller foreskriver lovgivningen at kontrakter må utformes som "deeds". Dette gjelder først og fremst visse forhold ved disponering av og overdragelse av fast

¹⁰⁶ Se Anderson s. 71.

¹⁰⁷ Se Atiyah s. 41 flg.

¹⁰⁸ Se Anson s. 75, jfr. Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 s. 1.

eiendom, særlig heftelser på eiendommen.¹⁰⁹ De typiske forpliktelsene i kontraktene avhandlingen fokuserer på, angår normalt ikke heftelser på fast eiendom, men derimot handlingsforpliktelser som pålegges partene som sådan. Ettersom de særlige spørsmål som melder seg i forbindelse med fast eiendom, derfor faller på siden av avhandlingens tema og fokus, samt av hensyn til avhandlingens omfang, avgrenses det mot bruken av ”deeds” i denne sammenhengen.

Bruk av ”covenants” i form av ”deeds” kan være hensiktsmessig fordi det ikke er påkrevet med aksept fra den begunstigede etter løftet

I ”vanlige” kontrakter kreves det at tilbud fra den ene parten må aksepteres av den andre parten for at kontrakten skal være gyldig. For ”deeds” gjelder derimot at de er gyldige og får virkning fra og med ”levering”, selv om den som begunstiges, ikke er kjent med innholdet.¹¹⁰ Hva gjelder de kontrakter avhandlingen tar for seg, er dette ikke en relevant situasjon, og temaet forfølges ikke videre.

Bruk av ”covenants” i form av ”deeds” kan være hensiktsmessig fordi det ikke er påkrevet med noen form for motytelse(”consideration”) for at løftet skal være bindende
Utgangspunktet i engelsk kontraktsrett er at et løfte ikke er bindende med mindre det foreligger en form for motytelse (”consideration”). For ”vanlige” kontrakter vil dermed de ytelser en part forplikter seg til å prestere ikke være bindende for ham med mindre den andre parten samtidig har forpliktet seg til å yte en eller annen form for motytelse.¹¹¹ Dette kravet om motytelse gjelder derimot ikke for kontrakter utformet som ”deeds”.¹¹² Mens et rent gaveløfte som regel ikke er mulig å tvangshåndheve som

¹⁰⁹ Se Anson s. 76, jfr Law of Property Act 1925 s. 52 og 54, jfr. Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989, s. 1(8) Sched. 1, para. 2. I tillegg er det visse lovregulerte krav om bruk av ”deed” i forbindelse med utstedelse av fullmakt, jfr. Anderson s.77, jfr. Powers of Attorney Act 1972 s.1. Sistnevnte forhold er ikke tema for denne avhandlingen og behandles ikke videre.

¹¹⁰ Med ”levert” menes ikke at dokumentet faktisk er levert, men at den som har utstedt dokumentet gjennom handling eller ord har gjort det klart at han anser dokumentet for bindende, jfr. Anson s. 76, sml. Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 s. 1 (3) b.

¹¹¹ For redegjørelse av læren om ”consideration”, se Treitel. s. 67 flg.

¹¹² Se Treitel s. 158.

en ”vanlig” kontrakt ettersom det ikke er bindende, vil dette derimot være mulig dersom gaveløfte er gitt som ”deed”.¹¹³

Bruken av ”deeds” for å unngå problemer rundt kravet om motytelse kan tenkes foretatt av partene i de kommersielle kontraktene avhandlingen fokuserer på, selv om denne bruken ikke er utbredt. I for eksempel en låneavtale hvor lånesummen og renter og avdrag er de typiske hovedforpliktelsene, vil et forbud hos lånetaker mot å selge eiendeler i virksomheten, eller et krav til lånetaker om å innlevere årsregnskap, kunne oppfattes som biforpliktelser som kommer i tillegg til hovedforpliktelsene. Disse biforpliktelsene er ikke nødvendigvis hensyntatt i rentebeløpene som skal betales. Riktignok kan det være vanskelig og lite praktisk å skille ut forpliktelser på denne måten og fikse dem i forhold til hverandre som motytelser. Videre vil dessuten ofte en symbolsk motytelse, som for eksempel 1 £ eller lignende, være tilstrekkelig, slik at selve kravet til motytelse har et nokså formalistisk preg.¹¹⁴ Det er ikke nødvendigvis noe krav om at ytelsene er balanserte, så lenge det faktisk eksisterer en eller annen form for motytelse.¹¹⁵ Men det kan like fullt tenkes at partene ønsker å regulere visse forpliktelser som tilsynelatende savner en motytelse, som ”deeds”. Uavhengig av om det reelt sett er noen fare for at kravet til motytelse ikke er oppfylt, så unngår partene den eventuelle usikkerheten som eksisterer for om forpliktelsene er bindende, og skaper dermed bedre forutberegnelighet i kontraktsforholdet. Denne problemstillingen forutsetter at formkravene, jfr. nedenfor, er oppfylt. Selv om situasjonen er mer av teoretisk enn praktisk interesse, vil den like fullt forutsettes og behandles under Del III for å skape en mest mulig fullstendig analyse etter norsk rett.

Kort om formkravene for at et dokument kan utgjøre ”deed”

Formkravene for ”deeds” fremgår i dag primært av Law of Property (Miscellaneous Provisions) 1989 samt Companies Act 1985, s. 36A.¹¹⁶ Kort oppsummert må dokumentet klart uttrykke at det er en ”deed”. Videre må ”deeds” utstedt av

¹¹³ Se Anson s. 76, Treitel s. 158 flg.

¹¹⁴ Se Woxholth s. 73-74.

¹¹⁵ Sml. Anderson s. 78.

¹¹⁶ Avsnittet baserer seg på Anderson s. 78-79.

enkelpersoner være attestert av et vitne. "Deeds" utstedt av engelske aksjeselskap må segles med selskapets "common seal" i nærvær av to styremedlemmer, eller signeres av to styremedlemmer eller et styremedlem og en styresekretær.

7.3 Tiltent betydning av begrepet og kategorien "covenants" slik de brukes i kontrakter i dag – Mislykket forsøk på "deeds" eller kun en gjenkjennelig "merkelapp" for en type forpliktelser

Bruken av "covenants" i betydningen "deeds" er ikke vanlig i de kommersielle kontrakter avhandlingen fokuserer på, ettersom formkravene som regel ikke er oppfylt. Begrepet "covenants" brukes normalt kun som en betegnelse på vanlige kontraktsrettslige forpliktelser, selv om begrepet ikke er nødvendig.¹¹⁷ Muligens bruker partene også i visse situasjoner begrepet med det formål å tillegge høytidelighet og formalitet til viktige kontrakter eller vilkår i kontrakten. En kan stille spørsmål ved hvorfor partene eventuelt ønsker å tillegge vilkårene ekstra høytidelighet og formalitet. En forklaring kan være at partene, om ikke i dag så i hvert fall tidligere kanskje fryktet for at forpliktelsene ikke skulle oppfylle kravet til motytelse, jfr. ovenfor, og trodde bruken av begrepet og kategoriseringen skulle kunne bøte på dette. Som nevnt vil dette problemet og partenes usikkerhet være løst dersom formkravene oppfylles, men ikke ved kun å benytte seg av begrepet "covenants". Denne feilaktige bruken av "covenants" kan så tenkes å ha "hengt ved" som en tradisjon ved kontraktsutformingen. Enten partenes motiv for å foreta kategoriseringen derfor er begrunnet i tradisjon uten at partene er klar over årsaken til tradisjonen, eller partene faktisk også i dag begrunner bruken av kategorien "covenants" i ønsket om å unngå kravet til motytelse, så er kategoriseringen feilslått så lenge ikke formkravene er oppfylt.

Utover det nevnte er trolig hovedfunksjonen til begrepet kun å fungere som en gjenkjennelig "merkelapp" på denne typen forpliktelser.¹¹⁸ Brukt i denne sammenheng er begrepet uten noen rettslig betydning.¹¹⁹ Heller ikke selve kategoriseringen av denne

¹¹⁷ Avsnittet baserer seg på Anderson s. 71.

¹¹⁸ Dette er også bekreftet av Rådgiverne.

¹¹⁹ Se Atiyah s. 41.

typen forpliktelser ser ut til å ha noen betydning i kontrakten, utover at det kanskje er hensiktsmessig rent strukturelt å samle forpliktelsene i en form for ”sjekkliste”.

8 Konklusjon – hvorfor inndeles kontraktsforpliktelser i kontrakten i de tre hovedkategoriene

I dette punktet skal årsakene til at partene etter engelsk kontraktsrett velger å kategorisere kontraktsforpliktelsene i de tre hovedkategoriene kort oppsummeres.

Hovedbegrunnelsen for samtlige av de tre kategoriseringene – hensynet til forutberegnelighet

Hovedbegrunnelsen for å foreta de tre kategoriseringene er partenes behov for forutberegnelighet. Kategoriseringen av forpliktelser som "conditions" gjør det lettere for partene å forutberegne kanselleringsadgangen. Nedfellelsen av opplysninger i kontrakten under kategorien "representations and warranties" skaper forutberegnelighet ved at det er klarere for partene hvilke forutsetninger de kan legge til grunn ved kontraktsinngåelsen og hvilke konsekvenser som følger dersom forutsetningene viser seg ikke å stemme. Den uformelle formen av kategorien "covenants" hadde normalt ingen spesiell betydning eller funksjon, og dermed ingen betydning for forutberegneligheten utover at en type forpliktelser i kontrakten er lett å "finne" ettersom de er samlet i en kategori. Dersom partene feilaktig tror at kategoriseringen i seg selv medfører at kravet til motytelse unngås, virker kategoriseringen i tillegg mot sin hensikt ved at forutberegneligheten er mindre enn partene tror. Hvis derimot formkravene for "deeds" er oppfylt fremmer kategorien "covenants" forutberegneligheten i kontraktsforholdet ved at partene unngår usikkerheten rundt om kravet til motytelse er oppfylt.

Utover hensynet til forutberegnelighet har ikke kategoriene noen felles begrunnelse

Utover hensynet til forutberegnelighet har ikke kategoriene noen fellestrekk, eller bruken av dem noen felles begrunnelse. Kategoriene gjelder helt forskjellige sider ved kontrakten og engelsk kontraktsrett. Årsaken til at bruken av de forskjellige kategoriene fremmer forutberegnelighet er derfor også forskjellig for hver kategori.

Partenes kontraktsregulering av "conditions" gjør det enklere å vurdere når kontraktsbrudd gir rett til å kansellere kontrakten, ettersom ethvert brudd på "conditions" gir rett til å kansellere kontrakten. Partene unngår å måtte foreta skjønnsmessige og usikre vurderinger, som det er risiko for at domstolen i ettertid er uenig i, av hvorvidt kontraktsbruddet er tilstrekkelig alvorlig til at kontrakten kan kanselleres etter hovedregelen om "substantial failure". Tilsvarende gjelder der partene utelukker kanselleringsadgangen gjennom utømmende opplisting av tilgjengelige misligholdsbeføyelser i kontrakten.

Reguleringen av opplysninger som "representations and warranties" fremmer forutberegnelighet fordi partene kan legge til grunn forutsetningene disse opplysningene bekrefter, i motsetning til forutsetninger som ikke er bekreftet av motparten. Dette fulgte av at engelsk kontraktsrett ikke har noen generell opplysningsplikt eller lojalitetsplikt. Uansett hvor grunnleggende forutsetningene er, kan ikke partene legge dem til grunn med kontraktsrettslig vern, hvis ikke motparten inntar for riktigheten av forutsetningene. Og selv om opplysninger var gitt, så er konsekvensene dersom opplysningene viser seg å være uriktige, mest forutberegnelige dersom opplysningene er gjort til vilkår i kontrakten. Årsaken til dette er skillet mellom pre-kontraktuelle opplysninger og opplysninger som utgjør vilkår i kontrakten. Og den sikreste, og dermed også den mest forutberegnelige, måten å sørge for at opplysningene utgjør vilkår på, er å nedfelle dem skriftlig i kontrakten. Dette skyldes "parol evidence rule".

Den siste kategorien, "covenants", fremmer forutberegnelighet hvis formkravene for "deeds" er oppfylt. Partene unngår da kravet om motytelse for forpliktelsene i kategorien, og dermed usikkerheten ved hvorvidt disse forpliktelsene er bindende i en "vanlig" kontrakt. Der formkravene ikke er oppfylt, har bruken av kategorien "covenants" ingen egentlig begrunnelse, annet enn eventuelt at partene feilaktig tror de unngår kravet til motytelse samt at begrepet fungerer som en gjenkjennelig "merkelapp" for denne typen forpliktelser og dermed som en praktisk måte å ordne forpliktelsene på.

Forholdet mellom kategoriene for øvrig

Utover at samtlige kategoriseringer tjener til å fremme forutberegneligheten, er det ingen innbyrdes sammenheng mellom kategoriene. Visse av forpliktelsene i en kategori vil for eksempel kunne utgjøre forpliktelser som inngår i de andre kategoriene. Både

forpliktelser i kategorien "representations and warranties" og i kategorien "covenants" kan samtidig utgjøre forpliktelser i kategorien "conditions". Og kategorien "conditions" er del av en annen "teoretisk" kategori bestående av "conditions", "warranties" og "intermediate" vilkår. Men siden sistnevnte, med unntak av "conditions", ikke som utgangspunkt er partsdefinerte kategorier, omfattes de ikke av avhandlingen. På samme måte er kategorien "representations and warranties" del av kategorien kontraktuelle kontra pre-kontraktuelle opplysninger. Den eneste formen for innbyrdes sammenheng mellom noen av kategoriene som eksisterer, må eventuelt være at "covenants" i noen sammenhenger kan være en forlengelse av de samme forpliktelsene under kontraktsforløpet som er omfattet av "representations and warranties" i forbindelse med kontraktsinngåelsen.

Del III Norsk rett – behovet for og konsekvensene av å kategorisere kontraktsforpliktelsene tilsvarende etter engelsk rett

9 Innledning

I denne delen av avhandlingen skal behovet for og konsekvensene av å foreta kategoriseringene av kontraktsforpliktelser som er redegjort for i Del II, vurderes etter norsk kontraktsrett. På lik linje med etter engelsk kontraktsrett angår problemstillingene som kategoriseringene og deres funksjoner reiser, helt ulike aspekter ved norsk kontraktsrett. Analysen av de forskjellige kategoriene vil derfor være tilnærmet løsrevet fra hverandre. Rekkefølgen kategoriene behandles i, er likegyldig, men følger fremstillingen i del II av hensyn til systematikken i avhandlingen.

10 "Condition"

10.1 Innledning

I Del II ble det vist at engelsk kontraktsrett, begrunnet i partenes behov for forutberegnelighet, gir partene full frihet til å kontraktsregulere en adgang til å kansellere kontrakten ved ethvert kontraktsbrudd ved å kategorisere vilkår som "conditions". Kategoriseringen reiser følgende problemstillinger etter norsk kontraktsrett: For det første må det avklares hvorvidt det er et tilsvarende behov for en slik regulering av hevingsadgangen etter norsk kontraktsrett. For å kunne ta stilling til dette må først de generelle utgangspunktene og unntakene i norsk kontraktsrett for å kunne heve kontrakten trekkes opp. I den grad behovet foreligger, må det videre avklares om kategoriseringen kan og vil tolkes til å innebære en tilsvarende regulering av hevingsadgangen som etter engelsk rett. Utgangspunktet vil tas i de eksemplene på kontraktsreguleringer som er nevnt i Del II. Reguleringene er typisk gjengangere i engelske kontrakter. Det er dermed også nærliggende at de vil implementeres i kontrakter som reguleres av norsk rett hvor anglo-amerikanske kontraktsmodeller brukes, jfr. Prosjektets hovedtese. For det tredje må det tas stilling til om det eksisterer skranker i norsk rett som forhindrer at reguleringene får en like ubetinget virkning som etter engelsk rett, i den grad de kan tolkes slik. Med skranker siktes det først og fremst til indirekte sensur gjennom tolking samt direkte sensur etter avtl. § 36. Ved å besvare disse spørsmålene vil det for det første avklares spesielt om kategoriseringen av "conditions", gjennom de reguleringene som typisk brukes for å oppnå dette, er hensiktsmessig, nødvendig eller uønsket for partene å foreta i kontrakten etter norsk kontraktsrett. For det andre vil det mer generelt forsøkes å få avklart i hvilken grad partene etter norsk kontraktsrett har behov for og adgang til å regulere hevingsadgangen tilsvarende etter engelsk kontraktsrett.

10.2 Utgangspunktet i bakgrunnsretten for når kontrakten kan heves – hovedregelen om vesentlig kontraktbrudd

Den deklarasjoniske hovedregel og utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at det kreves vesentlig kontraktsbrudd for at kontrakten skal kunne heves.¹²⁰ På lik linje med utgangspunktet i engelsk kontraktsrett kreves det altså et ”kvalifisert” avvik fra riktig oppfyllelse for at heving er tillatt. Hvorvidt misligholdet etter norsk kontraktsrett er vesentlig ”beror etter alminnelige kontraktsrettslige regler på om kontraktsbruddet etter en helhetsvurdering må betegnes som vesentlig”.¹²¹ Misligholdet må være av en slik art og/eller et slikt omfang at det gir kreditor ”rimelig grunn for ... å si seg løst fra kontrakten”.¹²² Utgangspunktet og det sentrale momentet i denne helhetsvurderingen er det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse, hvor både avvikets karakter og omfang må tillegges vekt.¹²³ Men selv om utgangspunktet er det objektive avviket, vil også hensynet til virkningene av at kontrakten heves for den misligholdende part måtte vektlegges i helhetsvurderingen. Ved denne avveining mellom kreditors og debitors interesser kan flere momenter være relevante.¹²⁴

¹²⁰ Vesentlighetskravet er kommet til uttrykk i en rekke kontraktslover og i rettspraksis på ulovfestede områder, jfr. Hagstrøm 411. Begrunnelsen for vesentlighetskravet er at kun kvalifiserte kontraktsbrudd bør åpne for en sanksjon som kan ramme en part så hardt som heving kan, jfr. Hagstrøm s. 410. Hvis ikke, vil det kunne bli ubalanse mellom kontraktsbruddet og kontraktsbruddsanksjonen.

¹²¹ Rt. 1998 s. 1510, s. 1518 og Rt. 1999 s. 408, s. 421.

¹²² Se Hagstrøm s. 411 med henvisning til Rt. 1998 s. 1510, s. 1518, og Rt. 1999 s. 408, s. 421. Se også Rt. 1956 s. 664.

¹²³ Se Hagstrøm s. 412 med henvisning til Rt. 1998 s. 1510 og Rt. 1999 s. 408, s. 421.

¹²⁴ Se Hagstrøm s. 417 flg. Momenter kan for eksempel være tidsforløpet fra oppfyllelse til heving. Debitor kan ha innrettet sine økonomiske disposisjoner ut fra at kontrakten er bindende og derfor rammes hardt av heving hvor det har gått lang tid, jfr. Rt. 1998 s. 1510 og Rt. 1999 s. 408. Videre er årsaken til kontraktsbruddet, som graden av skyld hos den misligholdende part, relevant. Bevisst uredelighet har gjerne alene vært ansett som tilstrekkelig grunnlag for heving, og i langvarige kontrakter med fastere samarbeidsforhold hvor lojalitet og tillit er viktig, er det et hensyn i seg selv at den uskyldige parten ikke blir tvunget til videre samarbeid hvis den misligholdende part er sterkt å bebreide. Motsetningsvis bør den misligholdende part ikke rammes uforholdsmessig hardt der han ikke er sterkt å bebreide. For øvrig vil risikoen for at misligholdet vil gjenta seg, samt hvorvidt kontraktsbruddet utløser rett til andre misligholdskrav som langt på vei kan kompensere tilfredsstillende, for eksempel erstatning eller prisavslag, være aktuelle momenter.

10.3 Partenes behov for å kunne kontraktsregulere hevingsadgangen – vesentlighetskravet gir ikke tilstrekkelig forutberegnelighet

Vesentlighetskravet og den helhetsvurdering som dette krever, medfører at partene ikke med full sikkerhet kan vite hvorvidt de er berettiget til å heve kontrakten ved kontraktsbrudd. Hvis den uskyldige parten vurderer kontraktsbruddet feil, vil det foreligge uberettiget krav om heving som kan innebære mislighold av kontrakten, herunder objektivt erstatningsansvar for rettsvillfarelse. Tilsvarende kravet om ”substantial failure” medfører vesentlighetskravet at partene ikke kan forutberegne konsekvensene av kontraktsbruddet i den grad som er ønskelig. Behovet for å kunne forhåndsregulere adgangen til å heve kontrakten uavhengig av kontraktsbruddets faktiske konsekvenser, for på denne måten å skape et mer forutberegnelig kontraktsforhold, gjør seg derfor gjeldende på samme måte i norsk som i engelsk kontraktsrett.¹²⁵

Før partenes mulighet til selv å ivareta dette behovet ved å kontraktsregulere hevingsadgangen behandles, skal det i neste punkt det avklares i hvilken grad bakgrunnsretten selv har oppstilt avvikende løsninger fra vesentlighetskravet for å ivareta partenes behov for forutberegnelighet. I den grad bakgrunnsretten, først og fremst i form av deklarasjonslov, oppstiller tilfredsstillende ”unntak” fra vesentlighetskravet, vil dette kunne tilsi at partene ikke vil ha behov for selv å foreta reguleringene. I disse tilfellene vil partene kunne støtte seg til bakgrunnsrettens løsninger i stedet for å la kontrakten håndtere spørsmålet. Slike ”unntak” vil dessuten også ha betydning ved tolkingen av partenes reguleringer, ettersom bakgrunnsrettens løsninger spiller inn ved vurderingen av hvilke løsninger som er rimelige og akseptable, jfr. nedenfor i punkt 10.5 og 10.6.

10.4 Løsninger i deklarasjonslov som tilstreber en forutberegnelig hevingsadgang

Norsk rett har som utgangspunkt ikke noen like ubetinget og generell regel tilsvarende bruken av ”condition” i engelsk rett for å bestemme konsekvensene av

¹²⁵ Sml. Krüger Kjøpsrett s. 403, særlig note 7, hvor det tales om behovet for å ”kvantifisere” hevingsterskelen på en mer klargjørende måte enn etter lovteksten.

kontraktsbrudd.¹²⁶ Men det er gjort forsøk i den deklarasjoniske lovgivningen på å ivareta partenes behov for større klarhet og forutberegnelighet rundt hevingsadgangen ved kontraktsbrudd. I det følgende skal noen slike løsninger skisseres.

Regler om "tilleggsfrist" ("nach-frist") i kjøpsloven og avhendingsloven – ikke like absolutte som bruken av "conditions"

Kjøpsloven¹²⁷ og avhendingsloven¹²⁸ inneholder regler om at kreditor ensidig kan fastsette en bestemt tilleggsfrist ("nach-frist") ved forsinkelse som innebærer ubetinget adgang til å heve kontrakten dersom tilleggsfristen ikke overholdes.¹²⁹ Men reglene anses (foreløpig) positiv-rettslige, og det kreves at fristen må være "rimelig".¹³⁰

Rimelighetskravet er oppstilt for å hindre uthuling av vesentlighetskravet. Parten skal på en lojal måte kunne avklare når det er trygt å heve, men skal ikke kunne utnytte regelen ved ubetydelige forsinkelser. Ettersom adgangen til å fastsette tilleggsfristen er basert på rimelighets- og lojalitetsbetraktninger, vil det kunne oppstå usikkerhet ved vurderingen av om tilleggsfristen er kurant, og dermed om parten faktisk kan heve kontrakten dersom fristen brytes.¹³¹ Regelen om "nach-frist" i de to nevnte lovene åpner altså ikke for en like sikker og absolutt hevingsadgang som bruken av "condition" gjør etter engelsk rett. Det bør også påpekes at regelen om "nach-frist" kombinert med det generelle vesentlighetskravet kom som en erstatning for den tidligere kjøpslovens¹³² § 21, som ga en mer ubetinget rett til å heve kontrakten ved forsinkelse. Bestemmelsen i § 21 fastslo at det ved nøyaktig fastsatte frister skulle gis hevingsrett ved enhver forsinkelse, samt at enhver forsinkelse ved handelskjøp var vesentlig. Regelen ble ansett

¹²⁶ Sml. Skarning s. 50. Det er fremhevet at "condition" og "warranties" trolig kan sammenlignes med hoved- og biforpliktelser i "civil law", jfr. Treitel Remedies s. 369. Men brudd på hovedforpliktelser gir ikke, i hvert fall ikke etter norsk kontraktsrett, noen ubetinget rett til å heve kontrakten.

¹²⁷ Se lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27 (kjl.) §§ 25, 54, 55 (alle annet ledd).

¹²⁸ Se lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 14. juli 1992 nr. 63 (avhl.) §§ 4-3(2) og 5-3(2).

¹²⁹ Avsnittet baserer seg på Hagstrøm s. 421-422.

¹³⁰ Debitor må ha en reell mulighet til å oppfylle i forhold til den fristen som avtales, samtidig som fristen må fastsettes med hensyn til kreditors behov for oppfyllelse.

¹³¹ Se Selvig Kjøpsrett s. 331.

¹³² Lov om kjøb av 24. mai 1907 nr.2.

som for streng og lite passende i enkelte tilfeller.¹³³ Vesentlighetsspørsmålet skulle etter den nye kjøpsloven nettopp avgjøres konkret etter de vanlige reglene om forsinkelse uavhengig av om det var fastsatt en nøyaktig frist.¹³⁴ Dette skulle tilsi at lovgiver har ønsket å gå bort fra absolutte hevingsmekanismer, i hvert fall som hovedregel, på de nevnte områder, og heller tilstrebe en mer fleksibel totalvurdering av hvorvidt heving kan foretas, på bekostning av forutberegneligheten.

Sjølovens § 348 og § 375 – tilnærmet like absolutt hevingsadgang som ved brudd på "conditions"

Sjølovens¹³⁵ § 348 og § 375 inneholder regler om at kontrakter om henholdsvis reise- og tidsbefraktning kan kanselleres(heves), hvis tidspunktet for når skipet skal være lasteklart(kanselleringstid) er avtalt og denne fristen ikke overholdes.¹³⁶ Praxis er at fristen settes til et bestemt tidspunkt på en bestemt dag.¹³⁷ Enhver fristoverskridelse med hensyn til ankomst til lastehavn i forhold til denne datoen gir befrakteren rett til å si seg løs fra kontrakten. Klausulen forstås slik at selv om det kan påvises at forsinkelsen er helt uten betydning for den aktuelle transport, kan befrakteren kansellere, for eksempel fordi ratene er falt under det aktuelle certeparti. Det må ikke foretas noen vesentlighetsvurdering, og det kreves ikke noen "saklig" grunn for å kansellere(heve) certepartiet.¹³⁸ Reglene i sjøloven utgjør dermed tilfeller i norsk kontraktsrett hvor det er kurant å regulere en ubetinget hevingsadgang tilsvarende kategoriseringen av vilkår som "conditions" i engelsk kontraktsrett, sml. bruken av uttrykket "of the essence" i forbindelse med nøyaktige tidsvilkår.

¹³³ Se NOU 1976:34 s. 24.

¹³⁴ Se NOU 1976:34 s. 57.

¹³⁵ Lov om sjøfarten(sjøloven) av 24. juni 1994 nr. 39 (sjøl.).

¹³⁶ Bestemmelsene er en lovfesting av certepartipraxis om å kontraktsmessig fastlegge hva som er vesentlig mislighold, jfr. Falkanger/Bull s. 331.

¹³⁷ Se NOU 1993:36 s. 85.

¹³⁸ Se Falkanger/Bull s. 331. Er det derimot ikke avtalt noen kanselleringstid, gjelder kravet om vesentlig kontraktsbrudd.

Utover sjølovens § 348 og § 375 er det ikke kjent at det eksisterer noen regler som åpner for en ubetinget hevingsadgang ved ethvert kontraktsbrudd

Det er ikke kjent at det eksisterer lignende deklarasjoniske regler som sjøl. § 348 og 375 på andre kontraktsområder. Den deklarasjoniske bakgrunnsretten oppstiller heller ikke regler som generelt sett innenfor kontraktsretten åpner for løsninger i forhold til hevingsadgangen som tilsvarer kategoriseringen av vilkår som ”conditions” i engelsk rett. Partenes behov for forutberegnelighet rundt hevingsadgangen er derfor ikke tilstrekkelig ivarettatt gjennom den deklarasjoniske bakgrunnsrettens. Partene vil som regel ikke kunne støtte seg på bakgrunnsretten for å oppnå en ubetinget hevingsadgang, men må foreta slike reguleringer i kontrakten selv for å ivareta behovet for forutberegnelighet. Det neste spørsmålet blir om de faktisk har mulighet og adgang til fullt ut på en forutberegnelig måte å regulere en ubetinget hevingsadgang ved ethvert kontraktsbrudd, eller om norsk kontraktsrett oppstiller skranker for slike reguleringer. I neste punkt skal utgangspunktene for partenes adgang til å foreta slike reguleringer klarlegges.

10.5 Partenes adgang til å kontraktsregulere hevingsadgangen – generelle utgangspunkt

Det grunnleggende utgangspunktet – opp til partene selv å kontraktsdefinere hva som utgjør vesentlig kontraktsbrudd

Den sentrale kilden for å klarlegge hva som er vesentlig kontraktsbrudd etter norsk kontraktsrett, er kontrakten mellom partene slik den tolkes av domstolen. Det er primært kontrakten som gir føringene både for hva som innebærer kontraktsmessig oppfyllelse og hva som innebærer vesentlig avvik fra denne oppfyllelsen, og dermed hvorvidt det foreligger vesentlig kontraktsbrudd.¹³⁹ Det er i denne forbindelse et grunnleggende allment kontraktsrettslig prinsipp at partene i utgangspunktet står fritt til å fastlegge hva som utgjør vesentlig kontraktsbrudd i kontraktsforholdet, og dermed bestemme om og eventuelt når retten til å heve kontrakten inntreffer uavhengig av hva som følger av bakgrunnsretten.¹⁴⁰ Selv om ikke norsk rett har noen løsninger tilsvarende ”conditions”, skulle dette utgangspunktet tilsi at partene kan foreta tilsvarende reguleringer av

¹³⁹ Se Hagstrøm s. 412.

¹⁴⁰ Se Falkanger/Bull s. 331.

hevingsadgangen som bruk av ”conditions” innebærer. Like fullt må utgangspunktet nyanseres på grunn av den vekt som tillegges bakgrunnsrettens løsninger og hensynet til rimelighet i norsk kontraktsrett, jfr. neste avsnitt.

Bakgrunnsrettens løsninger, herunder hensynet til rimelige løsninger, veier tungt i norsk kontraktsrett – avvikende løsninger ”aksepteres” ikke uten videre

Avtaler som avviker fra løsningene i bakgrunnsretten, er ikke uten videre ubetenkelige i norsk kontraktsrett.¹⁴¹ Bakgrunnsretten bygger på en rettspolitisk vurdering av partenes generelle motstridende interesser og hva som ut fra disse interessene er ansett som den beste og rimeligste løsningen. Selv om avtalte avvik kan være bedre tilpasset kontraktsforholdets egenart, reflektere partenes interesser på en bedre måte samt skape større forutberegnelighet enn hva som følger av bakgrunnsretten, er det også fare for det at skapes ubalanse i kontraktsforholdet. En slik ubalanse kan for eksempel vise seg i form av at kontrakten åpner for det som med norske øyne og i forhold til norsk bakgrunnsrett, fremtrer som svært urimelige resultater. En ubetinget adgang til å heve kontrakten som følge av ethvert kontraktsbrudd, eller ”forbud” mot å heve kontrakten uansett typen kontraktsbrudd, kan åpne for urimelige resultater. Ettersom bakgrunnsrettens løsninger samt generelle rimelighetsbetraktninger spiller en viktig rolle i norsk kontraktsrett, er det ikke gitt at domstolene alltid vil godta slike reguleringer av hevingsadgangen. I den grad domstolene ikke finner reguleringene ”akseptable”, kan det tenkes at domstolen gjennom tolking indirekte sensurerer reguleringene. Selv om det tas utgangspunkt i ordlyden, vil tilgjengelige tolkingsmomenter, bakgrunnsrettens betydning samt lojalitets- og rimelighetsbetraktninger kunne medføre at tolkingsresultatet blir et annet enn det en ren bokstavelig ordlydsfortolking av partenes kontraktsreguleringer skulle tilsi. Dette skal utdypes i neste punkt, 10.6, ved å gi en beskrivelse av norsk tolkelære og de elementer i denne som kan medføre skranker for partenes regulering av hevingsadgangen gjennom indirekte sensur med mer. I denne forbindelse skal det også klarlegges hvilken betydning det eventuelt har at kontrakten er skrevet på engelsk. Deretter skal de konkrete uttrykkene vist til i Del II tolkes nedenfor i punkt 10.7.

¹⁴¹ Avsnittet baserer seg på Hagstrøm s. 623 flg.

10.6 Norsk tolkingslære og dens betydning for partenes mulighet til å kontraksregulere hevingsadgangen

Norsk tolkingslære – utgangspunktet tas i en objektiv fortolkning av ordlyden, og ordlyden veier tungt i kommersielle forhold

Forutsatt at partene ikke har en felles avvikende forståelse av ordlyden, så er hovedregelen i norsk kontraktsrett er at man legger en objektiv forståelse til grunn ved tolkingen av kontrakten.¹⁴² Med utgangspunkt i ordlyden, og vesentlig vektlegging av denne, må man finne den objektivt sett rimelige og fornuftige meningen i kontraktens bestemmelser og formuleringer, det vil si den betydningen en adressat med rimelighet kan tillegge disse.¹⁴³ Ordene skal forstås i deres alminnelige mening etter vanlig språkbruk innen det området de brukes.¹⁴⁴ Særlig i kommersielle kontrakter mellom profesjonelle parter står dette objektive tolkingsprinsippet sterkt, blant annet begrunnet i forretningslivets ”behov for sikkerhet og forutberegnelighet” samt hensynet til tredjeparter.¹⁴⁵ Ordlyden tillegges her stor vekt i forhold til andre momenter.¹⁴⁶ Men selv om ordlyden tillegges stor vekt, er domstolen ikke begrenset til å se på denne. Hvis ordlyden gir rom for tolkingsalternativer, kan og må domstolen ved tolkingen se hen til hele avtalesituasjonen.¹⁴⁷ Den faktiske bakgrunnen for avtalen på avtaletidspunktet, forhold som ligger forut for avtalen,¹⁴⁸ situasjonen ved avtaleinngåelsen, partenes forutsetninger, avtalens formål, partenes handlemåte forut for og etter avtaleinngåelsen, vederlagets størrelse og språklige retningslinjer må tas i betraktning.¹⁴⁹ Domstolen står dermed nokså fritt i tolkingsprosessen, også i forhold til kommersielle kontrakter, ved at den prinsippielt sett ikke er avskåret fra å se på og vektlegge en rekke andre bevis enn

¹⁴² Se Hov I s. 148 flg., Falkanger AfS s. 543, Woxholth s. 436 flg.

¹⁴³ Se Selvig Kjøpsrett s. 309, Hov I s. 150 flg., Hagstrøm s. 43, Woxholth s. 436 flg., sml. kjl. § 89 (1) 2. pkt.

¹⁴⁴ Se Woxholth s. 438.

¹⁴⁵ Rt. 2002 s. 1155, s. 1159.

¹⁴⁶ Se Rt. 1994 s. 581, jfr. Selvig Kjøpsrett s. 309, samt Woxholth s. 438.

¹⁴⁷ Se Selvig Kjøpsrett s. 309-310, sml. kjl. § 89 (2), Woxholth s. 441 med henvisning til Rt. 1980 s. 84.

¹⁴⁸ Forholdene kan belyse både partenes subjektive oppfatninger og hvordan utsagnet er naturlig å lese. Særlig viktig er forutgående forhandlinger, opplysninger gitt forut for kontrakt, og eldre kontrakter mellom samme parter, jfr. Hov I s. 166-167.

¹⁴⁹ Se generelt om momentene Hov I s. 162 flg., Woxholth s. 441 flg.

kontraktsteksten for å kartlegge partenes mening.¹⁵⁰ Dette utgjør en naturlig begrensning for partenes mulighet til å kunne legge til grunn og stole på at kontraktens reguleringer etter sin ordlyd alltid utelukkende vil være avgjørende for tolkingsresultatet. Reguleringene avhandlingen fokuserer på vil ikke nødvendigvis bli tolket like bokstavelig etter sin ordlyd som de forutsettes tolket slik de opprinnelig brukes. Men ordlydens betydning, og dermed forutberegneligheten i kontraktsforholdet, begrenses ikke bare av at domstolen hensyntar andre omstendigheter enn ordlyden ved tolkingen. Vektleggingen i norsk tolkelære av bakgrunnsrettens løsninger og hensynene til rimelighet og lojalitet kan medføre at kontraktsreguleringer indirekte sensureres gjennom tolking i forhold til hva som følger av ordlyden, og utgjør dermed også en mulig begrensning i partenes adgang til å kontraksregulere hevingsadgangen. Dette vil utdypes i neste avsnitt.

Rimelighetshensyn og bakgrunnsrettens løsninger kan påvirke tolkingen på bekostning av ordlyden selv i kommersielle forhold

Selv om ordlyden tillegges stor vekt ved tolkingen, vil domstolen også kunne vektlegge rimelighetshensyn.¹⁵¹ Målestokken for hva som rimelig vil nettopp være de løsninger som den deklaraske bakgrunnsretten oppstiller, samt urimelighetsstandarder i avtl. § 36, jfr. nedenfor i punkt 10.8.¹⁵² Når tolkingsspørsmålet dekkes av kontraktslovgivningen eller ulovfestede rettsregler, vil tolkingstilven ofte løses mot parten som hevder at vilkårene i kontrakten avviker fra bakgrunnsrettens normalordning.¹⁵³ Og tilsvarende vil domstolen ved tvilstilfeller gjerne velge det tolkingalternativ som samsvarer best med rimelighetshensyn, selv om dette ikke følger av en naturlig forståelse av ordlyden,¹⁵⁴ for eksempel ved å foreta en innskrenkende

¹⁵⁰ Utgangspunktet er altså et helt annet enn i engelsk kontraktsrett hvor domstolen har langt mindre frihet ved tolkingen, jfr. ovenfor i punkt 5.5.2, jfr. Skarning s. 26, Falkanger AfS s. 544. Generelt sett er rettsanvenderen etter engelsk rett sterkere bundet til en bokstavgro tolking enn hva man er etter norsk rett, sml. Huser s. 348-351, Falkanger AfS s. 543-566, særlig s. 551-553 samt s. 565.

¹⁵¹ Se Selvig Kjøpsrett s. 303, s. 311 og s. 313.

¹⁵² Se Hagstrøm s. 43-44, Falkanger AfS s. 544., Selvig Kjøpsrett s. 318-319, Woxholth s. 454-455.

¹⁵³ Selvig kjøpsrett s. 312 jfr. Rt. 1993 s. 564.

¹⁵⁴ Se Hov I s. 172 flg., sml. Falkanger AfS s. 544.

fortolking av ordlyden.¹⁵⁵ En slik fortolking kan blant annet begrunnes i at særlig tyngende eller ugunstige vilkår bør utformes så motparten klart forstår hva de innebærer. I den grad vilkårene åpner for tolkingstvil, vil de bli tolket i disfavør av den som har fått dem inn i kontrakten og som vilkårene er til fordel for, fordi han etter forholdene burde uttalt seg tydligere.¹⁵⁶ En annen, nokså lik måte å begrunne en innskrenkende fortolking på er at den parten som betinger seg en særlig fordel eller rett, må sørge for at innholdet og rekkevidden av den fremgår klart av kontrakten, slik at den annen part får vite hvilke plikter kontrakten medfører for ham.¹⁵⁷ Er dette ikke gjort, velges det tolkingsalternativ som er minst tyngende for denne andre parten. Er det etter kontraktsforholdets eller forpliktelsens art med mer normalt ikke vanlig med strenge hevingsregler eller er vilkåret det gjelder normalt ikke av stor betydning, og ordlyden åpner for tvil, vil den parten som påberoper en ubetinget hevingsadgang ved ethvert kontraktsbrudd, derfor kunne bli møtt med at han var nærmest til å gjøre dette klart nok. Dersom en part aksepterer generelle vilkår uten å ha vært klar over de strengeste virkningene av dem, vil vilkårene altså kunne bli tolket restriktivt for å unngå de mest urimelige resultatene.¹⁵⁸ I den grad en slik fortolking ikke er mulig, for eksempel fordi ordlyden er for klar, har domstolen videre i realiteten underkjent klausulen basert på forutsetningssynspunkter, dvs. ved å anta at forutsetningene for anvendelsen av klausulen ikke var til stede eller at det er i strid med partenes forutsetninger at klausulen skal komme til anvendelse, i hvert fall uavkortet etter sin ordlyd.¹⁵⁹

Vektlegging i norsk tolkelser av at det konkrete resultatet skal fremtre som rimelig og fornuftig, står altså i sterk kontrast til engelsk kontraktsrett, hvor fokuset først og fremst ligger på forutberegnelighet, og hvor dommeren derfor ikke skal fastlegge

¹⁵⁵ Hagstrøm viser til at det foreligger lang tradisjon i rettspraksis for innskrenkende fortolking, også i kommersielle forhold, jfr. Hagstrøm s. 634.

¹⁵⁶ Se Selvig Kjøpsrett s. 311-312. Dette kalles "uklarhetsregelen". Det er ikke tale om en egentlig regel for tolkingen, men veiledende synspunkter som ofte går igjen i domstolens begrunnelse. "Regelen" kan også brukes i kommersielle forhold selv om partene her i prinsippet er likeverdige.

¹⁵⁷ Denne "tolkingsregelen" kalles "minimumsregelen" jfr. Selvig Kjøpsrett s. 312, og er tilsvarende "uklarhetsregelen" av veiledende art.

¹⁵⁸ Sml. Moss s. 114.

¹⁵⁹ Se Hagstrøm s. 634-638.

kontraktsforpliktelsene slik de burde ha vært utformet, men kun forholde seg til ordlyden selv om den er ufullkommen og leder til urimelige resultater.¹⁶⁰ I motsetning til i engelsk rett vil en bokstavtro fortolking av ordlyden og hensynet til forutberegnelighet kunne bli "fortrengt" av hensynet til rimelighet og bakgrunnsrettens løsninger.¹⁶¹ Som Hagstrøm fremhever, står den "passivt tilbakeholdne tolkningstradisjonen" i engelsk rett i "skarp kontrast til den nordiske, hvorefter domstolene strekker seg langt for å finne rimelige og fornuftige løsninger ved tvist om fastleggelsen av innholdet i avtalen."¹⁶² Denne forskjellen har trolig blitt enda klarere etter innføringen av avtl. § 36, som også kan karakteriseres som en fortolkingsregel ettersom den oppfattes som et klart direktiv om å søke rimelige tolkingsresultater.¹⁶³ På den annen side må ikke betydningen av hensynet til et rimelig tolkingsresultat overdrives for de kontraktene avhandlingen omhandler. I kommersielle og individuelt fremforhandlede avtaler mellom jevnbyrdige parter har ikke rimelighetsbetraktninger en fremtredende plass, og det skal det mye til for å avvike ordlyden av hensyn til rimelighet.¹⁶⁴ Hensynet til forutberegnelighet vektlegges her i stor grad, og partene forventes å ta ansvaret for den risiko de har påtatt seg ved utformingen av avtalen. Dommeren er bundet av ordlyden med mindre tolkingen medfører helt urimelige resultater. Det er ikke tilstrekkelig at det kan tenkes alternative løsninger som er mer rimelige. I følge Selvig tilsier nyere rettspraksis, jfr. Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2003 s. 1132, at utviklingen i norsk rett går i retning av å legge større vekt på prinsippet om kontraktsfrihet og hensynet til forutberegnelighet, slik at kontrakter normalt skal tillegges rettsvirkning etter sin ordlyd.¹⁶⁵ Blant annet Rt. 2002 s. 1155 gir klart uttrykk for, med henvisning til Rt. 1994 s. 581, at forutberegnelighet er viktig, og at dette

¹⁶⁰ Se Hagstrøm s. 43, jfr. ovenfor i punkt 5.5.2.

¹⁶¹ Falkanger påpeker at norsk og engelsk kontraktsrett generelt kan sies å avspeile striden mellom forutberegnelighet og konkret rimelighet i kontraktsfortolkingen., jfr. Falkanger AfS s. 566.

¹⁶² Hagstrøm Tff 1999 s. 395.

¹⁶³ Se Hagstrøm s. 44, samt for behandling av avtl. § 36 s. 638 flg.

¹⁶⁴ Sml Moss s. 115 som viser til at domstolenes skjønn er begrenset hvor det er tale om jevnbyrdige parter med mer, med henvisning til Rt. 1999 s. 922, Rt. 2000 s. 806 og Rt. 2003 s. 1132. Situasjonen vil derimot kunne bli noe annerledes dersom det er tale om langsiktige avtaleforhold som bærer preg av et samarbeidsforhold, jfr. Rt 1991 s. 220.

¹⁶⁵ Se Selvig Kjøpsrett s. 319.

understreker at objektiv fortolkning av ordlyden er særlig viktig i avtaler mellom næringsdrivende, siden dette best fremmer forutberegnelighet og sikkerhet i avtaleforholdet.¹⁶⁶

Konklusjon: Til tross for at ordlyden tillegges stor betydning, medfører vektleggingen av bakgrunnsrettens løsninger og hensynet til rimelighet at partene selv i kommersielle kontrakter ikke alltid kan stole på at kontraktens ordlyd vil legges til grunn fullt ut

I utgangspunktet hensyntar norsk tolkingslære forutberegneligheten i kommersielle kontrakter ved å legge stor vekt på ordlyden. Men ordlydsfortolkningen er ikke like ”streng” som etter engelsk rett. Selv om hensynet til et rimelig resultat og bakgrunnsrettens løsninger ikke skal overdrives i forhold til store kommersielle kontrakter, vil hensynene kunne medføre at domstolene selv i disse kontraktene ikke nødvendigvis vil tolke kontrakten bokstavelig etter sin ordlyd og dermed heller ikke respektere partenes reguleringer fullt ut. Hovedpoenget er ikke om domstolen vil gjøre dette ofte, men at mulighetene for at den kan og vil gjøre det, er der. Dette medfører en usikkerhet for partene ved at de ikke nødvendigvis kan stole fullstendig på at kontraktens reguleringer av hevingsadgangen tolkes fullt ut i samsvar med ordlyden, og svekker ordlydens betydning og forutberegneligheten i kontraktsforholdet.

Før vi kan se på tolkingen av de konkrete reguleringene, er det en ytterligere tenkelig begrensning på partenes adgang til å regulere hevingsadgangen og å kunne vektlegge ordlyden som må behandles, nemlig lojalitetsprinsippet. I tillegg må det vurderes hvilken betydning det kan ha for tolkingen at kontrakten er skrevet på engelsk.

Det ulovfestede lojalitetsprinsippet – betydning for tolkingen

Det gjelder et generelt ulovfestet krav til lojalitet mellom partene i norsk kontraktsrett, og det er antatt at kravet skjerpes etter at kontrakten er inngått.¹⁶⁷ Prinsippet vil kunne

¹⁶⁶ Se særlig s. 1158-1159 i dommen.

¹⁶⁷ Se Hagstrøm s. 73. Prinsippet er utviklet i rettspraksis, og lovgivning og rettspraksis tyder på at prinsippet får stadig større betydning og utbredelse. Se også Haaskjold s. 34-37.

spille inn ved tolkingen og kartleggelsen av partenes plikter og rettigheter.¹⁶⁸ Prinsippet innebærer at partene skal utvise aktsom og lojal opptreden under kontraktsinngåelsen og så lenge forpliktelsene består.¹⁶⁹ På lik linje med avtl. § 36 tilsier prinsippet at det må legges til grunn en rimelighetsstandard ved fastleggelsen av misligholdsbeføyelsene.¹⁷⁰ Den hevingsadgangen partene har kontraktsregulert, vil dermed kunne bli begrenset i lys av lojalitetsprinsippet.¹⁷¹ Blant annet er selve utnyttelsen av misligholdsbeføyelsene delvis preget av lojalitetsbetraktninger ved at hensynet til den misligholdende part kan innvirke på valg av misligholdsbeføyelse.¹⁷² Men det er uklart i hvilken grad lojalitetsprinsippet vil bidra i tolkingen utover det som allerede følger av rimelighetsbetraktningene basert på bakgrunnsrettens løsninger og avtl. § 36, ettersom prinsippet bygger på de samme rimelighetsbetraktningene. Tolkingresultatet prinsippet skisserer, vil gjerne sammenfalle med det som allerede følger av en rimelighetsvurdering etter bakgrunnsrettens løsninger og tolkingsdirektivet i avtl. § 36. Lojalitetsprinsippet vil derfor i det følgende først og fremst anvendes som tilleggsgargument der dette har noen selvstendig verdi.

¹⁶⁸ Se Hagstrøm s. 73, Simonsen s. 157 flg., Haaskjold s. 34-37, Hov I s. 43 samt s. 168, Woxholth s. 349, samt s. 451-452.

¹⁶⁹ Jfr. Rt 1988 s. 1078, s. 1084, jfr. Rt. 1995 s. 1460, s. 1469.

¹⁷⁰ Se Hagstrøm s. 74. Både Hov og Woxholth fremhever lojalitetshensynet som en type rimelighetshensyn, jfr. Hov I s. 43, Woxholth s. 451-452. Simonsen fremholder at rimelighet og lojalitet prinsipielt må holdes atskilt fra hverandre, siden kravet til lojalitet gjelder partenes atferd, mens kravet til rimelighet gjelder virkningene av partenes atferd, altså resultatet, jfr. Simonsen s. 157-158. Men i praksis vil de to kravene gli over i hverandre, spesielt fordi måten et resultat er frembragt på, vil påvirke urimelighetsvurderingen.

¹⁷¹ Se Simonsen s. 159. Ifølge Hov vil det tolkingsalternativ som best ivaretar hensynet til lojalitet velges, slik at prinsippet dermed får betydning i selve tolkingen. Hov ser derfor på prinsippet som en særvariant av tolkingsmomentet om å nå et rimelig og rettferdig resultat, og beskriver prinsippet som en del av bakgrunnsretten som kan utfylle avtalen på lik linje med deklarasjonslovgivning, jfr. Hov I s. 43. Og som for rimelighetsvurderinger ellers vil kravet til lojalitet variere i forhold til kontraktsforholdet det er tale om. Kravet til lojal opptreden er lavere i rene forretningsmessige forhold enn ved mer utpregede samarbeidsforhold, ettersom partenes ansvar for å ta vare på egne interesser anses som fundamentalt, jfr. Hov I s. 42.

¹⁷² Se Simonsen s. 160.

Betydningen for tolkingen at kontrakten er skrevet på engelsk

Avslutningsvis i dette punkt er det nødvendig å klarlegge hvorvidt det har noen betydning for tolkingen av kontrakten etter norsk kontraktsrett at den er utformet på engelsk. Som Selvig påpeker, og som begrepene avhandlingen gjelder viser, har engelsk kontraktsrett ”et ganske sterkt teknisk preg, ikke minst som følge av en ofte særegen begrepsdannelse og metodelære. Anvendelsen av engelsk rett kan derfor lett gi resultater som avviker fra den forståelse en naturlig lesning av kontrakten med ikke-engelske briller vil gi”.¹⁷³ Spørsmålet er om engelsk kontraktsrett skal påvirke tolkingen siden engelsk er valgt som kontraktsspråk. Svaret er at det som hovedregel er lovvalget og ikke arbeidsspråket som er avgjørende.¹⁷⁴ Basert på en gjennomgang av nordisk sjørettspraksis og dommer fra Høyesterett fra de siste 50 år før 1986, er hovedinntrykket til Selvig at selv om kontrakten er utformet på engelsk, med engelskspråklige kontraktsvilkår, så blir vilkårene ikke spesialbehandlet, men håndtert i all vesentlighet på samme måte som kontrakter og kontraktsvilkår utformet på nasjonalt språk.¹⁷⁵ Særlig hva gjelder misligholdsbeføyelser, synes norsk bakgrunnsrett å herske uinnskrenket.¹⁷⁶ Rettsvirkningen av et kontraktsvilkår vil, i mangel av klare holdepunkter i kontrakten selv, normalt bli bestemt i samsvar med den alminnelige kontraktsbruddslære i det lands rett som kontrakten er undergitt. Hvis partene ønsker andre rettsvirkninger enn det som følger av bakgrunnsretten, må dette presiseres.¹⁷⁷ Det ser dermed ikke ut til anvendelsen av engelsk som kontraktsspråk har noen betydning for tolkingen, så lenge forutsetningen er at norsk rett skal regulere kontraktsforholdet.

Påberoper en part at den opprinnelige betydningen og funksjonen til reguleringene skal legges til grunn, vil han derfor vanskelig kunne bli hørt med dette. Har partene hver sin forståelse av ordlyden, er utgangspunktet at ordlyden skal tolkes objektivt. Unntak gjelder der en av partene, uten å gjøre den andre parten oppmerksom på det, forstod eller burde forstått at den andre parten oppfattet ordlyden på en annen måte enn ham

¹⁷³ Selvig TfR 1986 s. 21.

¹⁷⁴ Se Selvig TfR 1986 s. 21, Haaskjold s. 194, Hov I s. 155.

¹⁷⁵ Se Selvig TfR 1986 s. 3. Selvig tar forbehold om at materialet ikke nødvendigvis er representativt for kontrakter innen andre kontraktsområder, jfr. s. 7.

¹⁷⁶ Se Selvig TfR 1986 s. 19, jfr. s. 16.

¹⁷⁷ Se Selvig TfR 1986 s. 26.

selv, uavhengig av om denne meningen var i samsvar med vanlig språkbruk. I så fall legges den andre partens forståelse til grunn, jfr. ”god tro”-standarden.¹⁷⁸ Hvorvidt dette er tilfellet, må vurderes konkret. Men det forhold alene at engelsk språk er brukt, vil altså ikke medføre at partene bør forstå at betydningen av begreper og uttrykk i engelsk rett også skal legges til grunn. Så lenge norsk rett skal regulere avtalen, er det ingen ting som tilsier en slik forståelse. Riktignok kan noen av reguleringene som behandles medføre noenlunde samme konsekvenser etter norsk rett som de har etter engelsk, men dette er som følge av en tolking etter norsk rett og ikke som følge av at engelsk rett legges til grunn.

Hvorvidt reguleringene får noen betydning for hevingsadgangen, vil altså utelukkende bero på hvordan de tolkes etter norsk rett. Det kan derfor allerede her påpekes at bruken av begrepene ”conditions” eller ”warranty” ikke vil medføre noe for tolkingen av kontraktens reguleringer av hevingsadgangen.¹⁷⁹ Tilsvarende vil uttrykket ”any breach entitles the innocent party to rescind the contract” ikke kunne innebære noe for erstatningsspørsmålet ved kontraktsbrudd etter norsk kontraktsrett, men utelukkende regulere hevingsadgangen. Etter sin ordlyd regulerer uttrykket ikke spørsmålet om erstatning, og med mindre kontrakten gir uttrykk for annet vil norsk bakgrunnsrett da måtte legges til grunn og bli avgjørende for vurderingen av et eventuelt erstatningskrav. Etter norsk bakgrunnsrett blir erstatningskravet i utgangspunktet ikke avskåret eller begrenset ved heving av kontrakten.¹⁸⁰

10.7 Tolking av de typiske eksemplene på regulering av hevingsadgangen

Innfallsvinkel og formål – objektiv tolking av ordlyden etter norsk rett for å avklare om reguleringen medfører noe for partenes hevingsadgang ved kontraktsbrudd

I dette punktet skal de konkrete uttrykkene og begrepene som er redegjort for i Del II tolkes. Tolkingen vil for det første bidra til å avklare hvilke tolkingsresultater og virkninger disse konkrete reguleringene kan ha for hevingsadgangen, noe som er av egen verdi siden reguleringene ofte brukes. For det andre tjener tolkingen til å illustrere

¹⁷⁸ Standarden er et utslag av alminnelige lojalitets- og redelighetskrav i norsk rett, jfr. Hov I s. 150, Huser s. 417 flg, Haaskjold s. 104-107.

¹⁷⁹ Sml. Askheim/Gisvold/Tapper s. 69.

¹⁸⁰ Se Hagstrøm s. 445.

mer generelt hvilke skranker norsk tolkingslære kan medføre, typisk i form av indirekte sensur, for partenens adgang til å regulere hevingsadgangen. Utgangspunktet er, slik nevnt i innledningen, at partene ikke har vært seg bevisst eller ment å anvende den opprinnelige betydningen av begrepene og reguleringene, og det forutsettes at de heller ikke anfører en slik betydning. Tolkningen av reguleringene vil utelukkende basere seg på en objektiv forståelse av ordlyden etter norsk rett. Men for å få en helhetlig vurdering av i hvilken grad partene kan kontraktsregulere hevingsadgangen, vil det i forbindelse med spørsmålet om direkte sensur etter avtl. § 36, jfr. nedenfor i punkt 10.8, også tas i betraktning dersom begge parter opprinnelig var enige om å oppnå de ”engelske virkningene” av reguleringene i forhold til hevingsadgangen, men at en part i ettertid anfører at resultatet er urimelig.

Rettskildetilfanget og rettskildebruk

Generelt er sakstilfanget hos domstolene lite hva gjelder tvister i kommersielle avtaler. Trolig blir mange tvister løst gjennom forhandlinger eller ved voldgifter som ikke publiseres,¹⁸¹ og det har ikke lyktes å finne noe norsk rettspraksis som direkte håndterer spørsmålet om forståelsen av de engelske begrepene og uttrykkene i norsk rett.¹⁸² I hvilken grad reguleringene vil ha betydning for adgangen til å heve kontrakten, må derfor vurderes ut fra de få eventuelle tilfeller i norsk rettspraksis som har håndtert lignende reguleringer av hevingsadgangen på norsk, norsk tolkingslære og løsninger i norsk bakgrunnsrett, samt de synspunkter som fremkommer i juridisk teori.

Bakgrunnsretten vil som redegjort for ovenfor i punkt 10.5 og 10.6 være en målestokk for hva som anses for en rimelig løsning der tolkingen åpner for flere alternativer eller løsningen anses urimelig. Selv om det derfor må sees hen til bakgrunnsrettens løsninger, vil det ikke gis noen uttømmende redegjørelse for bakgrunnsretten og den deklarasjoniske lovgivningen innenfor alle kontraktstypene der reguleringene vil være aktuelle, ettersom dette går langt utenfor rammene av avhandlingens omfang og

¹⁸¹ Se Mestad/Mikalsen s. 618, Eriksrud Tff 1996 s. 9.

¹⁸² Tilsvarende uttaler Selvig i TfR 1986, s. 14 at ”[d]et er merkelig nok ikke så mange dommer som kommer inn på betydningen av begreper som i engelsk rett er tillagt en særlig definisjon.” De uttrykkene han har funnet behandlet, er ikke av direkte betydning i vår sammenheng.

innfallsvinkel. Den deklarasjonelle lovgivningen som nevnes, vil som utgangspunkt brukes for å eksemplifisere løsninger etter norsk rett, samt eventuelt for å påvise variasjoner i så måte mellom kontraktsområdene i forhold til hva som anses som en ”rimelig” løsning. Særlig kjøpsloven vil behandles, delvis fordi dens forarbeider omhandler de spørsmål det her er tale om, og delvis fordi den har spilt og spiller en sentral rolle innenfor den deklarasjonelle kontraktslovgivningen. Den tidligere kjøpslov av 1907 har vært ansett for å bygge på og gi uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, og ved reformen av kontraktsretten har kjøpsloven av 1988 vært premissleverandør og ofte direkte forbilde for nyere kontraktslovgivning utenfor dens eget område.¹⁸³ Kjøpslovens løsninger og de drøftelser som er foretatt i dens forarbeider, har derfor relevans også for andre typer kontrakter enn de loven direkte gjelder. Det kan vises til Hagstrøm, som uttaler at en ”lovgivningsinnsats med så klare preferanser ved valg av modeller og løsninger må tillegges betydning ved fastleggelsen av de alminnelige obligasjonsrettslige prinsippene og dermed gi veiledning også for andre avtaleforhold enn de lovene direkte regulerer,...”.¹⁸⁴ Selvsagt vil løsningene innen andre kontraktsområder kunne være avvikende fra kjøpslovens regler. Det må tas forbehold om at de vurderinger som kommer til uttrykk i kjøpsloven, kun gjelder generelt så langt andre kontraktsområder kan sies å bygge på noenlunde like hensyn og betraktninger som de kontraktsområder kjøpsloven direkte dekker. Men med mindre kontraktsområdets egenart tilsier at andre løsninger er bedre egnet enn de kjøpsloven oppstiller, vil de synspunkt som kommer til uttrykk i kjøpsloven og dens forarbeider, kunne danne et utgangspunkt for hva som anses som en god løsning etter norsk kontraktsrett i forhold til temaet vårt. Videre vil det ikke bare ses hen til norsk kjøpslov, men også svensk og dansk. Lovene har blitt til i samarbeid mellom landene, med forbilde i CISG¹⁸⁵ ved gjennomføringen av traktaten. Dansk og svensk rett på området kan og bør derfor tillegges rettskildemessig betydning i forhold til vurderingen etter norsk rett.¹⁸⁶

¹⁸³ Se Hagstrøm s. 48, Selvig Kjøpsrett s. 317.

¹⁸⁴ Hagstrøm s. 49.

¹⁸⁵ FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løserekjøp (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) 1980, inntatt i Norges Lover 13. mai nr. 426 1988.

¹⁸⁶ Se Hagstrøm s 50-51 samt s. 78, sml. Krüger Kontraktsrett s. 903.

10.7.1 “Conditions”

Utgangspunktet etter engelsk rett var som nevnt at bruken av begrepet ”conditions” innebar en presumsjon for at partene hadde ment å regulere vilkåret som ”conditons” i relasjon til kanselleringsadgangen, men at begrepet ikke var avgjørende, eller alltid tilstrekkelig for å gjennomføre en slik regulering. Spørsmålet her er om det har noen betydning for hevingsadgangen etter norsk rett at begrepet brukes, og dette må besvares benektende. Som tidligere nevnt under punkt 10.6, kan begrepet vanskelig tolkes til å innebære noe for hevingsadgangen, og heller ikke det forhold at en part påberoper seg betydningen etter engelsk rett, får betydning. En naturlig norskspråklig forståelse av ordet brukt i kontrakter vil være ”betingelse”, ”vilkår” eller ”forutsetning”.¹⁸⁷ I juridisk teori gis det uttrykk for ”condition” nettopp oppfattes ensbetydende med ”betingelse” av en nordmann.¹⁸⁸

10.7.2 “(Time is) of the essence”

Redegjørelsen i Del II viste at uttrykket ”of the essence” brukt i vilkår om nøyaktige tidsfrister medførte at vilkårene ble kategorisert som ”conditions” i relasjon til kanselleringsadgangen, og at en slik tolking heller ikke var utelukket for andre typer forpliktelser selv om det ikke foreligger kjente eksempler på det sistnevnte. Forutsatt at bruken av uttrykket opprinnelig innebærer en kontraktsregulering av en slik ubetinget hevingsadgang ved ethvert kontraktsbrudd, blir spørsmålet som skal besvares her hvorvidt bruken av uttrykket etter norsk rett også vil tolkes til ubetinget å regulere inn i kontrakten en tilsvarende hevingsadgang. Vurderingen vil deles inn etter om forpliktelsen det er tale om gjelder nøyaktige tidsvilkår, hvor forsinkelse er eneste tenkelige kontraktsbrudd, eller andre typer vilkår, hvor variasjonene av kontraktsbrudd er mer mangfoldige.

Nøyaktige tidsvilkår og forsinkelse – ”Time is of the essence”

Selv om partene ikke har vært seg bevisst den opprinnelige betydningen og funksjonen til uttrykket ”of the essence”, er det like fullt mulig at uttrykket vil bli tolket til å

¹⁸⁷ Norske ordbøker oversetter ordet med blant annet ”vilkår, forutsetning, betingelse, tilstand, forfatning og beskaffenhet”, jfr. Engelsk-Norsk Stor Ordbok s. 309-310.

¹⁸⁸ Se Hov I s. 157.

kontraktsregulere en tilnærmet ubetinget hevingsadgang ved forsinkelse også etter norsk rett. Som det vil fremgå, er uttrykket ikke ukjent i norsk kontraktsrett eller nordisk kontraktsrett for øvrig. Heller ikke er klausuler ellers som gir hevingsrett ved ubetydelige forsinkelser eller avvik fra kontraktens spesifikasjoner, uvanlig i kontrakter regulert av norsk rett.¹⁸⁹ Kontrakten kan for eksempel tilsi at nøyaktig overholdelse av kontrakten er særskilt viktig, slik at misligholdet lett blir vesentlig.¹⁹⁰ Har partene avtalt oppfyllelse til en bestemt tid og adgang til å heve dersom tidsfristen overskrides, vil dette kunne tolkes dit hen at enhver forsinkelse gir hevingsrett. Hevingsadgangen behøver her ikke være uttrykkelig fastsatt, men kan være underforstått, nettopp ved for eksempel bruken av uttrykket ”of the essence”. I juridisk teori uttales det at en ”avtalebestemmelse om ”time is of the essence”(…) må regelmessig forstås på denne måten.”¹⁹¹

I forhold til løsninger i den deklatoriske lovgivningen er reglene i sjøl. § 348 og § 375 nevnt tidligere. Som det fremgikk, gir bestemmelsene ubetinget hevingsrett ved forsinkelse, selv om parten ikke har noen ”saklig” grunn til å heve, eller forsinkelsen faktisk ikke medfører noe særlig tap. Riktignok eksisterer det så vidt kjent ikke tilsvarende lovreguleringer i annen deklatorisk kontraktslovgivning. Men sjølovens regler viser at det ikke er utenkelig eller nødvendigvis uakseptabelt etter norsk rett med en ubetinget hevingsadgang ved forsinkelse, i hvert fall ikke for tidsfrister som utgjør mer sentrale og viktige forpliktelser i kontraktsforholdet, slik tidsfristene i sjøl. §§ 348 og 375 gjør.

Hva gjelder kjøpsloven og forhold som dekkes av denne, er det ikke gitt at forsinket levering er vesentlig for partene, jfr. regelen i kjl. § 9 om at varen skal leveres ”innen rimelig tid” dersom annet ikke er avtalt.¹⁹² Og i forarbeidene til kjøpsloven gis det uttrykk for at en nøyaktig kontraktsfastsatt leveringstid ikke alene gir føringer på hvor

¹⁸⁹ Se Krüger Kjøpsrett s. 402, hvor slike klausuler omtales som ”giljotin”-klausuler. Krüger viser blant annet til den tidligere kjøpsloven av 1907 § 21, som ble redegjort for i punkt 10.4.

¹⁹⁰ Se Hagsrøm s. 412-13.

¹⁹¹ Hagstrøm s. 426.

¹⁹² Sml. Selvig Kjøpsrett s. 330-331.

vesentlig en forsinkelse er, men at vesentligheten i større grad avhenger ”av årsaken til at en fast (fiks) leveringstid er avtalt.”¹⁹³ Som tidligere nevnt kan partene riktignok fastsette en absolutt tilleggsfrist ved forsinkelse, jfr. kjl. § 25. Men denne tilleggsfristen må være rimelig og satt på en lojal måte. Bestemmelsen i kjl. § 25 kom, som nevnt, som en ersatning for den tidligere regelen i § 21 i kjøpsloven av 1907 som ga ubetinget hevingsrett ved enhver forsinkelse der fristen var fastsatt nøyaktig, samt forutsatte at enhver forsinkelse i handelskjøp var vesentlig. Dette skulle tilsi at lovgiver ikke har ansett en ubetinget hevingsadgang som akseptabel i ethvert tilfelle, eller at en slik regel bør være det generelle utgangspunktet, selv i kommersielle forhold, for kontraktsforhold som omfattes av kjøpsloven. Men det uttales også i forarbeidene at ”særlig i handelskjøp kan en avtale om bestemt leveringstid lett påvirke vesentlighetsvurderingen. Hvor det for visse kjøp følger av kutyme at kjøperen kan heve ved enhver forsinkelse, blir dette upåvirket av endringsforslaget.”¹⁹⁴ Videre uttales det at dersom kjøperen har ”betinget seg oppfyllelse til en bestemt tid samt adgang til heving dersom tiden overskrides, vil enhver forsinkelse som ikke skyldes kjøpers forhold gi kjøperen rett til å heve. Det samme vil være tilfelle dersom det framgår av avtalen at enhver forsinkelse har vesentlig betydning for kjøperen. Har kjøperen betinget seg oppfyllelse til en nøyaktig bestemt tid men uten å ta forbehold om adgangen til å heve, følger det av vesentlighetskravet at kjøperen kan heve selv ved en kort forsinkelse dersom betingelsen er reelt begrunnet i kjøperens behov. Det kan f.eks. være tilfelle dersom kjøperen skal bruke salgstingen til å oppfylle en avtale om videresalg ...”.¹⁹⁵ Det gis altså uttrykk for at regulering av ubetinget hevingsadgang i utgangspunktet kan være akseptabelt og normalt i kommersielle kontraktsforhold som dekkes av kjøpsloven, og også et naturlig tolkingsresultat der en nøyaktig tidsfrist er angitt å være vesentlig.

Også i svensk rett gis det uttrykk for at ubetinget hevingsadgang i visse tilfeller må være et naturlig tolkingsresultat. Hellner gir uttrykk for at hvis kjøperen har understreket viktigheten av den avtalte tid, så vil heving kunne skje uten vesentlighetsbedømmelse,

¹⁹³ NOU 1976:34 s. 57.

¹⁹⁴ NOU 1976:34 s. 57.

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 69.

og nevner i denne forbindelse nettopp uttrykket "time is of the essence".¹⁹⁶ Riktignok ble også reglene i den svenske kjøpsloven¹⁹⁷ om at enhver forsinkelse skulle være vesentlig i handelskjøp, fjernet, men i dens forarbeider uttales følgende: "Utredningen anser att hänvisningen till att köparen vid säljarens dröjsmål har betinget sig noggrant iakttagande av tiden för godsets avlämnande kan utgå så som onödig. Givetvis kan parterna avtala, att köparen skall äga häva vid säljarens dröjsmål utan någon prövning av väsentligheten. Sådant avtal kan bli så med användande av en stereotyp fras som anses ha denna innebörd ("time is of the essence" el dyl). Det kan också på annat sätt framgå att köparen skall ha rätt att häva vid varje dröjsmål. Eftersom enligt allmänna principer avtalsvillkor har försteg framför köplagens egna regler(bortsett från de fall där villkor kan jämkas) synes det onödigt och kan snarast befaras leda till missförstånd att nämna ett särskilt villkor i lagteksten."¹⁹⁸ Det uttales videre at en regel om ubetinget hevingsadgang passer ved "köp av spannmål, råvaror och mer eller mindre förädlade produkter därav,..." hvor "spekulationsmomentet ofta är betydande och vid vilka traditionellt stränga regler tillämpas vid varje kontraktsbrott", men at under "nuvarande förhållanden, där man bli har att ta hensyn till köp av industriprodukter, passar inte en så sträng hävningsregel."¹⁹⁹ Heving bør for kontrakter angående kjøp av disse varene "även vid köp mellan näringsidkare tillgripas endast vid betydande förseningar."²⁰⁰

I dansk rettsteori vises det også til at en uttrykkelig bestemmelse i kontrakten om at nøyaktig oppfyllelse kreves eller er en betingelse, må respekteres, og det vises i denne forbindelse blant annet til den danske sjølovens²⁰¹ §§ 348 og 375, som tilsvarer reglene i den norske sjøloven redegjort for ovenfor.²⁰² Såfremt en part har fremhevet at han tillegger nøyaktig oppfyllelse avgjørende betydning, enten det gjelder tid eller annet, vil

¹⁹⁶ Se Hellner s. 179. Se også Hellner/Ramberg s. 133.

¹⁹⁷ Köplag (1990:931).

¹⁹⁸ SOU 1976:66 s. 145.

¹⁹⁹ SOU 1976:66 s. 145.

²⁰⁰ SOU 1976:66 s. 145.

²⁰¹ Lovbekendtgørelse nr. 538 af 15. juni 2004 af søloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 39 af 20. januar 1998 med de ændringer, der følger af bekendtgørelse nr. 206 af 3. april 1998, lov nr. 900 og nr. 901 af 16. december 1998, lov nr. 228 af 21. april 1999 og lov nr. 106 af 13. februar 2001.

²⁰² Se Gomard s. 91.

han kunne ha hevingsadgang ved nesten enhver avvikelse, så lenge den andre parten ikke har tatt avstand fra dette.²⁰³

Selv om det utover sjøl. §§ 348 og 375 ikke er kjent at det eksisterer deklarasjoniske regler som gir partene en ubetinget hevingsadgang ved enhver forsinkelse, og selv om tidligere regler i kjøpslovgivningen som ga ubetinget hevingsadgang, er blitt fjernet til fordel for mer skjønnspregede og rimelighetsbaserte regler, fremgår det av redegjørelsen at bruken av uttrykket ”time is of the essence” kombinert med en nøyaktig fastsatt tidsfrist, i samsvar med bakgrunnsretten, kan bli tolket til å regulere en ubetinget hevingsadgang ved enhver forsinkelse. Men dermed er det ikke gitt med sikkerhet at dette vil bli tolkingsresultatet for ethvert tilfelle av slike reguleringer.

Uttrykket ”of the essence” åpner etter sin ordlyd for flere tolkingsalternativer. Det behøver ikke vise til en ubetinget hevingsadgang. Det forhold at et vilkår er betegnet som vesentlig (essensielt) vil riktignok trolig medføre at terskelen for når det foreligger vesentlig kontraktsbrudd, senkes, men det er ikke dermed gitt at ethvert brudd på vilkåret er vesentlig. Når ordlyden gir rom for tolkingsalternativer, kan og må det etter norsk rett sees hen til en rekke andre omstendigheter enn ordlyden, jfr. ovenfor i punkt 10.6. Disse omstendighetene kan tilsi at reguleringen ikke nødvendigvis skal forstås slik at enhver forsinkelse skal anses som et vesentlig kontraktsbrudd, selv om overholdelse av tidsfristen er angitt å være vesentlig. Ordlyden blir derfor ikke nødvendigvis alene avgjørende for tolkingsresultatet, og det kan ikke gis et generelt svar på når uttrykket vil bli tolket til å innebære en ubetinget hevingsadgang. Som det skal utdypes i neste avsnitt, forsterkes dessuten denne usikkerheten rundt tolkingen ytterligere ved at domstolen som nevnt vil kunne vektlegge rimelighets- og lojalitetsbetraktninger når de tolker uttrykket.

Selvig gir uttrykk for at man generelt sett vil måtte vente at vilkår som gir ubetinget adgang til å heve kontrakten eller gjøre bruk av tilsvarende alvorlige sanksjoner, vil underlegges visse begrensninger i norsk rett i samsvar med alminnelige kontraktsregler. For eksempel vil heving ved tilfeldige kortere forsinkelser eller heving i strid med krav

²⁰³ Se Gomard s. 92 med henvisning til blant annet UfR 1963 s. 280 og UfR 1978 s. 48.

til lojal handlemåte i varige kontraktsforhold trolig ikke tillates.²⁰⁴ Selvig viser i denne forbindelse til ND 1974 s. 186. Voldgiftsdommen angikk bortfrakterens rett til å trekke skipet (heve fraktavtalen) p.g.a. manglende ”punctual and regular payment of the hire” i henhold til fraktavtalens betalingsklausul. Forsinkelsen som forelå med hensyn til betalingen, var meget kort og kunne ikke tilregnes befrakteren, og bortfrakterens forhold var ikke klanderfrie. Etter anglo-amerikansk rett var tilbaketrekning tillatt ettersom det der ble lagt til grunn en streng og ubetinget forståelse av klausulen. Voldgiftsretten tillot ikke tilbaketrekning.²⁰⁵ Det ble uttalt at klausulens ordlyd ikke kunne hjemle adgang til tilbaketrekning ”uansett hvor lite det mangler på den perfekte betaling...”, og at klausulens funksjon ”i første rekke er å sikre mot befraktersvikt, ikke å skaffe rederiet upåregnelig fortjeneste ved kansellering av markedsgrunner.”²⁰⁶ Ettersom det ikke forelå noen begrunnet frykt for mislighold og befrakteren hadde oppfylt fraktavtalen korrekt i mange år, ville det være åpenbart urimelig og stride mot god forretningsskikk å fastholde heving for en slik forsinkelse. Hensyn til rimelighet, klausulens funksjon, det forhold at det var en langvarig kontrakt, partenes opptreden samt lojalitetsbetraktninger medførte altså at klausulen ikke ble tolket strengt etter sin ordlyd, men derimot innskrenkende. Selv om det kan stilles spørsmål ved den rettskildemessige vekten av voldgiftsdommer, tjener dommen til å illustrere holdninger i norsk tolkingslære som tilsier at uttrykket ”of the essence” ikke nødvendigvis vil bli tolket til å innebære at ethvert brudd på vilkåret uttrykket gjelder, utgjør vesentlig kontraktsbrudd som gir rett til heve kontrakten.²⁰⁷

Selv om det dermed ikke kan sies med sikkerhet når uttrykket ”of the essence” vil tolkes til å innebære en ubetinget hevingsadgang ved enhver forsinkelse, kan det oppstilles visse momenter for når dette trolig vil og ikke vil kunne bli tilfellet. Er det tale om kontraktsforhold hvor tidsfristen typisk er av underordnet betydning,²⁰⁸ og/eller varene

²⁰⁴ Se Selvig TfR 1986 s. 18. Begge synspunktene er utslag av alminnelige kontraktsregler i norsk rett.

²⁰⁵ Se tilsvarende løsning i dansk voldgiftsdom ND 1970 s. 432.

²⁰⁶ Se s. 195-196 i dommen, jfr. Selvig TfR 1986 s. 9-10.

²⁰⁷ For eksempel Fleischer er kritisk til bruk av voldgiftsdommer som rettskilde, jfr. Fleischer s. 82. Diskusjonen rundt den rettskildemessige verdien av voldgiftsdommer følges ikke her.

²⁰⁸ Se Selvig Kjøpsrett s. 330 flg. Kjøpekontrakten og kjøpets egenart vil ofte gi holdepunkter for hvilken betydning leveringstiden må antas å ha for kjøperen. I mange kjøpsforhold er tidsfaktoren ikke

ikke er ment for videresalg, og/eller heving vil kunne ramme selger uforholdsmessig hardt,²⁰⁹ som for eksempel ved tilvirkningskjøp,²¹⁰ og/eller det dreier seg om langvarige avtaler med periodiske oppfyllelser og særlig preg av samarbeid, og/eller det for øvrig fremstår som urimelig å kunne heve kontrakten uansett kontraktsbruddets art og omfang, kan dette tale for at domstolen ikke vil tolke uttrykket ”of the essence” dit hen at det åpner for heving ved ethvert brudd på vilkåret. Domstolen vil kunne konkludere med at parten som påberoper at uttrykket skal tolkes slik, burde klargjort dette bedre for den annen part, jfr. ovenfor i punkt 10.6. Når dette ikke er gjort, vil uttrykket ikke tolkes lenger enn strengt nødvendig i forhold til hva som fremstår som mest rimelig og mest naturlig å forstå for den parten som rammes av en videre fortolking. Som eksempel der tidsfaktoren generelt ikke er viktig, kan det nevnes kjøp av maskiner og deler til kjøperens virksomhet som ikke er ment til videresalg.²¹¹ Skal spesielle forhold hos kjøperen som tilsier at tiden er viktig her påvirke tolkingen, må kjøperen ha gjort dette klart for selgeren.

nødvendigvis av stor betydning, selv om det er fastsatt en bestemt dag eller frist for levering. For eksempel vil en bedrift som kjøper kontormateriell eller råvarer til sin produksjon, vanligvis ha en del på lager som kan brukes i ventetiden, og motsetningsvis vil selgeren måtte forstå at tiden er viktig hvis varene er videresolgt slik at videresalget faller bort hvis varene ikke kommer til tiden. Videre kan det være direkte sammenheng mellom pris og tid, for eksempel oljeprodukter og varer med varierende markedspris. Her bør selv kortere forsinkelser som regel gi hevingsrett, fordi markedsprisen kan svinge mye selv over korte tidsrom.

²⁰⁹ Kravet for å kunne heve skjerpes hvis selgeren vil rammes hardt eller hvis hevingsrett reelt åpner for spekulasjon eller press fra kjøperens side. Videre er det av betydning hvilke alternative beføyelser som er tilgjengelig. Hvis erstatning kan kompensere tilfredsstillende, skal det mer til for at kjøpet kan heves, jfr. Selvig Kjøpsrett s. 331.

²¹⁰ Se for eksempel kjl. § 26 som oppstiller strengere krav for heving fordi dette vil kunne ramme selger ekstra hardt ettersom han vil kunne bli sittende med en ting som ingen andre kan utnytte, jfr. Ot. Prp. nr. 80 (1986-1987) s. 70 flg. Se videre Selvig Kjøpsrett s. 332, hvor spesiallagede maskiner, med henvisning til Rt. 1922 s. 308, og ”skreddersydd” kontorinnredning til særegne lokaler, nevnes som eksempler. Kravet for å heve ved tilvirkningskjøp er at formålet bak kjøpet blir vesentlig forfeilet, det vil si at kjøpers nytte eller behov for gjenstanden i det vesentlige er borte, sml. Rt 1990 s. 328. Det er ikke tilstrekkelig at kontraktsbruddet er vesentlig, eller at det medfører betydelige kostnader og ulemper, så lenge formålet hovedsakelig blir oppfylt. Det vil for øvrig være et vesentlig moment hvorvidt erstatning kan kompensere kjøpers tap.

²¹¹ Se Hellner/Ramberg s. 134.

Der hvor tidsfaktoren derimot typisk er av vesentlig betydning, for eksempel fordi varene det gjelder skal videreselges, og/eller markedet det gjelder er konjunkturømfintlig, og/eller et av formålene bak avtalen er prisspekulasjon, samt der det er kontraktspraksis for ubetinget hevingsadgang, vil det være mer nærliggende at uttrykket tolkes til å innebære en ubetinget hevingsadgang. I svensk teori påpekes det at det må tas hensyn til hvordan en forsinkelse generelt sett oppfattes innen det markedet avtalen gjelder, og at kjøpets karakter derfor kan tilsi at rettidig oppfyllelse alltid er vesentlig, med henvisning til blant annet nettopp det engelske uttrykket "of the essence".²¹² Som eksempel nevnes "aktier eller varor som noteras på varubørser".²¹³ Begrunnelsen som gis, er behovet for å komme seg raskt ut av avtalen for å foreta dekningskjøp, noe selger og vil kunne være interessert i for å unngå store erstatningskrav på grunn av stor prisforsjell hvis det går lang tid før dekningskjøp foretas.²¹⁴ Et annet eksempel er de nevnte regler i den norske sjølovens §§ 348 og 375.

Hvorvidt uttrykket "of the essence" brukt om nøyaktige tidsfrister vil innebære at vilkåret tolkes til å gi ubetinget hevingsadgang ved enhver forsinkelse avhenger altså av type kontraktsområde og hvilken kontraktsforpliktelse tidsfristen gjelder, og rimelighets- og lojalitetshensyn vil spille inn på tolkingen. Det er derfor ikke gitt med 100 % sikkerhet at reguleringen av vilkår som "of the essence" medfører det resultatet som den opprinnelig er ment å medføre.

Andre forpliktelser enn tidsvilkår

Tilnærmet samtlige tilfeller fra juridisk teori og forarbeider som nevner ubetinget hevingsadgang og uttrykket "of the essence", refererer til forsinkelse. Ved heving på grunn av mangler nevnes ikke tilsvarende betraktninger. Det er derimot klare forskjeller i for eksempel sjølovens regler om mangler kontra forsinkelse. Sjøl. § 376 regulerer hevingsadgangen ved mangler og stiller krav om vesentlig kontraktsbrudd. I motsetning til ved forsinkelse etter §§ 348 og 375 gis det her ingen ubetinget hevingsrett. I

²¹² Se Hellner/Ramberg s. 133.

²¹³ Hellner/Ramberg s. 133.

²¹⁴ Se Hellner/Ramberg s. 134.

forarbeidene sies det tvert imot, i forbindelse med § 376, at etter ” engelsk og amerikansk bakgrunnsrett vil tidsbefrakter selv ved relativt beskjedne mangler ved skipet kunne nekte å ta levering, med den følge at tidsbefrakter kan kansellere certepartiet når kanselleringsstiden inntreffer. Med den foreslåtte regel vil man kunne avverge slike urimelige utøvelser av kanselleringsretten, som ofte er bestemt av markedsforholdene. Befrakter må nøye seg med et avslag i frakten, en løsning som ikke har vært praktisert i engelsk og amerikansk rettspraksis når det gjelder tidscertepartiforhold, og hevingsrett er betinget av at mangelen utgjør vesentlig kontraktsbrudd. Bestemmelsen er i overenstemmelse med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.”²¹⁵ Selv om uttalelsene ikke går direkte på å utelukke partenes betegnelse av et vilkår eller ethvert brudd på det som vesentlig, gir de uttrykk for at det ikke oppfattes som en ”god løsning” å tillate ubetinget hevingsadgang ved ubetydelige mangler hvor for eksempel endring i markedsforholdene er den reelle motivasjon. Dette må også få betydning for tolkingen av uttrykket ”of the essence”, når det brukes om andre forpliktelser enn overholdelse av nøyaktige tidsfrister.

Bruken av uttrykket ”of the essence” vil kunne medføre at et kontraktsbrudd lettere oppfattes vesentlig, eventuelt at visse kontraktsbrudd anses så vesentlige i seg selv at de utløser hevingsrett. Men det er mindre sannsynlig at vilkåret tolkes til å gi ubetinget hevingsadgang i forhold til andre forpliktelser enn hva tilfellet er for tidsvilkår. I enda større grad enn for tidsvilkår vil parten som påberoper at uttrykket skal tolkes til å gi en ubetinget hevingsadgang, kunne bli møtt med at han burde klargjort dette bedre for den annen part, jfr. ovenfor, dersom tolkingen innebærer urimelige resultater. Det vil også kunne være nærliggende, i den grad kontrakten ikke selv gir anvisning på det, å supplere kontrakten med alternative misligholdsbeføyelser etter bakgrunnsretten, som for eksempel retting og prisavslag, eller hvis kontrakten gir anvisning på dem, å anvende dem først. For øvrig kan det vises til momentene som er nevnt i forbindelse med tolkingen av ”of the essence”. Konklusjonen må bli at det ikke er gitt med 100 % sikkerhet, og i enda mindre grad enn for tidsvilkår, at uttrykket ut fra sin ordlyd blir tolket til å gi en ubetinget hevingsadgang ved ethvert kontraktsbrudd.

²¹⁵ NOU 1993:36 s. 85. Se også Falkanger/Bull s. 372.

Konklusjon

Uttrykket "of the essence" vil kunne bli tolket til å gi en ubetinget hevingsadgang ved ethvert brudd på nøyaktige tidsvilkår ved at partene anses for å ha kategorisert vilkåret og ethvert brudd på det som vesentlig. Men denne tolkingen er gjenstand for rimelighets- og lojalitetsbetraktninger samt omstendigheter utover selve ordlyden. Avhengig av kontraktsforholdets art, forpliktelsens betydning og konsekvensene for partene av at kontrakten heves med mer vil det kunne være nærliggende å anvende restriktiv fortolking. Selv om det derfor foreligger praksis for at uttrykket innebærer en regulering av ubetinget hevingsadgang tilsvarende begrepets opprinnelige betydning innen visse kontraktsområder for brudd på nøyaktige tidsvilkår, og selv om også bakgrunnsretten i visse tilfeller skisserer denne løsningen, kan det ikke oppstilles en generell ubetinget regel om at dette alltid vil bli tolkingsresultatet. Det er ikke dermed sagt at et slikt tolkingsresultat ikke ofte vil kunne bli tilfellet. Men partene kan ikke med full sikkerhet og forutberegnelighet forvente at uttrykket i enhver sammenheng i ethvert kontraktsforhold vil bli tolket bokstavelig til å innebære at ethvert brudd på vilkåret er vesentlig og gir rett til å heve kontrakten. I forhold til andre vilkår enn tidsvilkår gjelder dette i enda større grad. Bruken av uttrykket medfører altså ikke med like stor grad av sikkerhet og forutberegnelighet de samme konsekvensene etter norsk rett som det etter sin ordlyd opprinnelig gjør etter engelsk kontraktsrett.

10.7.3 "Any breach entitles the innocent party to rescind the contract"

Slik det er redegjort for i forbindelse med engelsk rett, innebærer ikke bruken av uttrykket "any breach entitles the innocent party to terminate the contract" at de forpliktelser som kan bli brutt i henhold til dette vilkåret, blir ansett som "conditions" i relasjon til kanselleringsadgangen. Ut fra sin ordlyd innebærer riktignok uttrykket at kontrakten kan "avsluttes" ved ethvert brudd på vilkåret, men det gis ikke nødvendigvis også rett til "full" erstatning, sml. positiv kontraktsinteresse, kun erstatning som følge av det tap kontraktsbruddene frem til kansellering direkte har medført. Spørsmålet her er om uttrykket etter norsk rett vil tolkes til gi rett til å heve kontrakten ved ethvert kontraktsbrudd på de vilkår uttrykket viser til. Hva gjelder de spesielle konsekvensene etter engelsk rett i forhold til erstatningen, vil disse ikke få betydning for tolkingen etter norsk rett, jfr. det som er sagt ovenfor i punkt 10.6 om betydningen av at kontrakten er skrevet på engelsk.

Ordlyden gir klart uttrykk for en ubetinget hevingsadgang ved ethvert kontraktsbrudd

Etter sin ordlyd gir uttrykket ”any breach entitles the innocent party to rescind the contract” klart uttrykk for at ethvert brudd på vilkåret det gjelder, skal gi rett til å heve kontrakten, og enda klarere enn hva tilfellet er for uttrykket ”of the essence”. Siden reguleringen nokså utvetydig fastslår en ubetinget hevingsadgang, setter den også snevre grenser for domstolens mulighet til å foreta indirekte sensur gjennom tolking av kontrakten. Men til tross for den klare ordlyden må det forventes at en norsk domstol vil forsøke å tolke vekk de mest urimelige og illojale resultatene som ville fulgt dersom reguleringen fikk virkning fullt ut etter sin ordlyd. De samme betraktninger om rimelighets- og lojalitetshensyn, kontraktsforholdets art og forpliktelsens betydning med mer som ble redegjort for i forbindelse med ”of the essence” vil også gjøre seg gjeldende her.

Indirekte sensur av ordlyden ved innfortolking av ”bagatell-grense” i ordene ”any breach”

I den grad domstolen ønsker å fortolke bort urimelige resultater av reguleringen, kan dette for det første tenkes gjort gjennom en innskrenkende fortolking av ordlyden. En innskrenkende fortolking vil særlig kunne være aktuelt i forhold til ordene ”any breach”. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at uttrykket viser til ”ethvert kontraktsbrudd” på de vilkårene som klausulen refererer til. Innen norsk kontraktsrett generelt omfatter begrepet ”kontraktsbrudd” både brudd på hovedforpliktelser, hele kontrakten eller bare mindre punkter i avtalen. Det foreligger i prinsippet kontraktsbrudd uansett størrelsen eller betydningen av avviket fra riktig oppfyllelse så fremt avtalen ikke er gjennomført fullt ut i henhold til de plikter som er oppstilt.²¹⁶ Forstår man uttrykket ”any breach” som ”ethvert kontraktsbrudd” i den nevnte betydning, skulle dette tilsi at ethvert avik fra riktig oppfyllelse gir rett til å heve kontrakten, og at det dermed ikke er rom for noen innskrenkende fortolking. En tenkelig løsning for hvordan domstolen like fullt vil begrense betydningen av disse ordene gjennom innskrenkende fortolking, vil være at den innfortolker en eller annen form for

²¹⁶ Se Selvig Kjøpsrett s. 109.

”bagatell-grense”.²¹⁷ Hvor denne grensen vil trekkes, er det vanskelig å gi et generelt svar på. Det vil avhenge av kontraktsforholdet art, formålet bak kontrakten samt vilkårets art med mer, og det kan generelt vises til de momentene som er trukket frem ovenfor ved behandlingen av uttrykket ”of the essence”. Det kan for eksempel tenkes at de typisk ubetydelige kontraktsbruddene som ikke medfører noe tap for motparten overhodet, eller som lett kan ”repareres”, eller som angår klart mindre viktige forpliktelser i kontrakten, blir ansett å falle inn under denne ”bagatell-grensen”. Hovedpoenget er at domstolen ikke nødvendigvis vil tolke selv en så klar ordlyd så bokstavelig at den får virkning fullt ut etter sitt innhold.

Indirekte sensur av ordlyden ved bruk av forutsetningssynspunkter

En annen tenkelig variant av indirekte sensur er at domstolen basert på partenes formål og forutsetninger kombinert med lojalitetsbetraktninger kommer til at partene ikke kan ha ment at reguleringen skulle få virkning fullt ut etter sin ordlyd. Det er riktignok lite rom for å påstå at parten som påberoper seg reguleringen, burde gjort konsekvensene av denne klarere. Men det kan tenkes, for eksempel i mer langvarige kontraktsforhold basert på tillit, at domstolen til tross for ordlyden finner at partene ikke kan ha ment at reguleringen skal få virkning fullt ut ettersom dette åpner for illojal opptreden i strid med partens forutsetninger og formål med kontrakten. Er det tale om slike kontraktsforhold hvor heller ikke prisspekulasjon er et fremtredende element, og kontraktsbruddet i seg selv ikke er av nevneverdig betydning, vil bruk av reguleringen for å komme ut av kontrakten på grunn av prissvingninger eller lignende, kunne bli ansett som illojal ut fra synspunktet om at partenes formål med reguleringen ikke kan ha vært å åpne for en adgang til å heve kontrakten i slike tilfeller.

²¹⁷ I ytterste konsekvens kunne man tenke seg uttrykket ble tolket til å bety ”any material breach”. En slik fortolkning vil trolig være noe drøy, ettersom uttrykket da ikke sier noe mer enn det som allerede følger av bakgrunnsretten ved at ethvert vesentlig kontraktsbrudd gir rett til å heve kontrakten. Det gir liten mening for partene å regulere inn en slik bestemmelse. Unntak kan tenkes der kontrakten pretenderer å regulere kontraktsforholdet uttømmende i forhold til bakgrunnsrette, men partene har ønsket å følge løsningen etter bakgrunnsretten på dette punktet. Men det ville nok da vært mer nærliggende å forvente at ordet ”material” eller lignende faktisk var brukt.

Konklusjon

På lik linje med uttrykket ”of the essence”, er det ikke alltid gitt med full sikkerhet og forutberegnelighet at uttrykket ”any breach entitles the innocent party to rescind the contract” vil bli tolket til å gi rett til å heve kontrakten ved ethvert kontraktsbrudd, og det selv om hevingsadgangen fremgår klart av ordlyden. Men grensene for i hvilken grad domstolen kan begrense reguleringens virkning, må i dette tilfellet sies å være små, og mindre enn hva tilfellet er for uttrykket ”of the essence”. Som Hagstrøm fremhever, vil enhver tolking ha sine grenser ved at en tilstrekkelig klar og spesifisert ordlyd utelukker tolking i strid med den. Her vil urimeligheten bare kunne komme til livs ved åpen tilsidesettelse av vilkåret som ugyldige.²¹⁸ Slik direkte sensur etter avtl. § 36 skal nå behandles i neste punkt.

10.8 Muligheten for sensur etter avtl. § 36

Norsk tolkingslære medfører altså at partene, selv i kommersielle kontraktsforhold, ikke alltid med full sikkerhet kan legge til grunn at kontraktsreguleringene vil tolket bokstavelig etter sin ordlyd. Hensynet til rimelighet og bakgrunnsrettens løsninger kan medføre at domstolen tolker ordlyden innskrenkende eller velger det tolkingsalternativet som harmonerer best med hensynet til rimelighet selv om andre tolkingsalternativer harmonerer bedre med ordlyden. Men slike tolkingsresultater forutsetter at det er rom etter ordlyden for flere tolkingsalternativer eller innskrenkende fortolking. Dersom ordlyden er så klar at domstolen ikke kan ”forsvare” indirekte sensur gjennom tolking, må domstolen sensurere kontrakten direkte etter avtl. §36 for å unngå et eventuelt urimelig resultat. Det samme gjelder dersom partene i utgangspunktet var enige om at reguleringen skulle ha den ”engelske virkningen” i forhold til hevingsadgangen, men en part i ettertid påberoper at resultatet er urimelig. Spørsmålet som skal besvares her, er i hvilken grad direkte sensur etter avtl. § 36 kan være aktuelt på reguleringer av ubetinget hevingsadgang, og dermed hvilke skranker denne bestemmelsen setter for partenes adgang til å foreta og kunne stole på slike reguleringer gjennom kontraktens ordlyd. Det skal først redegjøres kort for selve urimelighetsstandarden etter avtl. § 36, og deretter mer spesielt i hvilken grad det er aktuelt å anvende bestemmelsen på kommersielle

²¹⁸ Se Hagstrøm s. 45, Woxholth s. 455.

avtaler, herunder på reguleringer av hevingsadgangen. Avslutningsvis vil det illustreres tilfeller hvor en slik sensur av ubetinget hevingsadgang kan tenkes.

Generelt om avtl. § 36 og urimelighetskriteriet

Hvorvidt en kontrakt er urimelig og kan sensureres etter avtl. § 36, beror på en konkret helhetsvurdering av kontrakten og dens samlede virkninger på oppfyllelsesstadiet.²¹⁹ Det må ses hen til kontraktsforholdets egenart, så som avtalens innhold og partenes stilling, og den primære målestokken for hva som er urimelig, vil være deklarasjonslovgivning på området og sammenlignbare områder.²²⁰ Hvilke avvik som er akseptable, avhenger av rettsområde. Og rimeligheten av den løsningen partene har valgt vil blant annet avhenge av hvorvidt vilkåret det gjelder faktisk er forhandlet om, styrkeforholdet mellom partene, og avstanden mellom partenes løsning og løsningen etter deklarasjonslov bakgrunnsrett. Videre vil kontraktspraksis kunne gi veiledning, men utover dette er domstolen henvist til friere overveielser, og i siste omgang blir målestokken alminnelige rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger.²²¹

Avtl. § 36 i kommersielle avtaler – kun en sikkerhetsventil

I kommersielle kontraktsforhold er avtl. § 36 en ren sikkerhetsventil som kun helt unntaksvis kan brukes hvor man ikke kommer frem via tolking, jfr. Rt. 2003 s. 1132, jfr. Rt. 2002 s. 1155, og det foreligger markert urimelighet.²²² Det skal tungtveiende grunner til før lemping tillates. Woxholth fremhever at Høyesterett ennå ikke har anvendt § 36 i kommersielle avtaleforhold mellom tilnærmet jevnbyrdige parter, og at

²¹⁹ Avsnittet baserer seg på Hagstrøm s. 279-288.

²²⁰ Se også Woxholth s. 380, Hov I s. 288.

²²¹ Rettspraksis synes å være tilbakeholden med å bygge på slike betraktninger. Se for eksempel Rt. 1990 s. 284 hvor det uttales av flertallet på s. 296 ”at denne generelle bestemmelse er forutsatt brukt med varsomhet”. At det kunne vært avtalt rimeligere vilkår, er klart ikke tilstrekkelig, jfr. Rt. 1997 s. 160.

²²² Se Ot.prp. nr. 5 (1982-83) s. 30, hvor det gis uttrykk for at lemping neppe vil skje med mindre domstolen finner urimeligheten klart og tydelig påvist. Det kreves at vilkåret det gjelder, er positivt urimelig, og urimelighetskriteriet må i seg selv anses som et ganske strengt kriterium som det ikke er kulant å påberope. Se videre Woxholth s. 381.

det kun unntaksvis kan bli tale om lemping i disse tilfellene.²²³ Partenes behov for å kunne skape et forutberegnelig kontraktsforhold gjennom å regulere klare konsekvenser ved kontraktsbrudd og dermed få plassert risikoen i kontrakten på en klar og uomtvistet måte, har her langt større vekt enn i forbrukerforhold og taler klart imot lemping.²²⁴ Det er opp til partene selv å vurdere og bestemme hvordan risikoen i kontrakten skal plasseres, og eventuelt hensynta denne risikoplasseringen gjennom en justering av vederlaget. Er kontrakten videre typisk risiko- eller spekulasjonspreget, vil lemping faktisk kunne motarbeide kontraktsformålet. Woxholth viser til at Høyesterett i Rt. 1983 s. 716 har gitt uttrykk for at lemping ikke er aktuelt i saker som gjelder spekulasjonsartet forretningsvirksomhet.²²⁵ Mot lemping taler det også hvis kontrakten har vært gjenstand for langvarige forhandlinger med sakkyndig bistand, slik tilfellet typisk er for kontraktene avhandlingen fokuserer på.²²⁶

Særlig om avtl. §36 i forhold til ubetinget hevingsadgang

Det er liten veiledning å hente i rettspraksis ved spørsmålet om hvorvidt kontraktsklausuler som gir rett til å heve kontrakten uavhengig av kontraktsbruddets karakter, vil anses urimelige etter avtl. § 36.²²⁷ Det er ikke utenkelig at slike kontraktsvilkår vil kunne bli tilsidesatt som urimelige. Flere teoretikere fremhever at en ubetinget hevingsadgang vil kunne anses som urimelig hvis den åpner for heving ved ubetydelige kontraktsbrudd.²²⁸ På den annen side er det ikke urimelig i seg selv at en part forbeholder seg rett til å heve uten særskilt vesentlighetsprøving.²²⁹

²²³ Se Woxholth s. 395 med henvisning til Rt. 1988 s. 295, samt Rt. 1994 s. 38, Rt. 1999 s. 922 og Rt. 2000 s. 806.

²²⁴ Se NOU 1979:32 s. 48, Hagstrøm s. 297-300. Se videre for eksempel Rt. 1988 s. 295.

²²⁵ Se Woxholth s. 391.

²²⁶ Hagstrøm s. 294.

²²⁷ Se Hagstrøm s. 303.

²²⁸ Se Krüger Kontraktsrett s. 760, Hagstrøm s. 649-650 med henvisning til Rt. 1922 s. 308, Bergsåker JV 1980 s. 152, Woxholth s. 386-387, Hov I s. 286.

²²⁹ Se SOU 1974:83 s. 154.

Avgjørende blir uansett den konkrete vurderingen ved hver enkelt sak – eksempler kan illustrere skrankene etter avtl. § 36

Utover de ovennevnte utgangspunkter blir det et åpent spørsmål i hvilke tilfeller reguleringer som åpner for ubetinget hevingsadgang, vil bli sensurert. Dette har naturlig sammenheng med at avtl. § 36 legger til grunn en konkret helhetsvurdering for hvert enkelt tilfelle. Verken juridisk teori eller rettspraksis har oppstilt noen mer konkrete ”regler” for når sensur vil utøves. For å illustrere når sensuradgangen kan tenkes anvendt, vil det derfor nedenfor trekkes frem eksempler hvor en ubetinget hevingsadgang som aksepteres fullt ut etter engelsk rett muligens vil bli sensurert etter norsk rett. For hver enkelt sak vil det påpekes de forhold i saken som kan tale for sensur, men for øvrig vises det generelt til de momenter og betraktninger som er redegjort for ovenfor i forbindelse med tolkingen av uttrykkene. Mange av de samme momentene gjør seg gjeldende enten det er tale om indirekte sensur gjennom tolking eller direkte sensur etter avtl. § 36.

Eksempel 1

Ovenfor i punkt 5.5.3 ble det vist til saken *Schuler A.G. v. Wickman Machine Tools Sales Ltd.*²³⁰ Saken viste at bruken av begrepet ”condition” alene ikke nødvendigvis ble ansett som tiltrekkelig bevis for at partene hadde ment å anvende begrepet i betydningen å regulere hevingsadgangen. Men det er ingen tvil om at dersom ordlyden hadde vært klar nok, ville parten hatt rett til å kansellere kontrakten. Forutsatt dette hypotetiske tilfellet, blir spørsmålet om en norsk domstol ville godtatt heving eller sensurert avtalen. For beskrivelse av saken vises det til punkt 5.5.3. Som nevnt gjaldt det et langvarig kontraktsforhold, 4 ½ år, og selve kontraktsbruddet det var tale om, brudd på besøksplikten, medførte ingen nevneverdige tap eller ulemper for den tyske produsenten, og var uten betydning for oppfyllelsen av kontrakten. Kontrakten, kontraktsformålet eller den forpliktelse det gjaldt, var ikke spesielt risiko- eller spekulasjonspreget. Det kan så tenkes at forpliktelsen for eksempel er en av flere vilkår som reguleringen ”any breach entitles the innocent party to rescind the contract” viser til, eller at partene på annen måte har vært enige om at ethvert brudd på vilkåret skulle gi hevingsadgang, og det ikke er aktuelt å fortolke bort noen eventuell urimelighet. Selv

²³⁰ 1974 A.C. 235.

om det gjelder en kommersiell avtale mellom profesjonelle parter, er det her mulig at en norsk domstol under de faktiske forutsetninger ikke ville godtatt heving. Heving vil her kunne bli ansett som en svært uproporsjonal beføyelse i forhold til kontraktsbruddet det er tale om. Muligens vil en norsk domstol i det minste oppstille en bagatellgrense, om enn skjønnsmessig og uklar, for hvor mange utelatte besøk som må til for å rettferdiggjøre heving. Det vil også kunne bli ansett som illojal bruk av hevingsadgangen å heve kontrakten ved trivielle og enkeltstående eller få brudd på en slik forpliktelse i en langvarig avtale som denne. Dette vil selvfølgelig avhenge av i hvor stor grad partene faktisk la opp til et samarbeid med ønske om tillit seg imellom. Videre vil forholdene kunne endre seg dersom parten i kontraktsbrudd hadde begått disse bruddene forsettelig. Tilsvarende vil vurderingen kunne bli en annen dersom det fremkommer at partene faktisk la ekstra stor vekt på at det var viktig at det var adgang til å heve kontrakten ved ethvert brudd på akkurat denne forpliktelsen, eller dersom kontraktsreguleringen av den ubetingende hevingsadgangen kun relaterer seg til dette vilkåret, i motsetning til der den også gjelder flere andre, og gjerne mer sentrale, forpliktelser. Men legges sakens faktiske forhold til grunn, må det kunne antas at en slik hevingsadgang ikke nødvendigvis ville bli godtatt av en norsk domstol fullt ut, men bli sensurert etter avtl. § 36.

Eksempel 2

Et annet eksempel er saken *Arcos v. E.A. Ronaasen & Son*.²³¹ Saken er et eksempel på hvor domstolen har klassifisert vilkår som "condition". Selv om det ikke er partene som har definert vilkåret, viser saken desto mer at domstolene godtar hevingsadgangen det her er tale om. De faktiske forhold dreide seg om kjøp av tømmer til det formål å lage sementtønner. Kontrakten beskrev tømmeret som ½ tomme tykt. Mesteparten som ble levert var 9/16 tommers tykt. Tømmeret var med andre ord tykkere enn beskrevet, og dermed mottok kjøperen kvantitetsmessig mer tømmer enn kontrakten beskrev. Det hadde videre overhodet ingen betydning for bruken til sementtønner at tykkelsen avvek fra beskrivelsen. Det sannsynlige motivet for at kjøperen ville kansellere kontrakten, var utelukkende at markedsprisen hadde falt. Kjøperen var berettiget til å kansellere, ettersom domstolen fant at beskrivelsen av tømmeret utgjorde "condition" i kontrakten.

²³¹ 1933 A.C. 470. Se Treitel s. 793-794 for redegjørelse av saken.

Spørsmålet blir så om tilsvarende hevingsadgang vil bli tillatt etter norsk rett. Det kan forutsettes at hevingsadgangen er regulert på tilsvarende måte som nevnt i eksempel 1. Også i dette tilfellet vil en domstol kunne komme til at hevingsadgangen må sensureres. Så lenge kjøper faktisk ikke får problemer av noe slag ved at tømmeret er 1/16 tommer tykkere enn beskrevet, vil det virke urimelig at motparten skal kunne heve kontrakten utelukkende basert på fall i markedsprisen. En slik beføyelse vil kunne fremstå som veldig uproporsjonal med kontraktsbruddet, og bruken av den illojal sett hen til at kontraktens formål ikke var prisspekulasjon eller videresalg. På samme måte som ovenfor vil situasjonen kunne endre seg avhengig av skyldgrad, formålet bak hevingsadgangen, hvilke vilkår som er omfattet osv., men forutsatt sakens faktiske forhold utgjør også denne avgjørelsen et tilfelle hvor norske domstoler muligens vil sensurere hevingsadgangen i kontrakten i henhold til avtl. §36.

Eksempel 3

Som et tredje eksempel, mye likt det forrige, kan nevnes avgjørelsen Moore & Co. Ltd. and Landauer & Co.²³² Også denne saken gjelder domstolens klassifisering av vilkår som "condition". Konkret gjaldt avgjørelsen en kontrakt om levering av bokser med hermetisk frukt i esker av 30 stk. bokser hver. Faktisk bestod leveransen av esker med 24 bokser i hver, men med totalt sett det samme antallet bokser som var avtalt. Kontraktsbruddet bestod altså i avvik fra beskrivelsen av innpakningen. Avviket hadde ingen betydning for kjøper. Det virkelige motivet for at kjøperen ønsket å kansellere avtalen, var trolig at leveringen var forsinket, men dette var selgeren etter forholdene ikke ansvarlig for. Kansellering ble godkjent av domstolen. Begrunnelsen var at det kunne tenkes at avviket ville fått seriøse konsekvenser for kjøper, for eksempel hvis han hadde inngått kontrakt om videresalg av boksene under samme beskrivelse. Begrunnelsen er altså helt løsrevet fra den faktiske situasjonen, og fokuserer på forutberegnelighet som sådan ved denne typen vilkår. Det kan forutsettes at hevingsadgangen er regulert på tilsvarende måte som nevnt i eksempel 1. Forutsatt at det ikke er tale om videresalgstilfeller, og at kontraktsbruddet overhodet ikke hadde noen betydning, vil det da også her være en mulighet for at en norsk domstol vil sensurere hevingsadgangen etter avtl. § 36. Også her vil heving vil kunne fremstå som

²³² 1921 2 K.B. 519. Se særlig s. 525. Se Treitel s. 793 for redegjørelse av saken.

en veldig uproporsjonal beføyelse i forhold til kontraktsbruddet, og bruken av den illojal sett hen til at kontraktens formål ikke var prisspekulasjon eller videresalg. På samme måte som ovenfor vil situasjonen riktignok kunne endre seg avhengig av skyldgrad, formålet bak hevingsadgangen, hvilke vilkår som er omfattet osv., men muligheten for at domstolen vil sensurere hevingsadgangen er der også for dette eksemplet.

Eksempel 4

Som en siste illustrasjon kan det vises til et tenkt eksempel fra juridisk teori.²³³ Eksemplet gjelder et selskap som låner betydelige beløp fra en bank. Beløpet skal betales over en tiårs periode. De viktigste forpliktelsene til selskapet er å betale renter og avdrag, samt eventuelt å skaffe samtykke fra banken ved større investeringer, reorganisering av selskapet med mer. En mindre viktig forpliktelse som kan tenkes, er at selskapet kvartalsvis skal sende kopi av regnskapene, senest 7 dager etter at de er godkjent. I kontrakten er det inntatt en klausul som gir ubetinget hevingsrett ved ethvert brudd på alle vilkår som opplistet under et gitt avsnitt eller seksjon i kontrakten, sml. uttrykket "any breach entitles the innocent party to rescind the contract". I dette avsnittet eller denne seksjonen av avtalen er både de viktige forpliktelsene, samt den mindre viktige forpliktelsen om innsending av regnskap er opplistet. Alle forpliktelser overholdes, med unntak av innlevering av regnskap som ikke blir sendt i tide i løpet av første kvartal andre året, men tilbudt ettersendt. Det forutsettes at kontraktsbruddet ikke har noen betydning for banken. Spørsmålet blir om banken skal kunne heve kontrakten etter norsk rett. Teorien gir uttrykk for at dette trolig ikke vil bli resultatet etter norsk rett.²³⁴ Basert på avtl. § 36 vil man, utifra vurderingen av kontraktsbruddets betydning og konsekvenser, trolig komme til at sanksjonen ville være uproporsjonal og urimelig i dette tilfellet.

Konklusjon

Selv om det ikke lar seg gjøre å gi noe klart svar for når sensur kan tenkes utøvd, er eksemplene ment å vise at adgangen til å regulere en ubetinget hevingsadgang kan bli begrenset etter norsk kontraktsrett gjennom direkte sensur etter avtl. § 36. Bruken av

²³³ Eksemplet er hentet fra Moss s. 106 flg.

²³⁴ Se Moss s. 112.

bestemmelsen er riktignok lite aktuell eller kurant på kommersielle avtaler, og det er ikke meningen å gi uttrykk for at bestemmelsen ofte vil være aktuell å anvende. Men for de mest urimelige tilfellene, som eksemplene er ment å illustrere, kan sensur tenkes. Og siden vi faktisk har denne bestemmelsen i norsk rett, og den også kan tenkes anvendt i kommersielle forhold, så er det dermed ikke gitt med samme grad av sikkerhet som etter engelsk kontraktsrett at reguleringene blir og må bli godtatt av domstolen. Partene kan etter norsk kontraktsrett ikke alltid kontraktsregulere en ubetinget hevingsadgang med full forutberegnelighet om at den vil stå seg etter sin ordlyd. Det fokuset engelsk rett legger på forutberegnelighet og ordlydens bokstavelige betydning, og som muliggjør reguleringer av ubetinget hevingsadgang, gjelder ikke tilsvarende fullt ut i norsk kontraktsrett.

10.9 Uttømmende kontraktsregulering av tilgjengelige misligholdsbeføyelser

Hittil har det vært fokusert på partenes forsøk på og adgang til å kontraktsregulere en ubetinget hevingsadgang gjennom kontraktens ordlyd ved bruk av reguleringer som opprinnelig etter engelsk rett har en slik funksjon. I Del II ble det nevnt at det eksisterte en teoretisk motsats til kategorien "conditions", såkalte "warranties". Virkningen av at vilkår ble kategorisert som "warranties" var at kanselleringsadgangen ble utelukket for ethvert brudd på vilkåret. Men som det fremgikk benytter partene som regel ikke denne kategorien når de kategoriserer forpliktelsene i kontrakten. Spørsmål rundt tolkingen av dette begrepet og dets bruk skal derfor ikke behandles her, men nedenfor i punkt 11 om "representations" og "warranties". På den annen side ble det forklart at partene indirekte kunne tenkes å regulere virkningen av brudd på vilkår tilsvarende virkningen av brudd på vilkår kategorisert som "warranties". Måten det blir gjort på, er å uttømmende regulere misligholdsbeføyelsene for brudd på ett, flere eller alle vilkårene i kontrakten, uten å la kansellering være omfattet av disse beføyelsene. Typisk kan den tilgjengelige sanksjonen kun være erstatning. Det ble ikke gitt noen konkrete eksempler på utformingen av slike reguleringer i Del II, og det vil derfor heller ikke skilles markert mellom tolking og sensur i det følgende. Hovedpoenget er å skissere utgangspunktene i norsk rett for i hvilken grad partene har adgang til fullt ut å foreta slike reguleringer, og de eventuelle skranker som kan begrense reguleringens virkninger. Enten begrensningene innfortolkes ved tilfeller hvor ordlyden gir rom for det, eller de pålegges gjennom direkte sensur etter avtl. § 36, så er det uansett stort sett de samme momentene som vil gjelde for vurderingen av om virkningene av reguleringen vil

begrenses. Forutsetningen i det videre er at kontrakten klart og tydelig gir uttrykk for at heving ikke er en tilgjengelig beføyelse uansett hvor alvorlig kontraktsbruddet er, og at kontrakten pretenderer å regulere kontraktsforholdet uttømmende i forhold til bakgrunnsretten på dette punktet.

Prinsippielt sett er det etter norsk rett adgang for partene til å utelukke en hevingsadgang i kontrakten. Det er som nevnt ovenfor i punkt 10.5 et grunnleggende kontraktsrettslig prinsipp at partene selv kan bestemme misligholdsvirkningene. Hva for eksempel gjelder kontrakter om virksomhetsoverdragelser, gis det i juridisk teori uttrykk for at det normalt må aksepteres at partene uttømmende angir hvilke misligholdsbeføyerelser som skal gjelde mellom partene, for eksempel ved å utelukke heving og kun tillate prisavslag.²³⁵ Men også ved vurderingen av hvorvidt en regulering som utelukker hevingsadgangen vil få virkning fullt ut etter sitt innhold, vil rimelighets- og lojalitetshensyn og bakgrunnsrettens løsninger spille inn. Reguleringen kan bli indirekte sensurert gjennom tolking eller direkte sensurert etter avtl. § 36. Selv om en utelukkelse av hevingsadgangen ikke innebærer en fullstendig utelukkelse av ansvar, vil den begrense ansvaret for kontraktsbrudd i forhold til det som følger av bakgrunnsrettens deklatoriske hovedregel om at vesentlig kontraktsbrudd gir rett til å heve kontrakten. Det kan derfor være naturlig å trekke linjer til de utgangspunkter som er trukket opp i forhold til ansvarsfraskrivelser.

Det teoretiske utgangspunktet for hvorvidt ansvarsfraskrivelser generelt kan opprettholdes, beror i følge Hagstrøm på ”et bredt skjønn med forankring i urimelighetskriteriet som er nedfelt i § 36. Prinsippene om grov egenskyld forankret i NL 5-1-2, markerer bare en egen ugyldighetskategori for ansvarsfraskrivelsene – og de innebærer ikke at fraskrivelser av alle andre forhold dermed er bindende.”²³⁶ Og allerede før avtl. § 36 ble innført, har holdningen i rettspraksis vært at allment avfattede fraskrivelser underkastes en restriktiv fortolking, også i kommersielle avtaleforhold.²³⁷

²³⁵ Se Buskerud JV 2005 s. 28, forutsetningsvis Mestad/Mikalsen s. 640-641.

²³⁶ Hagstrøm s. 630. NL, Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687, 5-1-2 oppstiller forbud mot å fraskrive seg ansvaret for grov egenskyld og, jfr. for eksempel Hagstrøm s. 641.

²³⁷ Se Hagstrøm s. 631.

Selv om utelukkelse av heving ikke innebærer en fullstendig ansvarsfraskrivelse, for eksempel fordi parten har andre beføyelser, som prisavslag eller erstatning, tilgjengelig, vil domstolen i visse tilfeller kunne finne det urimelig at parten ikke kan heve kontrakten.

Rettspraksis viser for det første at ansvarsfraskrivelser, selv om de er absolutte, ikke anses å dekke grov uaktsomhet.²³⁸ Der det for eksempel dreier seg om et langvarig kontraktsforhold preget av samarbeid og tillit, vil bevisste eller grovt uaktsomme brudd på (i hvert fall sentrale) forpliktelser, kunne bli ansett som illojal opptreden i strid med formålet bak kontraktsinngåelsen og kontraktsforholdets natur. Det vil kunne fremstå som urimelig at den andre parten skal være tvunget til å fortsette kontraktsforholdet, selv om han kan kompenseres ved prisavslag eller erstatning.

Hvorvidt reguleringen oppfattes som urimelig, vil også kunne avhenge av hvilken type forpliktelser som er brutt. Det er mer nærliggende at domstolen finner utelukkelse av heving urimelig og tillater heving dersom det foreligger brudd på sentrale forpliktelser, enn dersom det er tale om brudd på mindre viktige forpliktelser og bi-forpliktelser. Likeledes skal det mindre til for å anse en utelukkelse av hevingsadgangen som omfatter brudd på ethvert vilkår i kontrakten urimelig, enn der utelukkelsen kun gjelder brudd på enkelte, og for eksempel mindre sentrale, vilkår. Det må for øvrig vurderes hvorfor partene har kontraktsregulert en slik utelukkelse av hevingsadgangen, blant annet for å avklare om den fremstår som ”naturlig” og i samsvar med kontraktens formål og art.

Et ytterligere moment av betydning er hvilke alternative beføyelser som er tilgjengelige og om disse reelt sett kan kompensere tilfredsstillende ved kontraktsbrudd. Ofte vil en part kunne holdes skadesløs ved hjelp av andre beføyelser enn heving.²³⁹ I for eksempel internasjonal råvarehandel er det vanlig å utelukke retten til å heve, og prisavslag er her

²³⁸ Se Hagstrøm 632-634. Dette gjelder uansett om den grove uaktsomhet må tilregnes kontraktsparten p.g.a. svikt hos ledelsen eller ansattes forhold.

²³⁹ Se Küger Kontraktsrett s 759.

kjøperens reelt sett viktigste beføyelse ved mangelskrav.²⁴⁰ Men medfører mangelen at varepartiet er ubrukelig, må imidlertid kjøperen likevel kunne heve. Tilsvarende kan det som eksempel vises til en sak fra dansk rettspraksis hvor et vilkår om at en avtale ikke kunne heves på grunn av forsinkelse ble undergitt den begrensning at kreditor like fullt kunne heve, hvis det ikke ble levert innen rimelig tid.²⁴¹ Når den avtalte særlige misligholdsbeføyelse viser seg å være verdiløs, faller man tilbake på alminnelige regler.

Forøvrig kan det se ut til at domstolen ikke vil tillegge en fraskrivelse rettsvirkning etter sitt umiddelbare innhold når det er skjedd et betydningsfullt kontraktsbrudd som ikke vil få virkninger hvis fraskrivelsen opprettholdes fullt ut, slik at gjerne hele formålet med kontrakten forfeiles.²⁴² Kontraktsvilkår som etter sitt innhold fratar parten en hevingsrett han reelt sett bør ha er her et eksempel på kontraktsvilkår som kan tenkes tilsidesatt.²⁴³

Utover dette kan det vanskelig gis noe generelt svar på når en utelukkelse av hevingsadgangen vil anses urimelig, ettersom det må foretas en konkret helhetsvurdering for det enkelte saksforhold. Konklusjonen, og det mest interessante for avhandlingens del, er at partene ikke med full sikkerhet kan forvente at en slik regulering vil bli tolket på ordet av domstolen i ethvert tilfelle. Fremstår det konkrete resultatet som reguleringen medfører som for urimelig, kan reguleringen bli underlagt restriktiv fortolking eller direkte sensur etter avtl. § 36. Det er derfor ikke mulighet for partene fullt ut å skape et forutberegnelig kontraktsforhold gjennom å innta en slik regulering som etter sin ordlyd gir en klar og absolutt regulering av konsekvensene ved kontraktsbrudd, ettersom partene ikke kan stole 100 % på at reguleringen vil få virkning etter sin ordlyd.

²⁴⁰ Se Selvig Kjøpsrett s. 352. Selvig påpeker at det her kan oppstå betydelige problemer for selgeren hvis kjøperen nekter å overta varene på bestemmelsesstedet i utlandet.

²⁴¹ Se UfR 1968 s. 416, jfr. Gomard s. 92.

²⁴² Se Hagstrøm s. 634.

²⁴³ Se Krüger Kontraktsrett s. 760.

10.10 Konklusjon

Selve bruken av begrepet "conditions" for å kategorisere vilkår i engelsk rett er ikke av betydning i norsk rett. Det som er av interesse, er den funksjon en slik kategorisering har, nemlig å regulere inn en ubetinget hevingsadgang for ethvert brudd på de vilkår som dekkes av kategorien. Partene har etter norsk rett et tilsvarende behov som etter engelsk rett for å kontraktsregulere en mer absolutt hevingsadgang i kontrakten, for på denne måten å skape et mer forutberegnelig kontraktsforhold. For norsk retts vedkommende skyldes behovet vanskelighetene med å vurdere og ta stilling til hvorvidt det foreligger "vesentlig kontraktsbrudd".

Det grunnleggende utgangspunktet er at partene kan regulere hevingsadgangen selv. Det er opp til partene hva de i kontrakten vil definere som vesentlig kontraktsbrudd, eventuelt om de vil utelukke hevingsadgangen. Dette gjelder særlig i kommersielle forhold, hvor hensynet til forutberegnelighet og ordlydens betydning også i norsk rett veier tungt. Like fullt er det aspekter ved norsk kontraktsrett som begrenser partenes mulighet til å kunne stole fullt ut på at ordlyden legges bokstavelig til grunn, og at reguleringer av hevingsadgangen resepekteres i ethvert tilfelle. Kontrakten kan både sensureres indirekte gjennom tolking eller direkte etter avtl. § 36.

Når kontrakter skal tolkes etter norsk kontraktsrett, vil hensynet til bakgrunnsrettens løsninger og hensynet til et rimelig resultat påvirke domstolens vurdering. Selv om det ikke er uakseptabelt eller fremmed i norsk kontraktsrett å kontraktsregulere en ubetinget hevingsadgang, og selv om de konkrete reguleringene, jfr. for eksempel uttrykket "of the essence", heller ikke er fremmed for å kunne bli tolket til innebære en slik regulering etter norsk kontraktsrett, vil like fullt en ubetinget hevingsadgang i visse tilfeller kunne fremstå som urimelig, eller bruken av den som illojal. Tilsvarende gjelder for utelukkelse av hevingsadgangen. Hvorvidt reguleringene vil anses urimelig, avhenger av typen kontraktsområde, kontraktsforhold og kontraktsforpliktelse med mer som hevingsadgangen, eller utelukkelsen av denne, relaterer seg til. Så fremt reguleringen fremstår som tilstrekkelig urimelig, vil domstolen kunne velge det tolkingsalternativ som harmonerer best med hensynet til rimelighet, selv om dette alternativet ikke samsvarer best med ordlyden. Uttrykket "of the essence" vil for eksempel kunne tolkes til senke terskelen for når kontraktsbrudd er vesentlig, men ikke til å innebære en ubetinget hevingsadgang. Og uttrykket "any breach entitles the

innocent party to rescind the contract” vil til tross for sin klare ordlyd kunne bli tolket til å inneholde en bagatell-grense for hva som utgjør kontraktsbrudd i vilkårets forstand, eller ellers bli begrenset gjennom forutsetningssynspunkter. Tilsvarende vil en utelukkelse av hevingsadgangen kunne bli begrenset ut fra forutsetningssynspunkter eller innskrenkende fortolking. Norsk tolkingsslære vil dermed kunne medføre at partenes reguleringer indirekte sensureres. Og er det ikke mulig gjennom tolking å begrense virkningene av reguleringen, vil domstolene kunne foreta direkte sensur etter avtl. § 36. De nevnte eksemplene illustrerte tilfeller hvor dette kunne være aktuelt ved ubetinget hevingsadgang. Dette må også gjelde for utelukkelse av hevingsadgangen.

Selv om partene i utgangspunkt har adgang til å regulere hevingsadgangen tilsvarende etter engelsk kontraktsrett, og selv om en slik regulering i mange tilfeller vil stå seg og bli tolket bokstavelig etter sin ordlyd, har kontraktsparter etter norsk rett ingen garanti for at dette alltid vil bli tilfellet. De nevnte eksempler på typiske reguleringer av hevingsadgangen medfører ikke med like stor sikkerhet de samme konsekvensene etter norsk kontraktsrett som de opprinnelig gjør etter engelsk kontraktsrett. Partene kan etter norsk kontraktsrett ikke med 100 % sikkerhet rundt tolkingsresultatet foreta slike reguleringer i enhver kontrakt og for enhver kontraktsforpliktelse, og dermed heller ikke skape full forutberegnelighet rundt hevingsadgangen. Reguleringsadgangen er ikke like absolutt og hensynet til forutberegnelighet ikke like sterkt ivaretatt som etter engelsk kontraktsrett.

11 "Representations and warranties"

11.1 Innledning

Kategorien "representations and warranties" er som vist den andre hovedkategorien partene bruker for definere kontraktsforpliktelsene i kontrakten etter engelsk rett. Det sentrale ved denne kategorien er ikke begrepene og deres funksjon eller betydning, men den typen forpliktelser denne kategorien inneholder. Kategorien utgjør gjerne en lang liste med opplysninger om faktiske forhold som forutsettes stemme og som partene inntår for at stemmer.

Det er ikke uvanlig at kommersielle kontrakter som skal reguleres av norsk rett, inneholder en egen kategori med "representations and warranties". For eksempel har det i kontrakter om virksomhetsoverdragelser utviklet seg en form for garantikatalog for forhold av vesentlig betydning for selskapets verdi som selger garanterer for.²⁴⁴ Blant annet gis garantier vedrørende selskapets formalia, balansen i regnskapet, eksistensen av rettigheter, kontrakter m.v., typisk de av særlig betydning for selskapets virksomhet, driftsrelaterte forhold, samt garantier for at det ikke foreligger uoppfylte, offentlige pålegg og at selskapet har alle nødvendige tillatelser for den virksomhet som drives.²⁴⁵ Også i låneavtaler er det svært vanlig med slike lister av "representations and warranties", og også i kontraktstyper ellers går disse begrepene og denne kategorien igjen.

Spørsmålene som skal behandles i det følgende, er for det første hvorvidt det er nødvendig å gi alle de opplysningene som "representation and warranties" ofte inneholder, og om det eventuelt er hensiktsmessig. Deretter må det vurderes hvorvidt det er nødvendig eller hensiktsmessig å nedfelle alle disse opplysningene skriftlig i kontrakten. Hva gjelder bruken og tolkingen av selve begrepene, er dette ikke av

²⁴⁴ Se Mestad/Mikalsen s. 632, Eiksrud Tff 1996 s. 11, Gustavsson/Haugstad Tff 1996 s. 21.

²⁴⁵ Se Mestad/Mikalsen s. 632-636.

interesse. Selv om begrepene til en viss grad kunne ha en funksjon etter engelsk rett, vil begrepene ikke ha noen betydning for de kommende spørsmålene etter norsk rett, jfr. det som er sagt om betydningen av at engelsk språk er brukt i punkt 10.6. Bruken av ordet ”warranty” kan riktignok medføre at opplysningene anses gitt som garantier i forhold til erstatningsansvaret, men dette vil eventuelt følge av norsk rett, og ikke som følge av at begrepet tillegges noen betydning etter engelsk rett. Spørsmålet om garantiansvar vil behandles avslutningvis i punkt 11.5.

11.2 Behovet for å gi opplysninger i et slikt omfang som ”representations and warranties” typisk innebærer – regler om opplysningsplikt

Det første spørsmålet er altså hvorvidt det er nødvendig etter norsk rett å gi en slik omfattende mengde opplysninger som er tilfellet ved bruk av ”representations and warranties”. Etter engelsk rett er dette nødvendig fordi fraværet av opplysningsplikt og krav til lojal opptreden medfører at partene i kommersielle forhold ellers fullt ut selv har risikoen for at de forutsetninger de har lagt til grunn for å inngå avtalen, faktisk stemmer. En part kan ikke basere sine forventninger på den andres taushet og kreve at avtalens innhold skal påvirkes av disse forventningene. I norsk kontraktsrett er utgangspunktet mer nyansert. Som vi skal se i neste avsnitt, vil tilbakeholdte opplysninger kunne utgjøre mangler ved kontrakten.

Norske regler om opplysningsplikt gjør at det ikke er strengt nødvendig å innta alle de opplysninger ”representations and warranties” gjerne inneholder

Hovedregelen i norsk rett er at partene selv bærer risikoen for sine forventninger og forutsetninger. Det gjelder ingen generell opplysningsplikt. Men realdebitor plikter å gi opplysninger som det vil være uredelig å holde tilbake.²⁴⁶ Misligholdt opplysningsplikt kan medføre at avtalen blir ugyldig etter avtl. § 33,²⁴⁷ men mest sentralt i denne sammenhengen er at den også vil kunne utgjøre en kontraktsrettslig mangel.²⁴⁸ Såfremt

²⁴⁶ Se Hagstrøm s. 141.

²⁴⁷ Se Woxholth s. 334 flg, Hagstrøm s. 135 flg. samt Hov I 249 flg. om temaet.

²⁴⁸ Se Hov II s. 105 flg., Hov I s. 269-272, Woxholth s. 342 flg. samt Hagstrøm s. 135 flg. om misligholdt opplysningsplikt som mangelsgrunnlag. Det er antatt at prinsippene om opplysningsplikt etter avtl. § 33 er sammenfallende med prinsippene om opplysningsplikt som konstituerer mislighold, slik at det i

ytelsen ikke svarer til kreditors forventninger, og disse forventningene kunne vært avverget av opplysninger fra realdebitor, vil kreditors forventninger kunne være med å bestemme forpliktelsens innhold.²⁴⁹ En rekke kontraktslover regulerer opplysningsplikten.²⁵⁰ Det anses også som sikker, ulovfestet rett at misligholdt opplysningsplikt medfører at ytelsen må fastlegges og være i samsvar med det kreditor på bakgrunn av realdebitors taushet hadde grunn til å vente seg.²⁵¹ Både de lovfestede reglene og den ulovfestede regelen om misligholdt opplysningsplikt er utslag av det alminnelige lojalitetsprinsippet,²⁵² og i følge Woxholth går rettsutviklingen i retning av å stille strengere krav til opplysningsplikten enn tidligere.²⁵³ Videre er det også sagt at opplysningsplikten går foran en eventuell undersøkelsesplikt.²⁵⁴ Som utgangspunkt gjelder det i de fleste deklatoriske kontraktslover ingen egentlig undersøkelsesplikt før levering av ytelsen, med mindre kjøper faktisk velger å undersøke eller ikke etterkommer en rimelig anmodning fra selger om å undersøke. I så fall vil kjøper ikke kunne gjøre gjeldende forhold han burde ha oppdaget.²⁵⁵ Men dersom det også foreligger forsømt opplysningsplikt, er altså det tradisjonelle synspunktet at denne går foran, i motsetning til hva som følger av prinsippet om "caveat emptor".

utgangspunktet er den samme (redelighets)vurderingen som må legges til grunn, jfr. Hagstrøm s. 136 og s. 140, Hov I s. 271, Woxholth s. 343 samt Haaskjold s. 260.

²⁴⁹ Se Hagstrøm s. 135.

²⁵⁰ Jfr. for eksempel avhl. § 3-7, lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.(bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43 (buofl.) § 26, lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere av 16. juni 1989 nr. 63 (hvtjl.) § 19, lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr. 17 (husll.) § 2-4, kjl. § 19.1 litra b, lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34 (fkjl.) § 16.1 litra b og lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46 §§ 15, 46 og 59.

²⁵¹ Se Hagstrøm s. 135, Selvig Kjøpsrett s. 305.

²⁵² Se Hov I s. 41, Woxholth s. 349, Selvig kjøpsrett s. 305, Krüger Kjøpsrett s. 190, Falkanger Thorsen JV 1993 s. 39.

²⁵³ Se Woxholth s. 347.

²⁵⁴ Se Hov II s. 121, Hagstrøm s. 333 og 335, jfr. for eksempel kjl. § 20 (2) og avhl. § 3-10 (2) i.f. og (3).

²⁵⁵ Se Hov II s. 118 flg, Hagstrøm s. 331 flg., sml. kjl. § 20, avhl. § 3-10, husll. § 2-6.

Hvorvidt opplysningsplikt foreligger, beror både på objektive og subjektive momenter, og redelighetsvurderingen må knyttes til de krav som er oppstilt i avtaleretten på grunnlag av avtl. § 33 og alminnelige lojalitetskrav, eller lovgivning.²⁵⁶

Kun forhold²⁵⁷ som objektivt sett er av vesentlig betydning for kontrakten og som kan antas å ha innvirket på kjøpet, omfattes.²⁵⁸ Videre avhenger opplysningsplikten av partenenes stilling.²⁵⁹ Profesjonelle og jevnbyrdige parter må primært forventes å kunne ivareta egne interesser. I følge Hagstrøm har avtl. § 33 ikke funnet praktisk anvendelse i utpregede forretningsforhold med jevnbyrdige parter, og dette må få betydning ved at også opplysningsplikten i forhold til mangelsspørsmålet blir begrenset i slike kontraktsforhold.²⁶⁰ Avtaletypen og forhold ved avtalens tilblivelse vil også kunne påvirke innholdet og omfanget av opplysningsplikten. Hva gjelder kontraktens tilblivelse, vil for eksempel terskelen for når opplysningsplikt inntre, senkes ved langsiktige kontrakter med store innslag av samarbeidsplikter. På den annen side vil den kunne heves dersom avtalen er blitt til gjennom harde forhandlinger.²⁶¹ Og i forhold til avtaletypen vil kravet til lojalitet avhenge av hvorvidt avtalen forutsetter et utpreget tillitsforhold mellom partene, som for eksempel i konsulentavtaler, eller om det er tale om mer ”rent” forretningsmessige forhold uten noe utpreget behov for tillit, hvor det oppfattes som fundamentalt at den enkelte er ansvarlig for å ivareta sine egne interesser.²⁶²

²⁵⁶ Se Hagstrøm s. 141.

²⁵⁷ Opplysningsplikten gjelder som hovedregel bare historiske kjennsgjæringer eller håndgripelig fakta, jfr. Hagstrøm s. 141-142, Haaskjold s. 260, Woxholth s. 345. Hypoteser, formodninger, antakelser eller forventninger om utvikling i fremtiden omfattes ikke, men lojalitetskravet kan tilsi at selv mistanker om visse forhold bør opplyses om.

²⁵⁸ Se Hagstrøm s. 142, Haaskjold s. 260-261. Dersom forholdet først er vesentlig vil det gjerne ha innvirket på avtalen. Det stilles for øvrig ikke særlig strenge krav til innvirkning, jfr. Haaskjold s. 263 med henvisning til Rt. 1959 s. 1172.

²⁵⁹ Se Hagstrøm s. 142, Haaskjold s. 261, Hov I s. 42-43, Woxholth s. 347.

²⁶⁰ Se Hagstrøm, s. 142-143, med henvisning til Rt 1988 s. 1078.

²⁶¹ Se Hagstrøm s. 148, Haaskjold s. 261. Sistnevnte viser til Rt. 1920 s. 237. Saken gjaldt et større kjøp av aksjer med spekulasjonspreget formål, og Høyesterett viste til byrettens uttalelser (s. 239), som nettopp ga uttrykk for at ved aksjekjøp måtte kjøper selv se seg for. Se videre Woxholth s. 346 og s. 349.

²⁶² Se Hov I s. 42-43 med henvisning til Rt 1995 s. 1460, se særlig s. 1469.

I tillegg til de nevnte objektive momenter gjelder det og et subjektivt vilkår om skyld.²⁶³

Etter kontraktslovgivningen oppstilles det et krav om forsett med lempet beviskrav i form av at realdebitor ”måtte kjenne til” forholdet det gjelder. På den annen side er det sikker rettsoppfatning at læren om opplysningsplikt også dekker tilfeller der realdebitor burde ha kjent til forholdet. Og i forhold til ugyldighet etter avtl. § 33 har rettspraksis lagt til grunn at bestemmelsen også omfatter uaktsomhet, jfr. Rt. 1969 s. 752.

Spørsmålet er om lovgivningens forsettskrav i forhold til misligholdt opplysningsplikt som mangelsgrunnlagt, også skal anvendes analogisk på de ulovfestede tilfellene, eller om det der er tilstrekkelig med uaktsomhet. Svaret er uklart, og det er delte meninger i teorien.²⁶⁴ Spørsmålet forfølges ikke her. Hensikten er ikke å foreta en analyse av skyldkravet, men å påpeke at det stilles krav om skyld som partene må forholde seg til dersom de baserer sine forutsetninger på motpartens taushet og bakgrunnsrettens vern av slike forutsetninger gjennom reglene om misligholdt opplysningsplikt. Videre er det av interesse for oss at det faktisk er usikkert hva som ligger i dette skyldkravet dersom partene inngår kontrakter som ikke omfattes direkte av den deklarasjonslovgivningen, ettersom dette skaper ytterligere usikkerhet for i hvilken grad partene kan basere seg på motpartens taushet.

For øvrig bør det nevnes at det er sikker rett at opplysningsplikten favner videre enn til realdebitor personlig. Selv om han ikke selv har hatt kunnskap, så vil han måtte kunne svare for at en representant eller fullmektig ikke har gitt tilstrekkelige opplysninger.²⁶⁵

Selv om de nevnte vilkår for opplysningsplikten medfører at det ikke uten videre er gitt at opplysningsplikten dekker alle forhold som typisk inntas i kontrakten som ”representations and warranties”, vil trolig en god del, om ikke de fleste av dem,

²⁶³ Avsnittet baserer seg på Hagstrøm s. 149-152.

²⁶⁴ I følge Hagstrøm taler mye for at det som alminnelig regel må kreves forsett også i de ulovregulerte tilfeller, selv om han anser stillingen for usikker, jfr. Hagstrøm s. 151-152. Haaskjold mener derimot at analogigrunnlaget fra kontraktslovgivningen ikke er tilstrekkelig, slik at det alminnelige aktsomhetskravet må legges til grunn, jfr. Haaskjold s. 263.

²⁶⁵ Se Haaskjold s. 264. For nærmere behandling av spørsmålet, se videre s. 264-267.

omfattes.²⁶⁶ Mange av opplysningene er typisk vesentlige og har innvirket på kontrakten. En rekke av dem gjelder gjerne relevante og betydningsfulle opplysninger om egenskaper ved selve ytelsen, sml. eksemplene ovenfor i punkt 2.3.2 og 11.1, og disse aksepteres det sjelden at holdes tilbake.²⁶⁷ Tilsvarende vil opplysninger om privatrettslige rettigheter og plikter knyttet til kjøpsgjstanden normalt også omfattes av opplysningsplikten.²⁶⁸ At parten er i stand til å oppfylle forpliktelsen sin, må også kunne forutsettes. Særlige risikomomenter rundt partens kompetanse, kapasitet, solvens m.v. bør derfor opplyses hvis ikke den andre partens normale forventninger skal legges til grunn.²⁶⁹ For eksempel må det forventes at en bedrift som skal levere en ytelse som avhenger av en lisens, faktisk innehar denne lisensen.

Lojalitetsplikten og mer bestemt opplysningsplikten gjør det altså ikke like strengt nødvendig som etter engelsk kontraktsrett å få opplyst all informasjon og alle forutsetninger som en part er avhengig av for å inngå kontrakten.²⁷⁰ Det er ikke intensjonen her å vurdere de enkelte typer av opplysninger som typisk gis. Dette er det for øvrig heller ikke rom for innen rammene for avhandlingen. Formålet er å påpeke at reglene om opplysningsplikt medfører at en rekke av de faktiske forutsetningene som typisk inntas i garantikatalogen, ikke må opplyses om for at man skal ha kontraktsrettslig vern etter norsk rett, ettersom flere av dem som regel er vesentlige og vil ha virket inn på kontrakten. Men det er ikke gitt at dette alltid er tilfellet, og garantikatalogen kan derfor være hensiktsmessig, jfr. neste avsnitt.

Hensiktsmessigheten ved å gi flest mulig relevante opplysninger – fremmer forutberegnelighet ved at opplysninger automatisk tillegges relevans

Både de objektive og subjektive vilkårene for når opplysningsplikt foreligger, medfører at virkningene av å unnlate å opplyse om gitte forhold kan være usikker etter den

²⁶⁶ Sml. Mestad/Mikalsen s. 636.

²⁶⁷ Se Hagstrøm s. 144, Haaskjold s. 262.

²⁶⁸ Se Hagstrøm s. 145, Haaskjold s. 262. Sistnevnte viser til Rt. 1958 s. 444, se særlig s. 445, hvor kjøperen av en leiegård ble tilkjent erstatning fordi selgeren ikke hadde opplyst om at det på gården hvilte en langvarig og overdragelig leiekontrakt i tilknytning til et forretningslokale.

²⁶⁹ Se Hagstrøm s. 145.

²⁷⁰ Se Hagstrøm Tff 1999 s. 391.

deklaratoriske bakgrunnsretten.²⁷¹ I kommersielle avtaler mellom profesjonelle, jevnbyrdige parter forsterkes dette ved at opplysningsplikten har en mindre fremtredende plass. Er avtalen i tillegg preget av et hardt forhandlingsklima og formålet bak den først og fremst er prisspekulasjon, vil opplysningsplikten reduseres enda mer. Det forutsettes at partene kan ta vare på sine egne interesser og selv ta risikoen for sine egne forutsetninger. I hvilken grad en gitt forutsetning vil omfattes av opplysningsplikten, kan derfor være vanskelig for partene å anslå, og det vil kunne bli lite forutberegnelig og medføre usikkerhet for en part å basere sine forutsetninger på motpartens taushet. Ved å få opplyst alle forutsetningene partene stiller, unngås dette problemet ved at opplysningene tillegges automatisk relevans.²⁷² På denne måten skapes det klarhet og forutberegnelighet rundt hvilken av partene som skal bære risikoen for disse forutsetningene.²⁷³

11.3 Behovet for å nedfelle skriftlig i kontraktsdokumentet de opplysninger som er gitt forut for kontraktsinngåelsen

Som redegjort i Del II er trolig hovedårsaken etter engelsk rett til at kategorien ”representations and warranties” skriftlig inntas i kontrakten den såkalte ”parol evidence rule” og presumsjonen om at skriftlige kontrakter utgjør den uttømmende reguleringen av partenes kontraktsforhold, samt skillet mellom pre-kontraktuelle opplysninger og opplysninger som utgjør vilkår i kontrakten. Alle opplysninger som er gitt og forutsetninger som er stilt i forbindelse med kontraktsinngåelsen, bør tas med i kontrakten for å sikre at de anses som en del av kontraktens forpliktelser og krav etter engelsk kontraktsrett. I motsatt tilfelle vil uriktige opplysninger som regel kun gi grunnlag for sanksjoner etter læren om ”misrepresentations”. Spørsmålet er om det er like nødvendig eller eventuelt hensiktsmessig etter norsk rett å nedfelle skriftlig alle opplysninger som er gitt.

²⁷¹ Se Mestad/Mikalsen s. 636.

²⁷² Se Mestad/Mikalsen s. 636.

²⁷³ Se Hagstrøm Tff 1999 s. 395, Mestad/Mikalsen s. 636.

Skriftlig nedfelling ikke strengt nødvendig etter norsk rett – muntlige opplysninger vil kunne utgjøre vilkår i kontrakten og danne grunnlag for misligholdsbeføyelser hvis de er uriktige

Opplysninger som er gitt forut for og i forbindelse med kontraktsinngåelse, men som ikke er inntatt skriftlig i kontrakten, vil etter norsk rett like fullt kunne utgjøre vilkår i kontrakten og gi grunnlag for misligholdsbeføyelser hvis de viser seg å være uriktige. Norsk rett har ingen regel tilsvarende ”parol evidence rule” som hindrer bevis utenfor kontrakten selv, og heller ingen generell presumsjon om at kontrakten regulerer avtaleforholdet uttømmende. Hvis en part i forbindelse med avtaleslutningen har gitt opplysninger under forhandlinger eller samtaler, markedsføring osv., som ikke er kommet til uttrykk som vilkår i kontrakten, vil disse opplysningene utvilsomt kunne skape forventninger hos den andre parten og under visse omstendigheter påvirke kravet til kontraktsmessig ytelse etter kontrakten.²⁷⁴ Selv om innholdet av opplysningene egentlig ikke gjenspeiles i det som sies uttrykkelig i selve avtalen, legges det stor vekt på slike opplysninger når avtalens innhold skal avklares.²⁷⁵ Den parten som har gitt opplysningene, vil i så tilfelle ha risikoen for at de er uriktige.²⁷⁶ En rekke kontraktslover har egne regler om uriktige opplysninger,²⁷⁷ men det gjelder for øvrig en generell regel i norsk kontraktsrett også på de ulovfestede områdene om at realdebitor hefter for uriktige eller villedende²⁷⁸ opplysninger som kan ha innvirket på kontrakten.²⁷⁹ Det gjelder ikke noe skyldkrav. Hvorvidt noen kan klandres for de uriktige opplysningene, er i utgangspunktet uten betydning.²⁸⁰

²⁷⁴ Likestilt med parten er fullmektig som opptre innenfor grensene av sin fullmakt, kontraktsmedhjelpere, samt etter omstendighetene meglere, slik at parten vil hefte for uriktige opplysninger gitt av disse. En rekke kontraktslover går enda lenger, sml. kjl. § 18.2, avhl. § 3-8.1 2. pkt, hvtl. § 18.1, jfr. Haaskjold s. 257-258.

²⁷⁵ Se Selvig Kjøpsrett s. 305, Krüger Kjøpsrett s. 177.

²⁷⁶ Se Hagstrøm s. 131-132, Haaskjold s. 255.

²⁷⁷ Se kjl. § 18.1, avhl. § 3-8, hvtl. § 18.1 litra a, fkjl. § 16 litra c, husll. § 2-3 og buofl. § 27.

²⁷⁸ Likestilt med uriktige opplysninger regnes de tilfeller hvor opplysningene isolert sett er korrekte, men hvor de ut fra sammenhengen fremstår som villedende, jfr. Haaskjold s. 257.

²⁷⁹ Se Haaskjold s. 255, Hagstrøm s. 133., Krüger kontraktsrett s. 268. Se for øvrig om teamet uriktige opplysninger generelt Hov II s. 97 flg., Hagstrøm s. 131 flg., Haaskjold 255 flg., Krüger Kjøpsrett s. 176 flg. samt Krüger Kontraktsrett s. 256 flg.

²⁸⁰ Se Haaskjold s. 257, Krüger kjøpsrett s. 177, Hagstrøm s. 132.

Etter norsk rett er det altså ikke strengt nødvendig å nedfelle opplysninger i kontrakten for å ha misligholdsbeføyelser tilgjengelig dersom opplysningene er uriktige. Men på samme måte som for opplysningsplikten er det ikke dermed gitt at det ikke er hensiktsmessig å innta opplysningene i kontrakten. Dette skal vurderes i det følgende.

Hensiktsmessige følger av skriftliggjøring I – unngår kravet til innvirkning

Med mindre en uriktig opplysning etter en konkret vurdering kan sies å ha innvirket på avtalen, vil den ikke utgjøre en mangel og heller ikke gi grunnlag for misligholdsbeføyelser, så lenge opplysningen ikke er gjort til vilkår i kontrakten.²⁸¹ Selv om de fleste opplysningene som inntas, ofte vil ha innvirket, er det ingen automatikk. Ved å innta opplysningene i kontrakten vil partene unngå kravet til innvirkning og den usikkerhet det medfører, og dermed skape større klarhet og forutberegnelighet i kontraktsforholdet ved at opplysningene automatisk tilegges relevans.²⁸²

Hensiktsmessige følger av skriftliggjøring II – unngår bevisproblemer i forhold til om opplysningen er gitt

I tillegg til spørsmålet om innvirkning kan det oppstå uenighet om hvorvidt opplysninger som ikke er nedfelt i kontrakten, faktisk er gitt. Påberopes det at muntlige opplysninger er gitt forut for kontraktsinngåelsen, vil dette måtte bevises etter alminnelige bevisregler, og parten som søker å bygge rett på utsagnet, vil ha bevisbyrden.²⁸³ Hvor det foreligger skriftlig kontrakt, vil det være et bevismoment at opplysningene ikke er inntatt i kontrakten. Og særlig dersom kontrakten er detaljert, omfangsrik og omstendelig utformet, vil det kunne ha formodningen mot seg at partene ikke har inntatt bestemmelser om vesentlige forhold.²⁸⁴ Selv om det ikke eksisterer noen presumsjon i norsk kontraktsrett om at skriftlige kontrakter uttømmende regulerer partenes kontraktsforhold, så vil det forhold at opplysningen ikke er tatt med i det

²⁸¹ Et viktig moment i vurderingen er hvor sentrale opplysningene er i forhold til kontraktsobjektet, jfr. Haaskjold s. 259. Det er ikke en forutsetning at opplysningene har vært bestemmende eller lignende, jfr. Hagstrøm s. 132.

²⁸² Se Hagstrøm Tff 1999 s. 395.

²⁸³ Se Haaskjold s. 256, Krüger Kjøpsrett s. 178.

²⁸⁴ Se Haaskjold s. 256. Se også Selvig Kjøpsrett s. 317 samt s. 304.

skriftlige endelige dokumentet, kunne indikere at den ikke ”følger med” kontrakten.²⁸⁵ Det vil i ettertid kunne bli vanskelig å bevise at det er gitt opplysninger, utover de som er inntatt i kontrakten, som var ment å omfattes av kontraktsforholdet. Er det først gitt opplysninger, bør partene av bevismessige hensyn sørge for at opplysningene senere lar seg verifisere, noe som sikrest gjøres ved innarbeidelse i den endelige kontraktsdokumentasjonen.²⁸⁶ Skriftlig nedfelling av opplysningene som er gitt, vil dermed kunne bidra til å fremme forutberegneligheten i kontraktsforholdet.

11.4 Muligheten for at kategorien ”representations and warranties” innebærer en tolkingspresumsjon for at kreditor har akseptert risikoen for opplysninger som ikke er nedfelt i kontrakten

Et eget spørsmål ved en slik omfattende kontraktsregulering av opplysninger som ”representations and warranties” gjerne utgjør, er om garantikatalogen kan og vil tolkes uttømmende i den forstand at realdebitor anses å ha fraskrevet seg ansvar for andre opplysninger som ikke er gitt, eller som er gitt, men ikke er nedfelt i kontrakten. Gitt at partene har avklart en rekke punkter i kontrakten, kan man tolke fravær av noen punkter dit hen at kreditor aksepterer risikoen for dem? Spørsmålet er ikke uten betydning, ettersom det selv i store kontrakter kan tenkes at informasjon er utelatt eller oversett, og som var av betydning for kreditors evne eller vilje til å inngå kontrakten på dens vilkår.²⁸⁷ Det kan nevnes at de kontrakter avhandlingen omhandler, ofte også inneholder klausuler om at kontraktens reguleringer er en uttømmende regulering av kontraktsforholdet mellom partene, for eksempel såkalte ”entire agreement”-klausuler. Men bruken av og virkningene av disse klausulene skal ikke behandles her. Drøftelsen vil utelukkende gjelde i hvilken grad det i seg selv kan ha betydning for partenes opplysningsplikt og opplysningsrisiko, at partene har kontraktsregulert en omfattende liste med opplysninger. I det følgende skal den eventuelle adgangen til å fraskrive seg ansvaret for misligholdte samt uriktige opplysninger drøftes. Det er ikke meningen å gi noen detaljert og fullstendig redegjørelse for hvilken adgang partene har til å fraskrive et slikt ansvar i kontrakten. Det er verken rom for eller naturlig å behandle dette temaet i

²⁸⁵ Se Krüger Kjøpsrett s. 178. Krüger viser i denne forbindelse i note 54 til ”parol evidence rule”.

²⁸⁶ Se Krüger Kjøpsrett s. 178-179.

²⁸⁷ Se Hagstrøm Tff 1999 s. 397-398, Selvig Kjøpsrett s. 306, s. 315 og s. 317.

sin fulle bredde innenfor avhandlingens rammer. Formålet er først og fremst å klarlegge i hvilken grad det overhodet kan tenkes en slik adgang, ettersom dette er en nødvendig forutsetning for at partenes reguleringer eventuelt skal kunne tolkes til å medføre begrensninger i ansvaret. Tolkingsspørsmålet behandles avslutningsvis.

Fraskrivelse av ansvar etter opplysningsplikten og herunder forholdet til undersøkelsesplikten

Det er nokså klart at opplysningsplikten ikke kan fraskrives fullstendig. En slik fraskrivelse vil for det første kunne rammes av NL 5-1-2 dersom det dreier seg om forsettlig eller grovt uaktsomme forhold, jfr. ovenfor i punkt 10.9. Dessuten vil partene ikke kunne kontraktsregulere begrensninger i rekkevidden av avtalelovens ugyldighetsregler, som for eksempel avtl. § 33, og det vil trolig heller ikke være adgang til å fraskrive seg misligholdsansvaret for tilfeller som rammes av disse reglene. De deklarasjoniske reglene om opplysningsplikt i kontraktslovgivningen har således trolig elementer av preseptivitet. Forvørig må det ulovfestede, generelle lojalitetsprinsippet, som reglene om opplysningsplikt er et utslag av, anses preseptorisk, og det setter dermed også grenser for en slik ansvarsfraskrivelse.²⁸⁸ Hvor langt lojalitetsprinsippets preseptivitet strekker seg utover de nevnte begrensninger, er derimot uklart. Rettspraksis eller teori har ikke oppstilt noen klar regel om dette. Det er utvilsomt at omfanget av plikten vil innsnevres i kommersielle forhold mellom profesjonelle, jevnbyrdige parter.²⁸⁹ Videre vil lojalitetsplikten måtte avhenge av hva som er avtalt, om avtalen er oversiktlig og omstendelig med klare reguleringer, samt hvor nært eller fjernt partene står hverandre, slik som om det dreier seg om tett samarbeid med krav til tillit eller ikke.²⁹⁰ Men det er klart at det eksisterer en kjerne av lojalitetsprinsippet som ikke kan fraskrives, og avtaler som tilsidesetter kravet til illojalitet, vil trolig regelmessig være urimelige etter avtl. § 36.²⁹¹ Hvorvidt det er adgang til å fraskrive seg ansvaret, må i utgangspunktet vurderes konkret i det enkelte avtaleforholdet sett hen til avtl. § 36 og det skjønsmessige urimelighetskriteriet, samt lojalitetsplikten.

²⁸⁸ Se Simonsen s. 420-421.

²⁸⁹ Se Hov I s. 42-43.

²⁹⁰ Se Hov I s. 42-43.

²⁹¹ Se Simonsen s. 420.

Opplysningsplikten er basert på tanken om at partene ikke skal opptre illojalt men hensynta og ivareta hverandres interesser i en viss utstrekning. Parten som sitter inne med viktige relevante opplysninger, eller som er nærmest til å avklare slike forhold, bør avklare dette og opplyse den andre parten om slike forhold. Vurderingstemaet vil derfor i stor grad være hvem av partene som skal ha ansvaret for å bringe opplysninger frem før avtalen inngås. Dette vil kunne variere avhengig av den konkrete avtalesituasjonen og hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til den aktuelle kontraktstype.²⁹² For eksempel kan det tenkes at debitor har presentert hele garantikatalogen uten at kreditor har hatt særlig innflytelse på hvilke opplysninger som ble nedfelt, eller på annen måte vist at han tillegger disse opplysningene spesielt stor betydning. Dette kan tale for at debitor er ansvarlig også for ytterligere opplysninger som er relevante for kreditor, men som ikke er gitt. Er det derimot kreditor som eksplisitt har bedt om den konkrete listen av opplysninger og styrt hvilke opplysninger debitor skal innta for i kontrakten, kan dette tale for at debitor kan innta en mer passiv rolle, og at kreditor er nærmest til å bære risikoen for ikke å ha bedt om ytterligere opplysninger. I så fall vil undersøkelsesplikten få en mer fremtredende rolle, og vil også kunne tenkes å gå foran opplysningsplikten, selv om det tradisjonelle synspunktet er det motsatte, jfr. ovenfor i punkt 11.2. På samme måte vil det forhold at forhandlingene rundt garantikatalogen har vært preget av langvarig og hard tautrekking om hvilke opplysninger som skal inn i kontrakten, kunne tilsi at det kun er de nedfelte opplysningene som debitor har ansvaret for, og at kreditor derigjennom har akseptert risikoen for at andre forhold han forutsetter, faktisk stemmer. Men det er ikke gitt at dette blir utfallet. Visse opplysninger eller typer opplysninger kan rett og slett være glemt eller ikke diskutert eller forutsatt uproblematisk og opplagte at stemmer. I så fall er det ikke gitt at kreditor skal bære risikoen og at debitor ikke har en opplysningsplikt. Videre vil det være av betydning om opplysningene det gjelder er lett tilgjengelige for kreditor eller ikke. Ved for eksempel virksomhetsoverdragelser er det meste av dokumentasjon ikke offentlig tilgjengelig, slik at debitor her har opplysningsplikt. På den annen side kan denne plikten tenkes modifisert når kreditor tilbys innsyn i dokumentasjonen, slik at forhold som ikke avdekkes, eventuelt vil være kreditors risiko.²⁹³ Også her vil det kunne bli tale om å strekke grensene for

²⁹² Sml. Buskerud JV 2005 s. 39.

²⁹³ Sml. Buskerud JV 2005 s. 39.

undersøkelsesplikten. Mer generelt må det kunne antas at selv om det ikke er adgang til å fraskrive seg ansvaret for opplysningsplikten fullt ut, så vil kontraktsreguleringen av "representations and warranties" og dermed det forhold at partene i så stor utstrekning har kontraktsfestet relevante og vesentlige opplysninger, kunne heve terskelen for når lojalitetsplikten og nærmere bestemt opplysningsplikten anses brutt. Både synet på hvilke opplysninger som vil omfattes av plikten, samt i hvilken grad det anses uredelig ikke å ha gitt slike opplysninger, vil kunne endres. I den grad en part har krevd opplyst en slik mengde forhold som tilfellet gjerne er, vil det kunne ha presumsjonen mot seg at han anså andre forhold som (like) vesentlige. Hvor langt en slik presumsjon strekker seg, er imidlertid usikkert.

Konklusjonen må bli at selv om det ikke er adgang til å fraskrive opplysningsplikten fullstendig, så kan den tenkes begrenset. I hvilken grad bruken av omfattende "garantikataloger" derimot medfører et slikt tolkingsresultat, er mer usikkert, og skal behandles etter at adgangen til å fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger er drøftet.

Fraskrivelse av risiko for opplysninger som er gitt, men ikke nedfelt i kontrakten

I hvilken grad det faktisk er adgang til å fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger, kan vanskelig skisseres generelt.²⁹⁴ Det må antakelig være adgang til å fraskrive seg slike opplysninger i en viss utstrekning, men en klar grense vil også her trolig måtte settes ved tilfeller som omfattes av ugyldighetsreglene i avtaleloven, jfr. for eksempel avtl. § 30, og NL 5-1-2. De deklatoriske reglene i kontraktslovgivningen vil på samme måte som nevnt ovenfor også her inneholde elementer av preseptivitet ved at fraskrivelse for misligholdsansvar for tilfeller som også rammes av ugyldighetsreglene, trolig ikke lar seg gjøre. Uriktige opplysninger gitt bevisst eller grovt uaktsomt av parten selv vil trolig ikke kunne fraskrives ansvar for. Utover dette vil det i stor grad bero på en konkret vurdering av det enkelte avtaleforhold, særlig basert på urimelighetskriteriet i avtl. § 36, hvorvidt en fraskrivelse kan opprettholdes. Det kan tenkes situasjoner hvor en fraskrivelse av ansvaret for uriktige opplysninger er kurant. Partene kan ha blitt enige om at opplysninger gitt forut for formelle forandlinger ikke

²⁹⁴ Hagstrøm gir uttrykk for at reglene om opplysningsrisiko står sterkt i lovgivning og rettspraksis, og at selger neppe vil kunne fraskrive seg risiko for feilinformasjon, jfr. Hagstrøm TfF 1999 s. 397.

skal legges til grunn, på grunn av den usikkerhet som påhviler hvem som har gitt dem og hva som eventuelt er blitt sagt. Det kan videre tenkes at opplysninger som gis under forhandlingene, men som ikke nedfelles i kontrakten, ikke skal legges til grunn ettersom parten som har gitt dem, på den måten signaliserer at han ikke vil inntå for hvorvidt de er riktige eller at han ikke har oversikt over dem. I disse tilfellene må det kunne være kulant å frskrive seg ansvaret for at opplysningene er riktige, så lenge motparten er gitt beskjed om ikke å legge dem til grunn. Men dette må eventuelt fremgå av avtalesituasjonen, og vil ikke følge som et tolkingsresultat av at partene har inntatt lange lister med opplysninger i kontrakten. Videre kan det være ønskelig for en part å frskrive seg ansvaret for opplysninger gitt av andre enn parten selv, og der parten er et selskap, for personer i selskapet som ikke deltar i forhandlinger eller innehar nøkkelposisjoner. En slik frskrivelse kan det være et reelt behov for og den kan være velbegrunnet i den grad parten ikke har kontroll over hva som er opplyst.²⁹⁵ Sistnevnte vil være et spørsmål om å begrense bakgrunnsrettens regler om identifikasjon.²⁹⁶ Men det er lite sannsynlig at en slik begrensning vil følge alene av det faktum at opplysningene som er gitt er omfattende og satt inn som en egen kategori i form av en garantikatalog. En slik frskrivelse må trolig skje eksplisitt i kontrakten, noe som for så vidt heller ikke er uvanlig. Men slike klausuler er ikke tema for denne avhandlingen, og skal ikke behandles her. Spørsmålet er utelukkende i hvilken grad selve oppstillingen av opplysninger kan medføre at ansvaret for uriktige opplysninger begrenses. Det vil ikke være naturlig å tolke inn en begrensning i selve personkretsen som parten kan identifiseres med. Selv om det vanskelig lar seg gjøre å stille opp noen mer generelle regler for i hvilken grad ansvaret for uriktige opplysninger kan frskrives, må det på lik linje med for misligholdt opplysningsplikt generelt kunne antas at når partene faktisk har inntatt en slik mengde opplysninger som det her er tale om, så vil antakelig dette kunne heve terskelen for når opplysninger som er gitt, men ikke inntatt, kan sies å ha innvirket på kontrakten. Hvis disse opplysningene var av betydning for parten, kan han

²⁹⁵ Det er heller ikke uvanlig at kontrakten inneholder klausuler som nettopp begrenser personkretsen for hvem som kan gi opplysninger som kan medføre ansvar. Slike klausuler skal ikke behandles her.

²⁹⁶ Se Hagstrøm s. 133-134 jfr. s. 469 flg. for redegjørelse av reglene om identifikasjon ved uriktige opplysninger.

bli møtt med at det da ville ha vært naturlig å innta dem i kontrakten på lik linje med de resterende opplysningene.

Selve bruken av "representations and warranties" vil trolig ikke tolkes til at bakgrunnsretten anses ekskludert i forhold til reglene om opplysningsplikt og opplysningsrisiko

Redegjørelsen har vist at det trolig er en viss adgang for partene til å begrense ansvaret for misligholdte og uriktige opplysninger i forhold til bakgrunnsrettens løsninger. Det er derimot lite trolig at kontrakten blir tolket til å forsøke å ekskludere bakgrunnsretten alene på grunn av en detaljert og omfattende opplisting av opplysninger. Oppfatningen i teorien hva gjelder overdragelse av virksomhet, som er en kontraktstype hvor "representations and warranties" brukes hyppig, er at en slik opplisting normalt ikke medfører at kontrakten anses uttømmende på dette punktet. I mangel av andre holdepunkter vil garantikatalogen ikke erstatte, men supplere de alminnelige mangelsreglene som følger av bakgrunnsretten.²⁹⁷ Riktignok vil det forhold at partene faktisk har brukt mye tid og krefter på gjøre kontrakten fullstendig, kunne tale for at det ikke er rom for å supplere kontrakten.²⁹⁸ Men selv om kontrakten pretenderer å være uttømmende, er ikke nødvendigvis bakgrunnsretten ekskludert.²⁹⁹ Det er heller ikke gitt at opplistingen av opplysningene alltid er like gjennomtenkt. Partene har ikke nødvendigvis inntatt garantikatalogen fordi de har forhandlet spesielt grundig om de gitte opplysninger i forkant av avtalen, eller utelukkende lagt vekt på disse opplysningene som viktige. Det kan like gjerne tenkes at partene har inntatt garantikatalogen mer eller mindre ubevisst som en følge av at de bruker engelske kontraktsmaler. Partene har kanskje en formening om at engelske kontraktsreguleringer nettopp søker å ta høyden for alle tenkelige forhold som er av betydning, men med det er det ikke gitt at partene har ment å ekskludere alle andre forhold. Bruken av "representations and warranties" kan være begrunnet i et ønske om å skape så mye klarhet og forutberegnelighet som mulig rundt de faktiske forutsetninger partene vil og må stille, samt i at det er blitt tradisjon for bruk av slike garantikataloger, uten at man

²⁹⁷ Se Mestad/Mikalsen s. 636, Eriksrud Tff 1996 s. 11.

²⁹⁸ Se Woxholth s. 460, Selvig Kjøpsrett s. 304.

²⁹⁹ Se Hagstrøm Tff 1999 s. 391.

dermed har villet utelukke alle andre opplysninger som er ikke er gitt eller gitt, men ikke nedfelt i kontrakten. Et annet motiv kan også være at partene ønsker rent objektivt erstatningsansvar for de opplysninger som er inntatt i kontrakten, jfr. nedenfor i punkt 11.5. Trolig må det fremgå mer eksplisitt av avtalen, enn det forhold i seg selv at det er foretatt en omfattende opplisting av faktiske forhold, hvis partene har ment å angi uttømmende de opplysninger som skal være relevante for kontrakten og dermed ekskludere bakgrunnsretten.

11.5 Spesielle konsekvenser som følge av norsk rett - garantiansvar

En spesiell konsekvens som kan oppstå etter norsk rett for de opplysningene som er listet opp i kontrakten, er at parten som innestår for dem, blir objektivt erstatningsansvarlig³⁰⁰ dersom opplysningene er uriktige.³⁰¹ Parten anses i så fall på kontraktsmessig grunnlag å ha garantert for at opplysningene er riktige på avtaletidspunktet.³⁰² Ansvarer kan inntre på grunnlag av garantitilsagn, tilsikring av egenskapen, samt ved fravær av kjerneegenskaper ved ytelsen.³⁰³

Ut fra at ordet ”garanti” (”warranty”)³⁰⁴ er brukt om opplysningene, kan det allerede ut fra ordlyden være nærliggende å stille spørsmål ved om det foreligger garanti i form av objektivt erstatningsansvar for opplysningene som er gitt. Bruken av ordet garanti er imidlertid ikke tilstrekkelig til å utløse ansvaret.³⁰⁵ I følge Hov må garantien ”gi et sterkere og mer ubetinget uttrykk for at en bestemt egenskap er til stede, enn det som vil

³⁰⁰ Erstatningsansvaret vil, i motsetning til ved det såkalte ”kontrollansvaret”, jfr. for eksempel kjl. § 27.1, gjelde forhold utenfor debtors kontroll, samt både omfatte ”direkte” og ”indirekte” tap, jfr. sontringen i for eksempel kjl. § 67, jfr. Hov II s. 196-198, Bergem/Rognlien s. 227, sml. kjl. § 40.3 litra b.

³⁰¹ For behandling av temaet garantiansvar, se Hagstrøm s. 514 flg., Hov II s. 196-198, Selvig Kjøpsrett s. 352-354, Haaskjold s. 231 samt Hagstrøm TfR 1987.

³⁰² Dette gjelder med mindre det er holdepunkter for annet i avtalen. Se Hagstrøm s. 514, Hov II s. 197, Selvig Kjøpsrett s. 354, sml. kjl. § 40.3 litra b.

³⁰³ Se Hagstrøm s. 514. Inndelingen er ifølge Hagstrøm hovedsakelig sammenfallende med en gradering etter mangelens grovhet og etter hvor sikkert rettsgrunnlaget er.

³⁰⁴ Direkte oversatt kan begrepet ha flere betydninger. Ordbøker oversetter ordet med blant annet ”hovedvilkår”, ”garanti”, ”sikkerhet”, ”inneståelse”, ”bekreftelse”, ”avtalevilkår” eller ”kontraktsbetingelse”, jfr. Engelsk-Norsk Stor Ordbok s. 1966.

³⁰⁵ På den annen side er det ikke nødvendig å bruke ordet ”garanti”, jfr. Selvig Kjøpsrett s. 353.

følge av en vanlig kontraktsmessig beskrivelse”, for at den skal utløse et rent objektivt erstatningsansvar.³⁰⁶ Tilsvarende uttrykker Selvig at det generelt kreves sikre holdepunkter i (kjøpe)kontrakten for at lovens erstatningsregler skal være fraveket på denne måten. Norsk tolkingstradisjon løser tolkingstvil mot den som hevder at lovens ordning er fraveket, og det kreves normalt klar tale i kontrakten for at ansvaret skal bli strengere enn etter loven.³⁰⁷ Hva gjelder reglene i kjøpslovens § 40.3 litra b om tilsikringsansvar, gir Bergem/Rognlien uttrykk for at det avgjørende er en tolking av avtalen, men at bruken av ordet ”garanti” eller ”tilsikring” må tillegges stor vekt.³⁰⁸ I tillegg kreves det gjerne at garantien gjelder visse bestemte egenskaper, slik at et viktig moment er hvorvidt tingens egenskaper er nøyaktig spesifisert i avtalen, eller om selger under kontraktsforhandlingene ”særskilt har understreket [sic] visse egenskaper på en måte som er egnet til å skape en tillit hos kjøperen til at nettopp disse egenskaper foreligger eller at tingen er fri for en uønsket egenskap.”³⁰⁹

Ordet garanti behøver altså ikke ha noen rettsvirkninger overhodet.³¹⁰ Men foreligger det et garantiløfte uten presiseringer om rettsvirkningene, har imidlertid den alminnelige oppfatningen i teorien vært, med støtte i tolkelingslærens uklarhetsregel, at dersom det ikke kan konstateres som et noenlunde sikkert fortolkningsresultat at erstatning ligger utenfor tilsagnet, så utløses et rent objektivt erstatningsansvar.³¹¹

Uriktige opplysninger vil også kunne utløse garantiansvar uten at det er avgitt uttrykkelig garantitilsagn, ved at de anses som ”tilsikrede egenskaper”.³¹² Tilfellene kjennetegnes ved svikt i kreditors kvalifiserte forventninger til ytelsen ut fra de

³⁰⁶ Hov II s. 197.

³⁰⁷ Se Selvig Kjøpsrett s. 353 med henvisning til Rt. 1960 s. 1055 og Rt. 1970 s. 1059.

³⁰⁸ Se Bergem/Rognlien s. 226.

³⁰⁹ Bergem/Rognlien s. 226.

³¹⁰ Se Hagstrøm s. 515. Videre kan avtalen tolkes til utelukkende å innebære en retteplikt i garantiperioden, men uten å gi grunnlag for et rent objektivt erstatningsansvar.

³¹¹ Se Hagstrøm s. 515

³¹² Se Hagstrøm s. 515. Et annet ord som brukes, er enuntiationer. Misligholdte opplysninger omfattes ikke av ansvaret.

opplysninger som er gitt, samt hva slags ytelse og mangel det gjelder. Opplysningene må gjelde vesentlige egenskaper ved ytelsen,³¹³ og de må ikke fremstå som usikre.³¹⁴

I tillegg til det ovennevnte er det også mulig, selv om grunnlaget er noe mer usikkert, at garantiansvaret kan inntre ved fravær av såkalte ”kjerneegenskaper”. Med begrepet siktes det til egenskaper som er så vesentlige at det normalt tas for gitt at de foreligger. Fravær av slike egenskaper utgjør helt fundamentale mangler.³¹⁵

Ifølge Hagstrøm kan det utover dette ikke gis generelle svar på hvilke opplysninger som kan pålegge en part garantiansvar. Det må foretas en helhetsvurdering av om parten har hatt helt kvalifiserte forventninger, ikke bare ut fra de gitte opplysningene, men også andre omstendigheter rundt avtalen, særlig salgsgjenstandens og mangelens beskaffenhet.³¹⁶

I forhold til de opplysninger som typisk inntas som ”representations and warranties”, kan det således heller ikke gis noe generelt svar på om parten vil bli objektivt erstatningsansvarlig for disse. Men det er sannsynlig at dette vil bli tilfellet for flere av opplysningene. Det forhold at opplysningene angis å være garantier (”warranties”) etter sin ordlyd, samt at noen av dem utgjør vesentlige opplysninger, og i visse tilfeller nok også kjerneegenskaper ved ytelsen, skulle tilsi dette. Således uttrykker også Eriksrud hva gjelder virksomhetsoverdragelser, at garantikatalogens viktigste funksjon er å pålegge selger objektivt ansvar for de forhold som omfattes av garantiene.³¹⁷

³¹³ Dette vil i alle fall være tilfellet når ytelsen ikke engang svarer til betegnelsen den er gitt i avtalen, fordi betegnelsen gjerne viser til vesentlige egenskaper, jfr. Hagstrøm s. 516.

³¹⁴ Dette vil kunne være tilfellet ved forbeholdne opplysninger, men fremfor alt når de angår usikre egenskaper ved ytelsen, jfr. Hagstrøm s. 516. Som eksempel fra rettspraksis viser Hagstrøm til Rt. 1959 s. 581. I forbindelse med salg av en forretning var det i salgsoppgaven opplyst en langt høyere omsetning enn hva var tilfellet. Dette ble ansett som en tilsikret egenskap.

³¹⁵ Se Hagstrøm s. 517.

³¹⁶ Se Hagstrøm TfR 1987 s. 781.

³¹⁷ Se Eriksrud Tff 1996 s. 10. For øvrig er det visstnok vanlig at selger ønsker å begrense ansvaret ved at enkelte garantier ”dempes ned” fra objektivt ansvar til garantier for at selger ikke er kjent med slike forhold som er opplyst, jfr. Mestad/Mikalsen s. 636.

11.6 Konklusjon

Etter norsk rett er det ikke like strengt nødvendig som etter engelsk rett, av hensynet til forutberegnelighet, å få bekreftet at enhver faktisk forutsetning stemmer, eller å få enhver opplysning nedfelt i kontrakten. Norske regler om opplysningsplikt gjør at partene til en viss grad kan støtte seg på bakgrunnsrettens regler for å være sikret kontraktsbeføyelser dersom de forventninger og forutsetninger de har lagt til grunn ikke stemmer, selv om disse ikke har blitt garantert for av motparten eksplisitt. Videre er det ikke til hinder for å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende at opplysninger ikke er nedfelt skriftlig i kontrakten. Både misligholdte og uriktige opplysninger vil kunne påvirke partenes forventninger til kontraktsytelsen, og dermed kravet til riktig oppfyllelse. De vil kunne utgjøre mangler og gi grunnlag for misligholdsbeføyelser på lik linje med opplysninger som er nedfelt i kontrakten.

Men selv om bruken av kategorien "representations and warranties" med dens typiske innhold ikke alltid er strengt nødvendig, kan den være hensiktsmessig. For det første stiller reglene om opplysningsplikt både subjektive og objektive vilkår som kan være vanskelig å vurdere når er oppfylt. Dersom en part er avhengig av at en forutsetning stemmer, er det ikke gitt at denne vil rammes av reglene om misligholdte opplysninger dersom den viser seg å ikke stemme. Ved å få motparten til eksplisitt å innta for faktiske forhold og nedfelle dem i kontrakten, vil opplysningene automatisk tillegges relevans. Tilsvarende medfører nedfellelsen av opplysningene i kontrakten at det ikke oppstår bevismessige spørsmål rundt om opplysninger faktisk er gitt, samt at man unngår kravet til at opplysninger som er gitt, må ha innvirket. Det skapes dermed et mer forutberegnelig kontraktsforhold i forhold til de faktiske forutsetninger partene legger til grunn.

Et eget spørsmål i forhold til bruken av garanti-katalogen var om kreditor kunne bli ansett for å ha akseptert risikoen for opplysninger som ikke var nedfelt i kontrakten. Det må sies å være en viss, men ikke full, adgang etter norsk rett til å fraskrive seg ansvar både for tilbakeholdte og uriktige opplysninger. Hvor grensen går, må vurderes konkret i det enkelte kontraktsforhold, særlig sett hen til rimelighetsstandarden i avtl. § 36. Men til tross for en slik adgang vil bakgrunnsretten, med mindre kontrakten ellers gir holdepunkter for det, ikke anses forsøkt ekskludert, men heller supplert av garantikatalogen. Like fullt bør partene være oppmerksom på at den omfattende

opplistingen av opplysninger kan medføre at terskelen for når ansvar for misligholdte eller uriktige opplysninger foreligger, vil kunne heves.

For øvrig ser bruken av garantikatalogen ofte ut til å kunne ha en funksjon som følger spesielt av norsk rett, og som ikke har sammenheng med den opprinnelige funksjonen eller betydningen etter engelsk rett, ved at opplysningene i garantikatalogen anses garanterte for i den forstand at parten pålegges et rent objektivt erstatningsansvar dersom opplysningene ikke stemmer.

12 "Covenants"

12.1 Innledning

Som det ble redegjort for ovenfor i punkt 7.3 har bruken av begrepet "covenants" normalt ingen rettslig betydning etter engelsk rett slik det ofte brukes i store kommersielle kontrakter. Tilsynelatende brukes begrepet bare som et annet ord på vilkår. Videre ønsker partene i visse tilfeller trolig at vilkårene begrepet viser til, skal fremstå som ekstra "høytidelige" på grunn av at begrepet er brukt. En mulig årsak til dette er at partene feilaktig tror, eller tidligere trodde, at denne "høytideligheten" og bruken av begrepet i seg selv medfører at kravet til motytelse ikke gjelder. For at dette skal oppnås må imidlertid partene benytte seg av den formelle formen for "covenants". Forvørig, og nok som oftest, tjener begrepet kun funksjonen som en gjenkjennelig "merkelapp" for en viss type av forpliktelser i kontrakten. Spørsmål som skal vurderes i det følgende, er om det etter norsk rett vil ha noen konsekvenser at man kategoriserer den typen forpliktelser i en egen kategori, om det har noen betydning at begrepet "covenants" brukes, samt om det er nødvendig med noen egen form for kategorisering av mer formell art for denne typen forpliktelser.

12.2 Behovet for og konsekvensene av å benytte kategorien "covenants"

Betydningen av at begrepet "covenants" brukes

Hva gjelder bruken av selve begrepet "covenants", vil dette ikke få noen betydning når kontrakten tolkes etter norsk rett, jfr. det som er sagt ovenfor i punkt 10.6 om betydningen av at engelsk språk brukes. Uttrykket vil etter norsk rett trolig bli tolket til å bety "forpliktelse", "vilkår" eller lignende.³¹⁸

³¹⁸ "Covenant" som substantiv oversettes i ordbøker med blant annet "avtale", "kontrakt", "klausul" og "bestemmelse", jfr. Engelsk-Norsk Stor Ordbok s. 350.

Betydningen av å samle forpliktelsene i en egen kategori

Heller ikke selve kategoriseringen av den type forpliktelser det gjelder, vil få noen betydning etter norsk kontraktsrett. Det er etter norsk kontraktsrett ikke av betydning hvorvidt forpliktelsene i kontrakten er plassert i egne kategorier eller ikke. Avgjørende for tolkingen er utelukkende selve innholdet i forpliktelsen. Hva gjelder det nærmere innholdet i de enkelte forpliktelsene det her er tale om og spørsmål de kan reise, er dette ikke tema for denne avhandlingen.

Utgangspunkter i norsk rett i forhold til opprinnelig behov for å unngå kravet til motytelse – løfteprinsippet kontra kontraktsprinsippet

Som nevnt kunne det tenkes at kategoriseringen av forpliktelser som ”covenants” oppfylte formkravene til den formelle varianten av begrepet. På denne måten unngikk partene etter engelsk rett kravet til motytelse. Spørsmålet er om vi har et tilsvarende behov etter norsk rett for å formalisere ensidige disposisjoner eller forpliktelser i større kontrakter som savner motytelse, for at de skal anses gyldige. Dette må besvares benektende. Utgangspunktet i norsk rett er at tilbud er bindende som løfte fra det tidspunktet det kommer frem til løftemottaker, og det gjelder ingen formkrav. Dette kalles løfteprinsippet, og prinsippet kan utledes antitetisk og forutsetningsvis av avtl. § 7.³¹⁹ Den som gir tilbudet, kan ikke angre seg dersom mottaker av tilbudet vil akseptere dette og tilbudet har kommet til mottakerens kunnskap. Ensidige disposisjoner, som gaveløfter, er derfor bindende etter norsk rett når de er kommet til løftemottakers kunnskap. Løfteprinsippet har solid tradisjon i nordisk rett, og står som motsetning til kontraktsprinsippet som nettopp gjelder i engelsk rett.³²⁰ I den grad den ene parten derfor påtar seg forpliktelser i kontrakten som ikke ”gjenspeiles” i motpartens forpliktelser, så er kontrakten og alle dens forpliktelser like fullt gyldige og bindende for partene. Riktignok kan byrdefordelingen i kontrakten bli ansett urimelig etter avtl. § 36, men dette unngås ikke ved å kategorisere forpliktelsene i egne kategorier, og vil heller ikke gjelde spesielt for den type forpliktelser det her er tale om.

³¹⁹ Se Woxholth s. 72 flg. Direkte gjelder avtl. § 7 løftegivers tilbakekallelse rett.

³²⁰ Se Woxholth s. 73-74.

12.3 Konklusjon

Den vanlige bruken av begrepet "covenants" og kategoriseringen av handlingspåbud og -forbud i kontrakten har ingen konsekvenser etter norsk rett, og er derfor heller ikke nødvendig. Hva gjelder de særlige tilfeller hvor kontrakten formaliseres for at forpliktelser skal være bindende og gyldige uten motytelse, har ikke norsk rett tilsvarende regler som medfører et slikt behov. Dette skyldes at norsk rett følger løfteprinsippet og ikke kontraktsprinsippet. At den enkelte forpliktelse i kontrakten ikke har en tilsvarende motytelse, medfører ikke usikkerhet for hvorvidt forpliktelsen er bindende etter norsk kontraktsrett. Partene vil ikke oppnå mer forutberegnelighet i kontraktsforholdet ved å kategorisere slike forpliktelser som "covenants" i den formelle formen. Kategoriseringen kan ha sin hensikt som en praktisk måte å strukturere typer av forpliktelser i kontrakten på, for lett å gjenkjenne dem og vite hvor de skal plasseres. Men kategoriseringen kan og være uhensiktsmessig i den grad den skaper forvirring rundt hvorfor forpliktelsene er satt i en egen kategori.

13 Konklusjon

Formålet i avhandlingen har vært å vurdere behovet for og konsekvensene av å kategorisere kontraktsforpliktelsene i kontrakten som "conditions", "representations", "warranties" og "covenants" etter norsk rett i forhold til kategoriseringenes opprinnelige betydning og funksjon etter engelsk rett. Kategoriene er opprinnelig begrunnet i hensynet til forutberegnelighet, men de mer konkrete årsakene til at kategoriene fremmer forutberegnelighet er forskjellig for hver kategori. Også i kontrakter regulert av norsk rett vil kategoriene slik de opprinnelig brukes, til en viss grad kunne fremme forutberegneligheten i kontraktsforholdet. Men både behovet for kategoriene og deres funksjon, og adgangen til å benytte kategoriene slik de opprinnelig brukes, er begrenset etter norsk rett. Hva gjelder bruken av selve begrepene, er disse uten betydning etter norsk rett ved spørsmålet om man oppnår noen av de "engelske virkningene" ved bruken av kategoriene.

Kategorien "conditions"

Den første hovedkategorien av forpliktelser, "conditions", fremmer forutberegnelighet etter engelsk rett ved at partene har en absolutt kanselleringsadgang å forholde seg til ved kontraktsbrudd på forpliktelsene som inngår i kategorien. Partene unngår å måtte ta stilling til kravet om "substantial failure", og kan kansellere kontrakten ved ethvert kontraktbrudd på forpliktelser som utgjør "conditions". Tilsvarende kunne partene skape forutberegnelighet rundt kanselleringsadgangen ved å utelukke denne gjennom en uttømmende opplisting av tilgjengelige misligholdsbeføyelser i kontrakten hvor kansellering ikke var omfattet. Også etter norsk rett har partene behov for å kunne regulere hevingsadgangen mer absolutt tilsvarende etter engelsk rett. Partene vil da unngå å måtte ta stilling til om kontraktsbruddet er vesentlig. Som utgangspunkt er det også opp til partene etter norsk rett å kontraktsregulere hva som utgjør vesentlig kontraktsbrudd, og dermed når kontrakten kan heves. Slike reguleringer er heller ikke uvanlig eller ukjent i norsk kontraktsrett og i kontrakter regulert av norsk rett, jfr. for eksempel bruken av uttrykket "of the essence". Men til tross for at ordlyden og hensynet til forutberegnelighet veier tungt i kommersielle kontraktsforhold også i norsk rett, vil

hensynet til bakgrunnsrettens løsninger og hensynet til rimelighet i visse tilfeller kunne medføre begrensninger i en regulering som etter sin ordlyd åpner for ubetinget eller utelukket hevingsadgang. Det er ikke trolig at dette vil skje ofte. Reguleringene vil nok som oftest stå seg i norsk rett, forutsatt at de er klare nok. Men, avhengig av type kontraktsforhold, kontraktsområde, forpliktelse og kontraktsformål med mer, er det en mulighet for at reguleringene sensureres indirekte gjennom tolking eller direkte etter avtl. § 36 dersom de fremstår som svært urimelige. Partene kan derfor etter norsk rett ikke i ethvert kontraktsforhold stole fullstendig på at slike reguleringer vil få virkning etter sin ordlyd. De nevnte eksempler på typiske reguleringer av hevingsadgangen medfører ikke med like stor sikkerhet de samme konsekvensene etter norsk kontraktsrett som de opprinnelig gjør etter engelsk kontraktsrett. Partenes har etter norsk rett ikke en ubegrenset adgang i ethvert kontraktsforhold til fullt ut å bestemme hevingsadgangen gjennom kontraktens formuleringer, og dermed heller ikke ubegrenset adgang til fullt ut å skape forutberegnelighet rundt hevingsadgangen.

Kategorien "representations and warranties"

I den andre hovedkategorien av forpliktelser, "representations and warranties", var det sentrale den type forpliktelser som inngikk i kategorien. Som følge av mangel på opplysningsplikt, regelen om "parol evidence rule" samt skillet mellom pre-kontraktuelle og kontraktuelle opplysninger, kontraktreguleres alle de faktiske forhold partene trenger å forutsette. Hvis dette ikke gjøres, har partene etter engelsk rett et langt mindre forutberegnelig vern for at de forutsetninger de stiller faktisk stemmer. Etter norsk rett er det ikke like strengt nødvendig med en slik kontraktsregulering. Både tilbakeholdte opplysninger samt uriktige opplysninger som ikke er inntatt i kontrakten, kan utgjøre mangler i kontrakten og gi grunnlag for misligholdsbeføyelser. Like fullt kunne det være hensiktsmessig å kontraktsregulere opplysningene. På denne måten unngås bevismessige spørsmål samt spørsmål om hvorvidt opplysningene oppfyller kravet til vesentlighet samt innvirkning i forhold til reglene om misligholdte og uriktige opplysninger. Opplysningene tillegges automatisk relevans når de er gjort til vilkår i kontrakten. Bruken av kategorien "representations and warranties" kan derfor være hensiktsmessig og fremme forutberegneligheten i kontraktsforholdet. På den annen side bør partene være oppmerksomme på at selv om kategorien ikke vil tolkes til at partene har ekskludert bakgrunnsretten og akseptert risikoen for alle opplysninger som ikke er kontraktsregulert, så vil det faktum at så mange opplysninger er inntatt, kunne påvirke

terskelen for når ansvaret for misligholdte eller uriktige opplysninger inntreffer. I tillegg ser det ut til at kategorien "representations and warranties" som garantikatalog har den spesielle funksjon etter norsk rett at partene ofte anses å ha påtatt seg et rent objektivt erstatningsansvar for at opplysningene de har gitt i garantikatalogen er riktige.

Kategorien "covenants"

Den tredje hovedkategorien av forpliktelser, "covenants", omfatter typisk handlingspåbud og -forbud. Slik kategorien normalt brukes, ser den ikke ut til å ha noen betydning etter engelsk rett annet enn å fungere som en praktisk måte å strukturere en type forpliktelser i kontrakten på. Begrepet "covenants" brukes i denne forbindelse kun som en gjenkjennelig "merkelapp" eller overskrift for denne typen forpliktelser. Det er mulig partene feilaktig tror de unngår kravet til motytelse ved bruk av kategorien. Men den eneste måten partene oppnår forutberegnelighet på ved å unngå usikkerheten ved hvorvidt kravet til motytelse er oppfylt, er hvis de har benyttet seg av den formelle varianten av "covenants". Etter norsk rett har det ingen betydning hvorvidt disse forpliktelsene er ordnet i en egen kategori, og begrepet får heller ingen spesiell betydning. Heller ikke behovet for å unngå kravet til motytelse foreligger i norsk rett. I motsetning til kontraktsprinsippet som gjelder etter engelsk rett, gjelder det i norsk rett et løfteprinsipp. Utover at det kan være praktisk å samle en type forpliktelser i kontrakten, oppnår partene etter norsk rett ingen ting ved å benytte seg av kategorien "covenants".

14 Litteraturliste

Lover

Norske lover:

(gjeldende):

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4
- 1988 Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere av 16. juni 1989 nr. 63
- 1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93
- 1994 Lov om sjøfarten(sjøloven) av 24. juni 1994 nr. 39
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.(bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43
- 1999 Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr. 17
- 1999 Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34

(opphevede):

- 1907 Lov om kjøb av 24. mai 1907 nr. 2

Svenske lover:

- 1990 Köplag (1990:931)

Danske lover:

- 2004 Lovbekendtgørelse nr. 538 af 15. juni 2004 af søloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 39 af 20. januar 1998 med de ændringer, der følger af bekendtgørelse nr. 206 af

3. april 1998, lov nr. 900 og nr. 901 af 16. december 1998, lov nr. 228 af 21. april 1999 og lov nr. 106 af 13. februar 2001.

Engelske lover:

1925 Law of Property Act 1925

1967 Misrepresentation Act 1967

1972 Powers of Attorney Act 1972

1979 Sale of Goods Act 1979

1985 Companies Act 1985

1989 Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989

Offentlige publikasjoner

Norske forarbeider:

Norges Offentlige Utredninger(NOU):

NOU 1976:34	Lov om kjøp
NOU 1979:32	Formuerettslig lempingsregel
NOU 1993:36	Godsbefordring til sjøs

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp. nr. 5 (1982-83)	Om Lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4, m m (generell formuerettslig lempingsregel)
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

Svenske forarbeider:

Statens offentliga utredningar:

SOU 1974:83	Generalklausul i förmögenhetsrätten
SOU 1976:66	Köplag

Rettspraksis

Norsk rettspraksis:

Norsk retstidende:

Rt. 1920 s. 237

Rt. 1921 s. 313

Rt. 1922 s. 308

Rt. 1939 s. 394

Rt. 1956 s. 664

Rt. 1958 s. 444

Rt. 1959 s. 581

Rt. 1959 s. 1172

Rt. 1960 s. 1055

Rt. 1969 s. 752

Rt. 1970 s. 1059

Rt. 1980 s. 84

Rt. 1983 s. 716

Rt. 1988 s. 295

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1990 s. 284

Rt. 1990 s. 328

Rt. 1991 s. 220

Rt. 1993 s. 564

Rt. 1994 s. 38

Rt. 1994 s. 581

Rt. 1995 s. 1460

Rt. 1997 s. 160

Rt. 1998 s. 1510

Rt. 1999 s. 408

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2003 s. 1132

Nordiske dommer i sjøfartsanliggende:

ND 1970 s. 432

ND 1974 s. 186

Dansk rettspraksis:

Ugeskrift for Retsvæsen:

UfR 1963 s. 280

UfR 1968 s.416

UfR 1978 s.48

Engelsk rettspraksis:

1921 Moore & Co. Ltd. and Landauer & Co. 1921 2 K.B. 519

1933 Arcos v. E.A. Ronaasen & Son 1933 A.C. 470

1962 Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. 1962 2 Q.B.
26

1963 Financings Ltd. v. Baldock 1963 2 Q.B. 104

1974 Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd. 1974 A.C. 235

1981 Bunge Corp v. Tradax Export SA 1981 1 W.L.R. 711

1987 Lombard North Central plc v. Butterworth 1987 Q.B. 527

Andre kilder

Konvensjoner:

CISG: FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) 1980, inntatt i Norges Lover 13. mai nr. 426 1988

Litteratur

- Anderson: Anderson, Mark. *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*. Mark Anderson assisted by Victor Warner. London, 1998
- Anson: *Anson's Law of Contract*. 28th Edition edited by J. Beatson. Oxford, 2002
- Askheim/Gisvold/Tapper: Askheim, Lars Olav. *Kontrakter i petroleumsvirksomheten*. Lars Olav Askheim, Marius Gisvold og Jan Kaare Tapper. Oslo, 1983
- Atiyah: Atiyah, Patrick Selim. *An Introduction to The Law of Contract*. 5th Edition. Oxford, 1995
- Benjamin: Benjamin, Judah Philip. *Benjamin's Sale of Goods*. 6th Edition. London, 2002
- Bergem/Rognlien: Bergem, John Egil. *Kjøpsloven Kommentartutgave til Kjøpsloven av 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp*. John Egil Bergem og Stein Rognlien. 2. utgave. Oslo, 1995
- Bergsåker JV 1980: Bergsåker, Trygve. *Kontraktsrettslige generalklausuler*. I: Jussens Venner. Årg: 15 (1980), s.133-160
- Buskerud JV 2005: Buskerud Christoffersen, Margrethe. *Virksomhetsoverdragelser – Noen*

- kjøpsrettslige spørsmål i lys av Rt. 2002 s. 1110 (Bodum-dommen). I: Jussens Venner. Årg: 40 (2005), s. 19-40*
- Chitty: *Chitty on Contracts Volume 1 General Principles. 28th Edition, edited by General Editor H.G. Beale. London, 1999*
- Christou: Christou, Richard. *Boilerplate: Practical Clauses. 3rd Edition. London, 2002*
- Dalhuisen: Dalhuisen, Jan. *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law. 2nd Edition. Oxford and Portland, Oregon, 2004*
- Engelsk-Norsk Stor Ordbok: Kunnskapsforlaget. *Engelsk-Norsk Stor Ordbok. 1. utgave. Oslo, 2001*
- Eriksrud Tff 1996: Eriksrud, Sven. *Kontraktsrettslige spørsmål ved overdragelse av virksomhet. I: Tff. Årg: 2 (1996), s. 1-12*
- Falkanger AfS: Falkanger, Thor. *En sammenligning mellom engelske og norske prinsipper for fortolkning av kontrakter. I: Arkiv for Sjørett. Årg: 9 (1965-1969), s. 537-566*
- Falkanger/Bull: Falkanger, Thor. *Innføring i Sjørett. Thor Falkanger og Hans Jacob Bull. 6. utgave. Oslo, 2004*
- Falkanger Thorsen JV 1993: Falkanger Thorsen, Arne. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold. I: Jussens Venner. Årg: 28 (1993), s. 36-54*

Fosbrook/Laing:	Fosbrook, Deborah. <i>The A-Z of Contract Clauses</i> . Deborah Fosbrook and Adrian C. Laing. 2 nd Edition. London, 2003
Fleischer:	Fleischer, Carl August. <i>Rettskilder og juridisk metode</i> . Oslo, 1998
Gomard:	Gomard, Bernhard. <i>Obligationsret 2. del</i> . 3. udgave. København, 2003
Gustavsson/Haugstad:	Gustavsson, Geir. <i>Due diligence-undersøkelser ved avtaler om overdragelse av næringsvirksomhet</i> . Geir Gustavsson og Hans Haugstad. I: TfF. Årg. 2 (1996), s. 13-26
Haaskjold:	Haaskjold, Erlend. <i>Kontraktsforpliktelser</i> . Oslo, 2002
Hagstrøm:	Hagstrøm, Viggo. <i>Obligasjonsrett</i> . Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke. Oslo, 2003
Hagstrøm TfF 1999:	Hagstrøm, Viggo. "Due Diligence" ved virksomhetsoverdragelser. I: TfF. Årg: 5 (1999), s. 391-399
Hagstrøm TfR 1987:	Hagstrøm, Viggo. <i>Selgerens ansvar for tilsikrede egenskaper</i> . I: TfR. Årg: 100 (1987), s. 761-815

Hellner:	Hellner, Jan. <i>Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2. häftet. Allmänna ämnen.</i> Andra upplagan. Stockholm, 1993
Hellner/Ramberg:	Hellner, Jan. <i>Speciell avtalsrätt I Köprätt.</i> Jan Hellner og Jan Ramberg. Andra upplagan. Stockholm, 1991
Hov I:	Hov, Jo. <i>Avtaleslutning og Ugyldighet Kontraktsrett I.</i> 3. utgave. Oslo, 2002
Hov II:	Hov, Jo. <i>Avtalebrudd og Partsskifte Kontraktsrett II.</i> 3. utgave. Oslo, 2002
Huser:	Kristian Huser. <i>Avtaletolking.</i> Oslo, 1983
Krüger Kjøpsrett:	Krüger, Kai. <i>Norsk Kjøpsrett.</i> 4. reviderte utgave. Bergen, 1999
Krüger Kontraktsrett:	Krüger, Kai. <i>Norsk Kontraktsrett.</i> Bergen, 1989
Kötz/Zweigert:	Kötz, Heinz. <i>Introduction to Comparative Law.</i> Heinz Kötz and Konrad Zweigert. 3 rd Edition. Oxford, 1998
MacGillivray/Parkington:	MacGillivray, E.J. <i>MacGillivray & Parkington on insurance law relating to all risks other than marine.</i> E.J. MacGillivray and Michael Parkington. 8 th Edition. London, 1988
Mestad/Mikalsen:	Mestad, Ola. <i>Mangelsspørsmål ved foretakskjøp: avtaleforming og</i>

- bakgrunnsrett*. Ola Mestad og Geir Mikalsen. I: *Næringslivsjus Aktuelle problemstillinger*. Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen. Oslo, 1991, s. 617-642
- Moss: Cordero Moss, Giuditta. *Lectures on Comparative Law of Contracts*. I: Institutt for Privatrekt Stensilserie A. Årg: 166 (2004)
- Poole: Poole, Jill. *Textbook on Contract Law*. 7th Edition. Oxford, 2004.
- Selvig Kjøpsrett: Selvig, Erling. *Kjøpsrett til studiebruk*. 2. utgave. Oslo, 2004
- Selvig TfR 1986: Selvig, Erling. *Tolking etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk*. I: TfR. Årg: 109 (1986), s. 1-26
- Simonsen: Simonsen, Lasse. *Prekontraktuelt Ansvar*. Oslo, 1997
- Sinclair: *Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales*. 5th Edition. Edited by Luan Kane and Linda Ashman. London, 2001
- Skarning: Skarning, Nicolay. *Kontraktsrett i Norge, Skottland og England – en praktisk håndbok*. Oslo, 2001

Treitel:	Treitel, Sir Guenter H. <i>The Law of Contract</i> , 11 th Edition. London, 2003
Treitel Remedies:	Treitel, Sir Guenter H. <i>Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account</i> . Oxford, 1991
Woxholth:	Woxholth, Geir. <i>Avtalerett</i> . 5. utgave. Oslo, 2003

A

