



NORGES HØYESTERETT

Den 2. mai 2006 avsa Høyesterett dom i

HR-2006-00732-A, (sak nr. 2005/833), sivil sak, anke,

Hafslund Strøm AS

(advokat Stephan L. Jervell)

mot

Energi E2 AS

(advokat Terje Granvang - til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Matningsdal**: Saken gjelder spørsmål om det er grunnlag for å heve en kontrakt om sikring av pris på elektrisk kraft under henvisning til at premien ble betalt for sent.
- (2) Høsten 2002 tilbød Fredrikstad Energisalg AS, et heleid datterselskap av Hafslund ASA, sine kunder et pristak for strøm i 2003. Selskapet, som ikke er kraftprodusent, kjøper kraften fra andre leverandører. På forhånd måtte selskapet sikre seg ved en såkalt prissikringsavtale i det nordiske kraftmarkedet, idet det verken ville eller kunne ta den økonomiske risikoen for at strømprisene oversteg taket. Da selskapet ikke kunne inngå en slik avtale på egne vegne, hadde det kontaktet Oslo Energi AS, som også var et datterselskap i Hafslundkonsernet. Oslo Energi utførte alle kraftkontrakter, herunder prissikringsavtaler, for samtlige salgsselskaper i konsernet.
- (3) På bakgrunn av denne henvendelsen innhentet Oslo Energi via en mekler tilbud på en prissikringsavtale. Dette ledet til at Oslo Energi og Energi E2 A/S, et større dansk konsern innen produksjon av og handel med energi, henholdsvis 23. og 25. september 2002 undertegnet kontrakt om prissikring av 324,12 GWh elektrisk kraft for året 2003. Sikret pris var 243 kroner pr. MWh. Prissikringen innebar at Energi E2 påtok seg den økonomiske risikoen for at gjennomsnittlig systempris i kontraktperioden oversteg den sikrede prisen. Med systempris forstås spotprisen som noteres time for time på kraftbørsen Nord Pool ASA. Oppgjør skulle i tilfelle skje ved årets slutt. Premien utgjorde kr 972.360. Kontrakten, som betegnes asiatisk opsjonskontrakt, er gjensidig bindende fra kontraktsinngåelsen.
- (4) Oslo Energi inngikk deretter en "back-to-back" avtale med Fredrikstad Energisalg AS som på alle punkter var identisk med avtalen inngått med Energi E2.

- (5) Prissikringsavtalen mellom Oslo Energi og Energi E2 er basert på Nordisk krafthandlerforenings standardbetingelser. Om virkningen av mislighold inneholder disse betingelsene blant annet følgende regler:

”6. FORSINKELSESENTE

Ved for sen betaling påløper forsinkelsesrente etter bestemmelser i norsk lov om renter ved forsinket betaling m.m. av 17.12.76 nr. 100.

7. HEVING OG ERSTATNING

Hver av partene skal ha rett til å heve denne kontrakt for såvidt gjelder fremtidige rettigheter og forpliktelser dersom den annen part vesentlig misligholder sine forpliktelser etter kontrakten.

En part skal alltid anses å ha misligholdt sine forpliktelser vesentlig dersom han fortsetter å misligholde sin betalingsplikt to uker etter at han er blitt oppfordret til å betale og varslet om at kontrakten ellers vil bli hevet.

...”

- (6) Punkt 11 fastsetter at eventuelle tvister skal løses etter norsk rett.
- (7) Oslo Energi mottok faktura for premien 2. oktober 2002. Betalingsbetingelsene var ”14 dage netto”. Selv om avtalen kunne indikere at 14-dagersperioden skulle regnes fra kontraktsdato, er partene enige om at premien forfalt til betaling 16. oktober.
- (8) Fakturaen opplyste verken om hvilken bankforbindelse Energi E2 benyttet, kontonummer eller swiftadresse. Swiftadresse er nødvendig ved overføring av penger til banker i utlandet. Ved forfall ringte en regnskapsmedarbeider i Oslo Energi til Energi E2 og ba om opplysninger om kontonummer mv. Hun fikk ikke kontakt med den aktuelle avdelingen i Energi E2, men vedkommende på sentralbordet lovet at noen skulle ta kontakt direkte med regnskapsmedarbeideren. Dette skjedde imidlertid ikke.
- (9) I telefaks datert 1. november 2002 til E2 opplyste Hafslund ASA at Oslo Energi var et heleid datterselskap. Det ble bedt om bekreftelse på at avtalen kunne overføres til Hafslund Delta AS. Slik bekreftelse ble gitt.
- (10) I telefaks til Energi E2 den 20. november 2002 ble det på ny bedt om bankens navn, kontonummer og swiftadresse slik at man kunne få betalt premien. Henvendelsen ble besvart neste dag ved at Energi E2 erklærte heving under henvisning til den for sene betalingen. Da kontonummer mv. ikke ble oppgitt, ble disse skaffet ved hjelp av mekleren, og premien ble etter dette overført den 29. november 2002.
- (11) På avtaletidspunktet var spotprisen på Nord Pool kr 181,67, mens den gjennomsnittlige spotprisen i oktober og november var henholdsvis kr 230,39 og kr 316,92 pr. MWh. På hevingstidspunktet var økningen aksellererende, og i januar 2003 kom den gjennomsnittlige prisen opp i kr 523,72.
- (12) Oslo Energi protesterte mot hevingen. Da innsigelsen ikke ble tatt til følge, tok Oslo Energi den 10. januar 2003 ut stevning mot Energi E2 med påstand om at hevingen var

uberettiget. I forbindelse med en omstrukturering av Hafslundkonsernet er nå Hafslund Strøm AS part i saken.

(13) Oslo tingrett avsa den 4. november 2003 dom med denne domsslutning:

- ”1. Energi E2 AS er uberettiget til å heve opsjonskontrakt med Oslo Energi AS datert 23.09.02.**
- 2. Energi E2 AS dømmes til å erstatte Oslo Energi AS saksomkostninger med kroner 98.700,- – nittiåttetusensyhundre – med tillegg av 12 % fra dommens forkynnelse til betaling skjer.”**

(14) Energi E2 anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ved utgangen av 2003 ble det klart hva snittprisen var og hvor stor utbetaling kontrakten ville gi dersom det ikke var grunnlag for heving. For lagmannsretten nedla derfor Hafslund Strøm AS med motpartens samtykke påstand om fullbyrdsdom.

(15) Borgarting lagmannsrett avsa den 11. april 2005 dom med denne domsslutning:

- ”1. Energi E2 AS frifinnes.**
- 2. Saksomkostninger tilkjennes verken for tingrett eller lagmannsrett.”**

(16) Dommen er avsagt under dissens.

(17) Hafslund Strøm AS har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse. Saken står for Høyesterett i det alt vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.

(18) *Den ankende part*, Hafslund Strøm AS, har i korte trekk anført:

(19) Det bestrides at den forsinkete betalingen utgjør et vesentlig mislighold – noe som forutsetter at Energi E2 hadde rimelig grunn til å si seg løs fra kontrakten. Spørsmålet må avgjøres på grunnlag av avtalens egne bestemmelser sammenholdt med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, men avtalen har betydelige likhetstrekk med en forsikringsavtale, og det må påvirke vurderingen av forsinkelsen.

(20) Ved den konkrete vurderingen må det tas utgangspunkt i at kontrakten gir anvisning på at Energi E2 må tåle en viss forsinkelse før den – isolert sett – kan anses som vesentlig. Det innrømmes at den aktuelle forsinkelsen, 36 dager, isolert sett er et betydelig tidsrom, og kan tale for en hevingsadgang. Men som følge av den manglende betalingsinformasjonen må Energi E2 selv bære risikoen for hele eller deler av denne perioden. Tidsmomentet kan dermed ikke alene begrunne at misligholdet er vesentlig.

(21) Avtalens art tilsier heller ikke at det var maktpåliggende med raskt oppgjør. Lagmannsrettens flertall tar feil når det uttaler at den inneholdt et ”betydelig risikoelement for begge parter.” Da Oslo Energi ved avtaleinngåelsen ble bundet til å betale premien, hadde selskapet ikke lenger noen spekulasjonsmulighet. Når forholdet er

at en part – slik som Energi E2 – kan dra fordeler av prisbevegelser, bør hevingsrett bare innrømmes dersom kreditor har gitt debitor en oppfordring til å oppfylle, eller dersom det foreligger frykt for manglende betalingsvilje eller -evne. Dette er ikke situasjonen i vår sak.

(22) Ved helhetsvurderingen må det også legges vekt på hvilke konsekvenser misligholdet har hatt for kreditor. Energi E2's interesser vil være godt ivaretatt ved kravet på forsinkelsesrente. Derimot vil heving ha store konsekvenser for Hafslund som blir påført et betydelig tap.

(23) Hafslund Strøm AS har nedlagt denne påstand:

- "1. Energi E2 A/S dømmes til å betale NOK 15.432.567,- til Hafslund Strøm AS med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente i medhold av morarenteloven § 3 regnet fra 20. januar 2004 til betaling skjer.**
- 2. Energi E2 A/S dømmes til å betale sakens omkostninger for samtlige retter med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente i medhold av morarenteloven § 3, fra forfall til betaling finner sted.**
- 3. Oppfyllelsesfristen for betaling er 14 dager regnet fra dommens forkynnelse."**

(24) *Ankemotparten*, Energi E2 A/S, har i korte trekk anført:

(25) Forsinkelsen var så betydelig at hevingen var rettmessig. Etter Energi E2's syn har lagmannsrettens flertall foretatt en korrekt og balansert avveining av de ulike momentene i saken.

(26) Det må foretas en helhetsvurdering av om forsinkelsen var vesentlig. Som ved andre former for mislighold må kreditor ha rimelig grunn for å si seg fri fra kontrakten, men vurderingen kan bli noe forskjellig ved ulike misligholdsvarianter og på ulike kontraktsområder.

(27) Ved vurderingen må det for det første legges vekt på forsinkelsens lengde. Manglende betaling av penger må i alminnelighet bedømmes strengere enn forsinkelse med prestasjon av andre ytelser. I vår sak er avviket betydelig både ved at misligholdet omfattet hele vederlaget, som utgjorde et betydelig beløp, og ved at forsinkelsen var betydelig. Da betalingsfristen dessuten var kort, innebærer dette at avviket i seg selv var vesentlig.

(28) Videre må det legges vekt på transaksjonens art. Selv om kjøpsloven ikke kommer direkte til anvendelse, har kontrakten så store likhetstrekk med kjøp at kjøpsloven og kilder knyttet til den må ha betydelig vekt. Da det dreier seg om kjøp på et særlig kommersielt område, kreves det mindre enn ellers for å konstatere vesentlighet. Kontrakten gjelder handel med et finansielt instrument, hvor rettidig oppgjør er særlig viktig. Som lagmannsrettens flertall har fremhevet, hadde dessuten Oslo Energi en spekulasjonsmulighet som det må legges vekt på.

(29) Det må også legges vekt på at det er tale om en avtale mellom profesjonelle parter – noe som tilsier særlig punktlighet ved oppgjøret. Forsinkelsen skyldes dessuten utelukkende

slurv og manglende oversikt hos Oslo Energi, mens Energi E2 ikke kan bebreides. Energi E2 hadde ingen plikt til å oppgi betalingsinformasjon på fakturaen – noe som heller ikke var selskapets praksis på det aktuelle tidspunktet. Energi E2 var heller ikke pliktig til å purre på oppgjøret.

- (30) Ved helhetsvurderingen kan det ikke legges vekt på misligholdets betydning for Energi E2 sammenholdt med konsekvensen av hevingen for Oslo Energi. Skulle konsekvensen for kreditor være relevant, kunne dette medføre at kreditorer med solid økonomi, som f.eks. banker, vanskelig vil kunne heve avtaler ved debtors mislighold.
- (31) Energi E2 A/S har nedlagt denne påstand:
- ”1. Lagmannsrettens dom pkt. 1 stadfestes.**
- 2. Hafslund Strøm AS tilpliktes å betale Energi E2 AS’ saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett, med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente i medhold av morarenteloven § 3, fra 14 dager etter forkynnelse av Høyesteretts dom til betaling skjer.”**
- (32) *Jeg er kommet til at anken fører fram.*
- (33) Vilkåret for heving er at den forsinkete betalingen utgjør et vesentlig mislighold. Forsinkelsen må ha et slikt omfang at kreditor har rimelig grunn til å gå fra avtalen.
- (34) Partene er som nevnt enige om at forfallsdatoen var 16. oktober 2002. Da heving ble erklært 21. november, var forfallsdatoen overskredet med 36 dager. Hensett til at spørsmålet er om Energi E2 denne dagen hadde adgang til å heve, må vurderingen ta utgangspunkt i dette tidsrommet.
- (35) Under forhandlingene har partene brukt atskillig tid på spørsmålet om kontrakten har størst likhetstrekk med en kjøpsavtale eller med en forsikringsavtale og om lovene om disse avtalene med tilhørende kilder kan gi veiledning. Jeg finner det klart at verken kjøpsloven eller forsikringsavtaleloven kommer til anvendelse – noe som heller ikke er anført. For mitt syn på saken finner jeg heller ikke grunn til å ta stilling til hvilken av disse kontraktstypene den aktuelle kontrakten har størst likhetstrekk med.
- (36) Vurderingen av om Energi E2 hadde rimelig grunn til å erklære heving må ta utgangspunkt i den aktuelle kontrakten sammenholdt med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Det må foretas en sammensatt vurdering hvor jeg ikke finner grunn til å gå inn på hvilke faktiske forskjeller det eventuelt er mellom for sen betaling og andre former for mislighold.
- (37) Tidsrommet fram til hevingen var som nevnt 36 dager. Denne forsinkelsen er betydelig og trekker isolert sett med tyngde i retning av at hevingen var rettmessig. Dette styrkes av at det er tale om en kontrakt mellom profesjonelle parter hvor det må kunne forventes punktlighet. Og det er ikke avgjørende at Energi E2 ikke purret på oppgjøret, idet standardvilkårene klart viser at det ikke kreves.
- (38) På den annen side indikerer bestemmelsen om purring i kontraktsvilkårenes § 7 andre ledd at det er forutsatt en viss romslighet før heving med grunnlag i manglende betaling kan erklæres. Selv om bestemmelsen om at en part ved purring kan utløse en 14-

dagersfrist, som må overholdes for å unngå heving, ivaretar et retts teknisk hensyn, kaster den også et visst lys over hva som skal til for at forsinkelsen kan anses vesentlig. Jeg viser til at i praksis vil forfallstiden som regel være overskredet med noen dager før det sendes ut purring. Når vilkårene krever at det må settes en frist på 14 dager for at vilkårene for heving alltid skal være oppfylt, ville tidsforløpet lett ha nærmet seg det aktuelle dersom Energi E2 hadde fulgt fremgangsmåten i kontraktsvilkårenes punkt 7 andre ledd.

- (39) Hvor langvarig forsinkelsen må være for å utgjøre vesentlig mislighold, beror blant annet på kontraktens art. I noen tilfeller tilsier hensynet til motparten at selv en kortvarig forsinkelse kan være vesentlig. Som eksempel nevnes aksjehandel på børs hvor muligheten for kurssvingninger tilsier at det etter kort tid må være åpning for dekningsalg dersom kjøperen misligholder sin betalingsplikt. Her vil også betalingsfristen være kort. Dette hensynet gjør seg ikke gjeldende i vår sak – noe som også illustreres av at betalingsfristen var 14 dager, som er en ordinær betalingsfrist ved utsendelse av faktura.
- (40) Før avtaleinngåelsen vurderte begge parter prisutsiktene for 2003. Oslo Energi vurderte hva man var villig til å betale for å oppnå den ønskete sikkerheten, mens Energi E2 vurderte hvilket vederlag man ville kreve for å overta risikoen. Men straks avtalen var inngått, var Oslo Energi pliktig til å betale premien uavhengig av om strømprisene skulle øke mindre enn selskapet hadde fryktet. Oslo Energi hadde da ingen mulighet for å innrette seg etter prisutviklingen, slik lagmannsrettens flertall synes å ha lagt til grunn, og som ankemotparten også har anført for Høyesterett. Det var utelukkende Energi E2 som kunne innrette seg, idet selskapet ved forsinket betaling kunne erklære heving dersom det så seg tjent med det, og fastholde kontrakten dersom det var gunstigst.
- (41) Ved helhetsvurderingen må det også legges vekt på partenes forhold. Energi E2 oversendte som nevnt en faktura som ikke inneholdt den nødvendige betalingsinformasjon for betaling over bank. Selv om dette rettslig sett ikke er påkrevd og ikke utgjør kreditormora, synes en slik praksis noe overraskende. Selskapet har for øvrig etter det opplyste endret sine rutiner fra og med 2003. Dette forholdet medførte at Oslo Energi måtte innhente de opplysningene som var nødvendige for å foreta betalingen.
- (42) Etter at fakturaen av rette vedkommende i Oslo Energi var klarert for utbetaling, henvendte som nevnt vedkommende regnskapsmedarbeider seg telefonisk til Energi E2 for å få de nødvendige opplysningene. Hun fikk ikke kontakt med noen som hadde disse opplysningene, men det ble lovet at noen fra Energi E2 skulle ta direkte kontakt med henne. Dette skjedde imidlertid ikke. Det kan ikke være tvilsomt at dette var en medvirkende årsak til forsinkelsen. Da regnskapsmedarbeideren 20. november på ny – denne gang over telefaks – anmodet om de nødvendige opplysningene, reagerte altså Energi E2 neste dag med å heve kontrakten. Det er etter mitt syn ikke tvilsomt at regnskapsmedarbeideren kan bebreides at hun ikke raskere fulgte opp denne første henvendelsen. Energi E2's unnlatte tilbakemelding – sett i sammenheng med den manglende informasjonen på fakturaen – får likevel etter mitt syn stor betydning for bedømmelsen av om forsinkelsen gav Energi E2 en rimelig grunn til å si seg ubundet av kontrakten.
- (43) Ved vurderingen må også konsekvensene av forsinkelsen for Energi E2 sammenholdes med konsekvensen av heving for Oslo Energi. Etter kontraktsforutsetningene var Energi E2's interesser godt ivare tatt ved at selskapet fikk forsinkelsesrente av premiebeløpet. Det

var tale om en debitor med utvilsom betalingsevne og –vilje. Det siste hadde Oslo Energi markert både ved forfall og ved henvendelsen 20. november. For Oslo Energi ville konsekvensene av heving bli betydelige ved at man ble uten dekning for den del av gjennomsnittsprisen som i 2003 oversteg det sikrede prisnivået. Med den aksellererende prisøkningen på hevingstidspunktet var det klart påregnelig at kontrakten ville kunne utløse en betydelig utbetaling som selskapet ved heving gikk glipp av.

- (44) Jeg er etter dette kommet til at vilkårene for heving ikke forelå, idet jeg legger betydelig vekt på at Oslo Energi forsøkte å oppfylle ved å innhente nødvendige opplysninger for å kunne betale premien, og at Energi E2 ved sitt forhold har medvirket til forsinkelsen.
- (45) Anken har ført fram, men jeg har funnet saken såpass tvilsom at saksomkostninger ikke bør tilkjennes for noen instans, jf. tvistemålsloven § 180 andre ledd sammenholdt med § 172 andre ledd.
- (46) Jeg stemmer for denne

D O M:

- 1. Energi E2 A/S dømmes til å betale til Hafslund Strøm AS 15 432 567 – femtenmillionerfirehundreogtrettitotusenfemhundreogsekstisju – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 20. januar 2004 til betaling skjer.
 - 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.
- (47) Dommer **Stabel**: Jeg er kommet til samme resultat som lagmannsretten. Forsinkelsestiden for betalingen var etter mitt syn så lang at de øvrige momenter i saken, som førstvoterende har gjort utførlig rede for, ikke kan få avgjørende betydning. Jeg tar her utgangspunkt i at det dreiet seg om en rent forretningsmessig transaksjon mellom to profesjonelle parter. Hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet tilsier da et strengt krav om punktlig oppfyllelse, slik at heving kan skje uten for mange individuelt tilpassete unntaksbestemmelser.
 - (48) Selv om jeg er enig med førstvoterende i at de helt spesielle hensyn som gjelder ved børshandel ikke er treffende for vår sak, gir likevel de store verdisvingningene i energimarkedet, og dermed usikkerheten med hensyn til hvem kontrakten til syvende og sist ville være lønnsom for, i noen grad grunnlag for tilsvarende vurderinger: Ved at betaling skjer nærmest mulig det tidspunkt der begge parter fortsatt ser seg tjent med avtalen, sikrer man frivillig og problemfri oppfyllelse. At dette konkret ikke var situasjonen i vår sak, har etter mitt syn mindre betydning.
 - (49) Begge parter var her å bebreide for at forsinkelsen oppsto. Jeg tilføyer likevel at det at nærmere betalingsopplysninger ikke fremgikk av fakturaen gjorde det vanskeligere, men ikke umulig, å betale i tide. Det var riktignok uheldig at telefonhenvendelsen til Energi E2s regnskapsavdeling ikke ble besvart som lovet. Jeg kan likevel ikke se at denne forsømmelsen kunne forsvare en total og langvarig passivitet fra Oslo Energis side i en situasjon der man var klar over betalingsforpliktelsen og forfallstiden. Dette understrekes

av det faktum at kontrakten var av stor økonomisk verdi for selskapet. At en heving ville kunne ramme hardt, vil jeg da legge mindre vekt på.

- (50) Dommer **Rieber-Mohn:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Matningsdal.
- (51) Dommer **Oftedal Broch:** Likeså.
- (52) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (53) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Energi E2 A/S dømmes til å betale til Hafslund Strøm AS 15 432 567 – femtenmillionerfirehundreogtrettitotusenfemhundreogseksisju – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 20. januar 2004 til betaling skjer.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.