

KJØPSLOVENS SONDRING MELLOM DIREKTE OG INDIREKTE TAP

En ansvarsbegrensningskonstruksjon

Kandidatnummer: 513

Leveringsfrist: 25. april 2008

Til sammen 17959 ord

24.04.2008

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Tema og rettslig plassering	1
1.2	Rettskildesituasjonen	2
1.3	Den videre fremstilling	3
2	<u>HISTORIKK OG LEGISLATIV BEGRUNNELSE</u>	5
2.1	Historikk	5
2.2	Sondringens legislative begrunnelse	9
2.2.1	Generelt	9
2.2.2	En rimelig risikofordeling	10
2.2.3	Samsvar med kontraktspraksis	13
2.2.4	Et balansert erstatningsansvar	17
2.2.5	Oppsummering	19
3	<u>INDIREKTE TAP</u>	20
3.1	Introduksjon	20
3.2	Driftsavbrudd, kjøpsloven § 67 annet ledd litra a	23
3.2.1	Generelt	23
3.2.2	Kvantitative og kvalitative reduksjoner	24
3.2.3	Beregning av erstatningsbeløpet	25
3.2.4	Forholdet mellom kjøpsloven § 67 annet ledd litra a og c	26
3.2.5	Hvilke former for tappt fortjeneste vil utgjøre direkte tap?	26
3.2.6	Rekkevidden av ansvarsbegrensingen	28
3.3	Avsavnstap, kjøpsloven § 67 annet ledd litra b	29
3.3.1	Generelt	29

3.3.2	Beregning av erstatningsbeløpet	31
3.3.3	Rekkevidden av ansvarsbegrensingen	31
3.4	Tapt fortjeneste, kjøpsloven § 67 annet ledd litra c	32
3.4.1	Generelt	32
3.4.2	Beregning av erstatningsbeløpet	34
3.4.3	Annet tap som følge av at kontrakt med tredjemann faller bort eller ikke blir riktig oppfylt	34
3.4.4	Skadelidte må ha misligholdt sin tapsbegreningsplikt	36
3.5	Ansvar for tingens skadelige egenskaper, kjøpsloven § 67 annet ledd litra d	37
3.5.1	Generelt	37
3.5.2	Forholdet til deliktserstatningsretten og produktansvarsloven	38
3.5.3	Tap som etter bestemmelsen utgjør direkte tap	40
3.5.4	Tap som etter bestemmelsen utgjør indirekte tap og rekkevidden av ansvarsbegrensingen	43
3.6	Konverteringsreglene i kjøpsloven § 67 tredje ledd	45
3.6.1	Generelt	45
3.6.2	Utgifter for å kompensere for misligholdet, kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a	46
3.6.3	Utgifter pådratt for å begrense direkte tap, kjøpsloven § 67 tredje ledd litra b	48
3.6.4	Erstatning i forbrukerkjøp, kjøpsloven § 67 tredje ledd litra c	50
<u>4</u>	<u>PROBLEMATISERING OG KRITIKK</u>	<u>52</u>
4.1	Tolkingsproblemer	52
4.2	Kompleksitet	54
4.3	Rettspolitisk diskutabile utfall	54
4.4	Lite ansvarsbegrensing	56
4.5	Mottakelse i næringslivet	57
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING OG FORSLAG TIL ENDRING</u>	<u>60</u>
	<u>LOVTEKST</u>	<u>A</u>

<u>UTENLANDSK LOVTEKST</u>	<u>A</u>
<u>KONVENSJONER</u>	<u>A</u>
<u>FORARBEIDER</u>	<u>B</u>
<u>UTENLANDSKE FORARBEIDER</u>	<u>B</u>
<u>RETTSPRAKSIS</u>	<u>C</u>
<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>C</u>
<u>STANDARKONTRAKTER</u>	<u>E</u>
<u>MEDDELELSER</u>	<u>I</u>

1 Innledning

1.1 Tema og rettslig plassering

Avhandlingen behandler og problematiserer kjøpslovens sontring mellom direkte og indirekte tap, slik denne er regulert i § 67. Sondringen mellom direkte og indirekte tap utgjør en del av regelsettet for utmåling av erstatning ved mislighold av en kjøpsavtale, såkalt erstatning for den positive kontraktsinteresse. Slik erstatning skal kompensere for tapene som oppstår hos kjøper eller selger som følge av den annen parts mislighold. Siden tapene kan bli svært omfattende har man på ulike måter innført begrensingsmekanismer i loven. Sondringen mellom direkte og indirekte tap er i denne sammenheng av sentral betydning.

Flere ulike former for tap kan oppstå hos en part som følge av den annen parts mislighold. Kjøpsloven deler de ulike tapspostene inn i de to kategoriene direkte og indirekte tap. Det er sammenheng mellom ansvarsgrunnlagene på den ene siden og erstatningsutmålingen på den annen. Kort fortalt er erstatningsansvaret ved kontrollansvaret begrenset til å omfatte de direkte tapene, mens man ved særskilt ansvarsgrunnlag slik som culpa-, garanti- eller tilsikringsansvar også kan få erstattet de indirekte tapene, jf. kjøpsloven §§ 27, 40, 41, 57 og 67. Avgrensingen av de direkte tapene mot de indirekte tapene er en lovfestet kvalitativ ansvarsbegrensning basert på tapets art.

Et kjennetegn ved de indirekte tapene er at de representerer de mer avledede følger av misligholdet. Et eksempel på en slik følge er tapt fortjeneste som oppstår fordi kjøpers kontrakt med tredjemann ikke kan oppfylles. Selv om de indirekte tapene gjelder avledede

følger av misligholdet, betyr ikke dette at disse tapene automatisk er upåregnelige etter kjøpsloven § 67 første ledd annet punktum.

De direkte tapene omfatter tapsposter som antas å være mer typiske og nærliggende følger av misligholdet, f.eks. konkrete utlegg som en kjøper har hatt. På grunn av koblingen til ansvarsgrunnlagene, vil det i en misligholdssituasjon vanligvis være noe lettere å få erstatning for de direkte tapene enn for de indirekte tapene, ettersom det som regel er enklere å påvise kontrollansvar enn særskilt ansvarsgrunnlag.

Sondringen mellom direkte og indirekte tap gjelder både for selgers og kjøpers erstatningsansvar, med den reservasjon at skillet ikke er innført i forbindelse med kjøpers betalingsmislighold. Lovgiver antok at indirekte tap vanskelig kunne tenkes å oppstå i slike situasjoner.¹ Under enhver omstendighet er nok ansvarsbegrensingen mest praktisk ved selgers mislighold, ettersom de tapene som regnes som indirekte, er slike som typisk oppstår ved selgers misligholder overfor kjøper.

1.2 Rettskildesituasjonen

De rettskildene som benyttes i avhandlingen er først og fremst lovteksten i kjøpsloven og kjøpslovens forarbeider. Kjøpsloven gjennomfører FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp ("CISG") til norsk rett. Sondringen mellom direkte og indirekte tap har imidlertid intet motstykke i CISG, og konvensjonen og kilder tilknyttet denne får ikke rettskildemessig betydning.

Forarbeidene til kjøpsloven er annerledes enn det vi er vant til fra de fleste andre lover, ettersom loven ble til i fellesnordisk samarbeid. De mest sentrale forarbeidene er den fellesnordiske utredningen NU 1984:5 og den norske proposisjonen Ot.prp. nr. 80 (1986-1987).

¹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 108-109.

På grunn av lovsamarbeidet er store deler av de nordiske kjøpslovene likeartet, og både den svenske og den finske kjøpsloven inneholder en sontring mellom direkte og indirekte tap. Selv om sontringene ikke er identiske med den norske, vil rettskilder tilknyttet disse kunne ha rettskildemessig relevans også for tolkingen av den norske reguleringen. Dette gjelder spesielt hvor det er sparsomt med øvrige rettskilder å bygge på.

Kjøpsloven har dannet grunnlaget for flere av våre øvrige kontraktslover, og regler om tapsdifferensiering er tatt inn i flere av disse. Avhendingslovens system er tilnærmet en blåkopi av kjøpslovens regulering. Rettskilder tilknyttet avhendingsloven og øvrige kontraktslover kan derfor også få relevans.

Kjøpsretten er en sentral sivilrettslig disiplin, men ettersom skillet mellom direkte og indirekte tap er relativt nytt, har Høyesterett hittil bare i noen få rettsavgjørelser fått spørsmål om skillet til vurdering. Det er altså lite rettspraksis på området, noe som gjør at man i forbindelse med enkelte problemstillinger havner i en situasjon hvor det finnes få autoritative rettskilder å bygge på. Juridisk teori og reelle hensyn vil kunne gi en viss veiledning i slike tilfeller.

1.3 Den videre fremstilling

Avhandlingen behandler kjøpslovens sontring mellom direkte og indirekte tap, men setter også ansvarsbegrensningskonstruksjonen i et rettspolitisk kritisk søkelys. I kapittel 2 vil det først redegjøres for den historiske bakgrunnen for ansvarsbegrensningskonstruksjonen. De hensyn som lovgiver har lagt vekt på ved innføringen, vil også bli behandlet. Samlet danner dette et naturlig bakteppe for den videre fremstilling.

Kapittel 3 er avhandlingens sentrale del. Her gis det en fremstilling av gjeldende rett med hensyn til hva som utgjør de indirekte tap. Også enkelte problemer knyttet til tolkingen og anvendelsen av reglene vil bli fremhevet.

Kapittel 4 inneholder en problematisering og kritikk av ansvarsbegrensingskonstruksjonen, hovedsakelig basert på det som har fremkommet gjennom avhandlingens øvrige kapitler.

Kapittel 5 oppsummerer avhandlingen og gir forslag til endring av rettsstillingen.

2 Historikk og legislativ begrunnelse

2.1 Historikk

Før sontringen mellom direkte og indirekte tap kom inn i norsk rett med kjøpsloven av 1988, var rettsreglene for kjøp på flere områder annerledes enn i dag. Reglene om erstatningsansvar ved mislighold i den norske kjøpsloven av 1907 og de øvrige nordiske kjøpslovene hadde det grunntrekk at de var forskjellige avhengig av kjøpets art. Ved kjøp av standardiserte ting (genuskjøp) var ansvarsgrunnlaget objektivt med unntak for force majeure, mens ved kjøp av individuelle ting (specieskjøp) var ansvarsgrunnlaget culpa. Dette gjaldt både ved forsinkelser og mangler. Ingen av de nordiske kjøpslovene inneholdt noen differensiering av de tap som kunne oppstå på skadelidtes hånd. Dersom erstatningsansvar først var konstatert, hadde skadelidte i prinsippet krav på erstatning for alle sine lidte tap. Også under kjøpsloven av 1907 fantes begrensingsregler, som i tråd med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper kunne redusere ansvaret for et oppstått tap, men disse var ikke basert på en differensiering av ulike tapsposter.

Erstatningsansvaret i kjøpsloven av 1907 ble av markedsaktørene vurdert som strengt, og dette foranlediget at det i kjøpsavtalene ble utviklet ulike teknikker som hadde til hensikt å begrense et mulig erstatningsansvar. Særlig det strenge ansvaret ved genuskjøp skapte en tradisjon for ansvarsfraskrivelser.

På 1970-tallet ble det igangsatt forberedelser til en revisjon av kjøpslovene i de nordiske landene. I NOU 1976:34 ble reglene om selgers erstatningsansvar ved mislighold drøftet, men lovutvalget ønsket ikke å fjerne skillet mellom genus- og specieskjøp. Man ga uttrykk for at ulike former for ansvarsfraskrivelser i kontrakt i stedet kunne være et nyttig

virkemiddel for å oppnå en rimelig ansvarsregulering i det enkelte tilfellet. Utvalget anbefalte ikke noen lovfestet tapsdifferensiering, dersom erstatningsansvar ble konstatert, skulle erstatningen utgjøre hele den positive kontraktsinteresse. Det ble ikke ansett for å foreligge tilstrekkelig sterke grunner for at såkalte ”konsekvensskader” skulle stå i en annen erstatningsrettslig stilling enn andre tap.²

Det var det svenske lovutvalget som startet utviklingen av det som skulle bli dagens skille mellom direkte og indirekte tap. I utredningen SOU 1976:66 ble det gitt uttrykk for at ansvarsulikheten ved henholdsvis genus- og specieskjøp hadde lite for seg. Et felles ansvarsgrunnlag ble foreslått innført for alle typer kjøp. I tillegg foreslo lovutvalget at det skulle innføres en ordning hvor tapsdekningen varierte med de eksponerte interessene på kjøpersiden. Tanken om å dele tapspostene inn i direkte og indirekte tap ble introdusert for det svenske lovutvalget av den sakkyndige professoren Jan Hellner, som tidligere, under inspirasjon av den amerikanske Uniform Commercial Code (UCC), hadde argumentert for innføring av en slik tapsdifferensiering i en artikkel i *Scandinavian studies in Law* fra 1966.³ I UCC gikk det et skille mellom ”incidental damages” og ”consequential damages”, som langt på vei tilsvarer det vi i dag kaller ”utlegg” (direkte tap) og ”følgetap” (indirekte tap).⁴

Det svenske lovforslaget fikk en blandet mottakelse hos høringsinstansene. En del mente at den nye erstatningsreguleringen hadde blitt unødige komplisert og ville være vanskelig å praktisere.

I 1980 ble CISG vedtatt på diplomatkonferansen i Wien. Konvensjonen inneholder erstatningsregler basert på ansvarsgrunnlaget kontrollansvaret, som gjelder for alle typer kjøp. Det finnes ingen regler om tapsdifferensiering. Etter art. 74 plikter skadevolder som utgangspunkt å dekke samtlige oppstått tap hos skadelidte. En sentral begrensingsfaktor av

² NOU 1976:34 s. 29-30.

³ Hellner (1966) s. 37 flg.

⁴ SOU 1976:66 s. 161.

en annen art er imidlertid nedfelt i samme artikkel. Denne går ut at kun forutseelige og normale tap på avtaletidspunktet skal anses erstatningsmessige. Prinsippet har røtter både i angloamerikansk og fransk rettstradisjon, og reflekteres i dag i kjøpslovens påregnelighetsvilkår i kjøpsloven § 67 første ledd annet punktum.

CISG ble ratifisert av de nordiske landene, men det ble tatt naboforbehold etter konvensjonens art. 94 slik at man kunne opprettholde en felles kjøpsrettslig regulering for nordiske kjøp. De nordiske landene ønsket imidlertid også å modernisere sin kjøpsrettslovgivning, både for å oppnå enda større grad av rettsenhet og for at lovene skulle ligne mest mulig på CISG. Det ble nedsatt en fellesnordisk arbeidsgruppe som skulle fortsette arbeidet med revisjon av de nordiske kjøpslovene. Arbeidet resulterte i fellesutredningen NU 1984:5.

Arbeidsgruppen mente at CISGs kontrollansvar burde innføres som felles ansvarsgrunnlag for alle typer kjøp, både ved forsinkelser og mangler. Innføringen av et skille mellom direkte og indirekte tap for mangelssituasjonene ble også drøftet. Det ble som utgangspunkt ansett for å være større grunn til å la selgeren bære et strengt ansvar for skader som var en direkte følge av misligholdet, enn for tap som i større grad var avhengig av kjøpers individuelle forhold.⁵ Å innføre et lovfestet skille ble imidlertid avvist, med den begrunnelse at det ville være problematisk å finne en formålstjenlig og konsekvent grensdragning. Tap som i et kjøpsforhold hadde karakteren av å være direkte, kunne i et annet kjøpsforhold ha karakter av et indirekte tap. Ulempene knyttet til en tapsdifferensiering ble med andre ord antatt å være større enn fordelene.⁶

I det norske utkastet ble det likevel tatt inn et forslag til en regel om hvordan kontraktsklausuler som avgrenset ansvaret mot indirekte tap, konsekvenstap eller liknende

⁵ Utdypes i punkt 2.2.2.

⁶ NU 1984:5 s. 183 flg.

skulle forstås. Bestemmelsen skulle fungere som en tolkingsregel for de tilfeller der en slik tapsdifferensiering var regulert i kontrakt.⁷

Et av arbeidsgruppens medlemmer, den svenske professoren Lars Hjemer, var ikke enig i arbeidsgruppens foreslåtte ansvarsregulering. Han mente den var for komplisert, og at særlig kontrollansvaret ville skape tolkingsproblemer.⁸ Enkelte av høringsinstansene var enige i dette. Det kom dessuten fra næringsviden innvendinger mot det som ble oppfattet som et strengere erstatningsansvar for selger i forhold til det som hadde fulgt av 1907-lovens regler.⁹ Ettersom det tidligere culpaansvaret ved specieskjøp var tenkt avløst av det strengere kontrollansvaret, mente næringsaktørene at erstatningsansvaret alt i alt ville bli mer tyngende.

I de etterfølgende nordiske departementsdrøftelsene vendte man igjen tilbake til diskusjoner omkring en lovfastsatt alminnelig inndeling mellom direkte og indirekte tap. Det ble bestemt at det skulle foreslås tatt inn en slik sonndring i de svenske, finske og norske lovene, på tross av ulempene man tidligere hadde påpekt.¹⁰

I Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) ble det foreslått innført en sonndring hvor ansvaret ved kontrollansvaret var avgrenset til å dekke kun de direkte tap, mens skadevolder ved særskilt ansvarsgrunnlag også skulle dekke de indirekte tap. Siden sonndringen hadde vært drøftet på fellesnordisk departementsnivå, ble utformingen av reglene i Sverige, Finland og Norge det vesentlige sammenfallende. Det ble dessuten bestemt at den samme tapsdifferensieringen skulle innføres ved kjøpers mislighold overfor selger.

⁷ NU 1984:5 s. 116 (utkastets § 71 annet ledd).

⁸ NU 1984:5 s. 395 flg.

⁹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 36.

¹⁰ Håstad (2003) s. 203.

I Innst.O nr. 51 (1987-1988) sluttet justiskomiteen seg til den norske Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) hva angikk erstatningsreguleringen, og lovteksten ble vedtatt i uendret form av Stortinget.¹¹

2.2 Sondringens legislative begrunnelse

2.2.1 Generelt

I dette punktet skal det fokuseres på lovgivers begrunnelse for innføringen av en sontring mellom direkte og indirekte tap. Det lar seg gjøre å sortere ut tre hovedbegrunnelser. Disse blir behandlet i hvert sitt underpunkt. Før jeg går nærmere inn på dem vil jeg tegne opp et bakteppe for reguleringen basert på sentrale hensyn i kjøpsretten.

Ansvarsbegrensingskonstruksjonen er som antydnet en regulering som er forholdsvis ny. Den bygger ikke på noen tradisjon i norsk eller nordisk obligasjonsrett. Obligasjonsretten er et rettsområde hvor det kan argumenteres for at man bør etterstrebe stabilitet i regelutformingen over tid, av hensyn til forutberegnelighet og regeldannelse. De nordiske kjøpslovene hadde på 1900-tallet sentrale roller i utviklingen av obligasjonsrettslige prinsipper, og i Danmark valgte man blant annet av denne grunn å ikke vedta noen ny kjøpslov på 1980-tallet.

En viktig årsak til at de nordiske landene tok naboforbehold fra CISG som nevnt over, var hensynet til at næringslivsaktørene som opererte i og mellom landene skulle slippe å måtte forholde seg til det nye og mer kompliserte regelsettet i CISG. Da fremstår det som lite hensiktsmessig at man likevel valgte å innføre en ny og komplisert ansvarsbegrensingskonstruksjon i de nordiske kjøpslovene.

Som nevnt har sontringen mellom direkte og indirekte tap ikke noe motstykke i CISG, selv om de nye nordiske kjøpslovene i grunntrekk ble bygget opp etter mønster av

¹¹ Forhandl. i Odelstinget 1988, Besl. O nr. 65 og 66 (1987-1988) og Forhandl. i Lagtinget 1988.

konvensjonen. En målsetning som til dels strider mot hensynet til regeldannelse i obligasjonsretten, er at man i sivilretten den senere tiden har fokusert på å skape et regelsystem som i størst mulig grad er felles for flere land, av hensyn til den internasjonale handel og for å skape en felles juridisk referanseramme. Dette er blant annet CISG et ledd i etterstrebelen av.¹² Den særnordiske sondringen mellom direkte og indirekte tap står i et motsetningsforhold til dette.

Ansvarsbegrensingen basert på skillet mellom direkte og indirekte tap plasserer seg altså på tvers av både hensynet til regeldannelse i obligasjonsretten og siktemålet om å skape en felles juridisk referanseramme for de europeiske landene gjennom CISG. Mot denne bakgrunnen blir det berettiget å stille spørsmål ved om den anførte begrunnelse for innføringen av sondringen og innholdet av den regulering vi har fått, veier opp for de ulemper som er knyttet til den. Denne problemstillingen skal nå forfølges ved at de i forarbeidene anførte tre hovedbegrunnelser gjennomgås. Deretter vil hensiktsmessigheten av reguleringens innhold bli nærmere vurdert i kapittel 3 og 4.

2.2.2 En rimelig risikofordeling

I forarbeidene til kjøpsloven blir det fremholdt at en sondring mellom direkte og indirekte tap er rasjonelt i seg selv.¹³ De direkte tapene beskrives som ”tap som er av en slik art og størrelse at de normalt inntreer ved det aktuelle kontraktsbrudd”, slik at det er rimelig med et strengt ansvar i form av kontrollansvar for slike tap.¹⁴ Eksempler på direkte tap er utlegg man har hatt som en direkte følge av misligholdet. De indirekte tapene beskriver forarbeidene derimot som ”mer eller mindre fjerntliggende tapsposter som er vanskelig kalkulerbare på forhånd”, og slike tap erstattes bare hvor selger har utvist culpa (eller annet særskilt ansvarsgrunnlag foreligger). Det trekkes dermed ganske snevre grenser for når

¹² Se fortalen til CISG annet og fjerde ledd.

¹³ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 36 og Herre s. 420.

¹⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 40.

disse tapene må erstattes.¹⁵ Eksempler på indirekte tap som nevnes i forarbeidene er avsnstap og tap i kontrakter med tredjemann.

Hensikten med sontringen er å skille ut de mer uvisse tapsrisikoer og reservere dekning for disse til de tilfellene der det foreligger særlige forhold som gjør det urimelig å begrense skadevolderens ansvar. Uvissheten kan gjelde risikoens art eller størrelse.¹⁶

I forlengelsen av dette blir det naturlig å anta at de tapene som vil plassere seg i kategorien direkte tap, er slike som vil oppstå i de fleste misligholdssituasjoner, dvs. hos de fleste skadelidte, mens de indirekte tapene derimot vil være mer partsspesifikke. Dette er også antatt i den juridiske teori.¹⁷ Krüger kaller skillet mellom direkte og indirekte tap et system for ”tapsnormalisering”, en karakteristik som fremstår som treffende.¹⁸

Forarbeidene fremhever også at de indirekte tapene ofte vil være av en slik art at det er den skadelidte som ”har de beste muligheter for å forutse tapene og deres mulige omfang og til å forsikre seg mot dem”.¹⁹ Videre pekes det på at de ”i högre grad er beroande av köparens individuelle förhållanden”.²⁰ Gjennom disse uttalelsene ser vi tydelig sontringens betydning som risikofordelingsinstrument i kjøpsretten. De tapene som regnes som indirekte, er ofte partsavhengige, og dermed vanskelige å forutse eller beregne for skadevolder. Skadelidte kjenner selv sin egen virksomhet og hvordan den er bygget opp. Han vil også være nærmest til å vite noe om sin egen risikoutsatthet og hvilke indirekte tap som kan bli resultatet av mislighold. På bakgrunn av dette vil det også være lettere for skadelidte å forhandle seg frem til en forsikringsløsning med tredjemann med sikte på å få dekket slike tap dersom de skulle oppstå.

¹⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 39.

¹⁶ Bergem, Konow og Rognlien (2008) s. 336.

¹⁷ Se blant annet Hagström (2005) s. 278 og Håstad (2003) s. 200-201.

¹⁸ Krüger (1999) s. 508

¹⁹ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 36.

²⁰ NU 1984:5 s. 187.

Som en følge av det som nå er nevnt, kan det hevdes at skadelidte alt i alt er nærmest til å bære risikoen for de indirekte tap som måtte oppstå. Håstad fremhever at skader som beror på hva den skadelidte kjøper har tenkt, besluttet eller avtalt om tingens bruk, bør bæres av kjøperen selv, og ikke veltes over på selger slik at man risikerer at resultatet blir en prisstigning på varen som vil være til ulempe for alle kjøpere.²¹

Et eksempel kan illustrere dette: Stålplateprodusent A prioriterer å ha et stort råvarelager av jernmalm til enhver tid. Han vil kunne forsette produksjonen selv om hans leverandør av jernmalm blir flere uker forsinket med en leveranse. Stålplateprodusent B benytter samme leverandør av jernmalm, men har et lite råvarelager. Når leverandøren blir forsinket også overfor B, får dette den konsekvens at B går tom for jernmalm etter bare noen få dager, og må innstille stålplateproduksjonen. B påføres tap som følge av driftsavbrudd, og dette er et indirekte tap etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra a. Forutsatt at leverandøren kun er erstatningsansvarlig overfor begge stålplateprodusentene etter kontrollansvaret, skal han overfor både A og B kun erstatte de direkte tapene. B må selv bære risikoen for det tap han har blitt påført som følge av driftsavbrudd. Tapet kan sies å være en konsekvens av måten han har valgt å innrette sin virksomhet på.

Det kan innvendes at det ofte bare er det indirekte tapets størrelse som er vanskelig å forutse, og ikke den indirekte tapsposten i seg selv. Det forekommer nok relativt ofte at skadevolder er kjent med at et indirekte tap som f.eks. driftsavbruddstap etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra a kan oppstå hos skadelidte som følge av misligholdet. Det kan imidlertid ofte være stor usikkerhet knyttet til størrelsen på dette tapet. Slik jeg ser det er alene det faktum at de indirekte tapspostene etter sin art ofte kan bli uoverskuelige i størrelse, tilstrekkelig til å begrunne at en avgrensing mot slike tap prinsipielt sett er å anse som rimelig, begrunnet i hensynet til en rimelig risikofordeling.

²¹ Håstad (2003) s. 200-201.

2.2.3 Samsvar med kontraktspraksis

Et argument som benyttes i forarbeidene til de nordiske kjøpslovene, er at en sontring mellom direkte og indirekte tap bringer kjøpslovens regler om erstatningsansvar mer i tråd med kontraktspraksis. I Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) uttales det at det i kontraktspraksis har vært ganske vanlig at selgere har fraskrevet seg ansvar for indirekte tap.²² Det nevnes imidlertid ikke hvilken kontraktspraksis som har blitt studert i denne forbindelse. Heller ikke NU 1984:5 gir noe veiledning om hvilken kontraktspraksis det kan være tale om.

Verken de svenske eller finske lovforarbeidene nevner eksplisitt hvilke standardkontrakter som har vært studert. I den svenske proposisjonen gis det imidlertid en beskrivelse av hvordan de aktuelle ansvarsbegrensingsklausulene skal ha vært utformet. Det nevnes at det i kontraktspraksis har vært vanlig at selgers ansvar på ulike måter har vært begrenset, f.eks. ved at det bare har vært pålagt erstatningsansvar for visse tap og ikke for andre. Det bemerkes likevel at det nok har vært vanligere at selger overhodet ikke har hatt noe ansvar for indirekte tap, enn at han har hatt slikt ansvar ved særskilt ansvarsgrunnlag som f.eks. grov uaktsomhet.²³

I den norske odelstingsproposisjonen blir ønsket om samsvar mellom kjøpslovens deklarasjonelle regler og kontraktspraksis begrunnet med at man ved å lovfeste en sontring mellom direkte og indirekte tap ville kunne redusere behovet for slike ansvarsbegrensingsregler i kontrakt.²⁴ I de svenske forarbeidene fremheves det at på grunn av sin utbredelse måtte sontringen reflektere en ansvarsbegrensingskonstruksjon som næringslivets aktører fant rimelig og hadde behov for.²⁵

Forarbeidene fremhever også at man med en lovfestet sontring mellom direkte og indirekte tap i tillegg kan oppnå at de kontraktsparter som ikke har ”innsikt eller mulighet til å

²² Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 36.

²³ Prop. 1988/1989:76 s. 46 flg.

²⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 36.

²⁵ Prop. 1988/1989:76 s. 47 og Åslund s. 27.

betinge seg slik fraskrivning” vil få en bedret stilling når de, av mangel på avtalefestede begrensingsklausuler, må falle tilbake på kjøpslovens regler.²⁶ En bakgrunnsrett i tråd med den regulering som innsiktsfulle parter vil kreve inntatt i en avtale, vil være gunstig for den part som ikke ellers vil kunne oppnå tilsvarende kontraktsregulering. I den svenske proposisjonen nevnes små foretak og privatpersoner som opptrer som selgere som eksempler på slike.²⁷ Man ser her et innslag av beskyttelse av den svakere kontraktspart.

Begrunnelsen som er gjengitt er tilsynelatende fornuftig. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om ansvarsbegrensingskonstruksjoner tilsvarende de vi i dag finner i de nordiske kjøpslovene virkelig hadde særlig stor utbredelse i kontraktspraksis før kjøpslovene ble utarbeidet. Som nevnt ble det bemerkt i den svenske proposisjonen at det trolig var vanligere i kontraktspraksis at selger overhodet ikke hadde noe ansvar for de indirekte tapposter, enn at han skulle bære slikt ansvar ved f.eks. grov uaktsomhet.

Dersom man studerer enkelte sentrale nordiske kjøpsrettslige standardkontrakter fra tiden før kjøpslovene, vil man se at dette ikke er den eneste forskjellen mellom kontraktspraksis og kjøpslovene som er verd å merke seg.

NL- og NLM-kontraktene gjelder kjøp (og eventuelt montering) av maskiner og annet mekanisk, elektrisk og elektronisk utstyr, og er utarbeidet av sentrale representanter fra verkstedsindustrien. Kontraktene har sin bakgrunn i den grunnleggende internasjonale standardkontrakten ECE 188 fra 1950-tallet, og har gjennom flere tiår vært viktige bransjestandarder for denne typen næringsvirksomhet. Erstatningsansvaret i NL- og NLM-kontraktene var ulikt for forsinkelser og mangler. Frem til 1980-tallet inneholdt standardkontraktene klausuler om at selgers erstatningsansvar ved mangler var avgrenset mot indirekte tap. Avgrensingen var konstruert på den måten at selger bare var ansvarlig for indirekte tap i tilfelle av grov uaktsomhet. En slik reservasjon ville man også trolig kunne oppstille etter en regel som hadde utviklet seg i rettspraksis om gjennomskjæring av ansvarsbegrensinger ved forsett eller grov uaktsomhet hos skadevolder. Det totale

²⁶ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 36.

²⁷ Prop. 1988/1989: 76 s. 47.

erstatningsansvaret ved mangler kunne ikke overstige 15 % av kjøpesummen. Etter NL 70 bar selger overhodet intet erstatningsansvar for tap som følge av mangler. Ved forsinkelse opererte kontraktene med et dagmulksystem hvor erstatning påløp med en ukentlig sats, og var begrenset oppad til maksimalt 15 % av kjøpesummen.²⁸ Samlet sett innebar reguleringene i NL- og NLM-kontraktene langt mer vidtgående ansvarsbegrensinger enn den kjøpsloven opererer med.

NLG-kontrakten har også vært benyttet av verkstedindustrien i ulike utgaver siden 50-tallet. Denne regulerer kjøp av støpegods i og mellom de nordiske landene. Ved å studere enkelte av utgavene som ble utgitt før kjøpslovens tilblivelse, ser man at ved heving på grunn av forsinkelse hadde kjøper krav på erstatning for de utgifter som med rimelighet hadde blitt påført ham ”i forbindelse med oppfyllelse av hans forpliktelse i henhold til kontrakten”. Tapene det her er snakk om er trolig slike som har oppstått i forbindelse med avhenting av tingen og lignende, og tapsposten det ytes erstatning for minner om tapsposten ”utlegg”, som etter kjøpsloven utgjør en direkte tapspost. Ved mangler hadde selgeren intet erstatningsansvar. Han hadde i stedet et relativt omfattende ansvar for retting og omlevering, samt et subsidiært erstatningsansvar for kjøpers kostnader til avhjelp hos tredjemann.²⁹ NLG-kontrakten inneholdt dermed ingen sonndring mellom direkte og indirekte tap, selv om ansvarsbegrensingen om at bare en bestemt tapspost var å anse som erstatningsmessig i og for seg må sies å avgrense mot typiske indirekte tap. Reguleringen avskjærer imidlertid erstatning også for en rekke andre tapsposter som etter kjøpsloven er direkte tap.

NLS-kontrakten gjelder kjøp av standardvarer som skruer, spiker, komponenter og andre mengdevarer, og har også vært en viktig standardkontrakt innen verkstedsindustrien. Utgavene fra tiden før kjøpsloven bestemte at ved heving på grunn av selgers mangler eller forsinkelse hadde kjøper krav på erstatning for omkostninger han hadde blitt påført ved

²⁸ NLM 61 og NL 70 og 79.

²⁹ NLG 69 og 81.

anskaffelse av tilsvarende leveranse fra en annen.³⁰ Jeg tolker dette til å omfatte de direkte tapspostene som etter dagens kjøpslov kalles ”prisforskjell”, og til dels også ”utlegg” i forbindelse med dekningskjøp. Også i denne kontrakten opererte man altså med en positiv avgrensning av det tap som var erstatningsmessig. I tillegg var det tatt inn en avgrensning mot indirekte tap i et eget punkt som kun gjelder for produktskader.

Saleform-kontrakten for salg av skip er en standardkontrakt utarbeidet av Norsk Skipsmeglerforbund i samarbeid med Norsk Skipsmeglerforening. Denne har eksistert i ulike utgaver siden 1956, og inneholder ingen sontring mellom direkte og indirekte tap. Dersom ansvar først konstateres, skal selger av skipet erstatte kjøperens fulle tap.

Etter gjennomgangen av standardavtalene kan det altså se ut til at det i praksis var vanlig å begrense erstatningsansvaret, men at den løsning som har blitt valgt i de nordiske kjøpslovene ikke nødvendigvis reflekterer en utbredt kontraktspraksis. Det kan også se ut til at det var alminnelig med en positiv avgrensning av den eller de tapsposter som skadevolder var erstatningsansvarlig for. Dette innebar en begrensning av ansvaret, men ikke på den måte som ble lovfestet ved kjøpsloven. Selv om en avgrensning mot indirekte tap har forekommet i enkelte standardkontrakter, har denne vært kombinert med andre ansvarsbegrensingsregler som f.eks. beløpsbegrensinger. Det synes heller ikke å kunne påvises noen konsekvent metode å utforme klausulene om direkte og indirekte tap på i utbredte standardkontrakter.

Hvorvidt den i forarbeidene fremførte antakelse om at en ansvarsbegrensning i lov ville føre til mindre behov for ansvarsfraskrivelse i kontrakt har vist seg å holde stikk, blir gjort nærmere rede for i punkt 4.5.

³⁰ NLS 67 og 82.

2.2.4 Et balansert erstatningsansvar

En regulering av erstatningsansvar består av flere ulike regler som til sammen bestemmer hvor tyngende erstatningsansvaret er, f.eks. regler om ansvarsgrunnlag, tapsbegrensningsplikt, nettotap, adekvans og utmåling. Forholdet mellom utløsningsfaktorer og tapsutmåling under 1907-loven og under den regulering som ble foreslått innført ved kjøpsloven av 1988 kan gi et bidrag til forklaringen på hvorfor oppdelingen mellom direkte og indirekte tap ble innført.

Som nevnt hadde de nordiske kjøpslovene fra begynnelsen av 1900-tallet ulike regler om ansvarsgrunnlag ved mislighold for henholdsvis genus- og specieskjøp, men hvor tapspostene ikke var differensiert. Fjerningen av skillet mellom genus- og specieskjøp og innføringen av kontrollansvaret ble av næringsaktørene oppfattet som en innstramning av erstatningsansvaret i kjøpsretten, og innvendinger kom frem i høringsrundene. Dette var muligens en medvirkende faktor til at skillet mellom direkte og indirekte tap ble foreslått innført.³¹

Ved å avgrense erstatningsansvaret ved kontrollansvaret til kun å omfatte de direkte tap, hadde man trolig til hensikt å skape et erstatningsansvar som sett under ett var mer balansert. Lovgiver begrenset således ansvaret for skadevolder som kompensasjon for et ansvarsgrunnlag som var strengere enn det som hadde eksistert tidligere. I den norske odelstingsproposisjonen gis det uttrykk for at inndelingen mellom direkte og indirekte tap ”gjør det mulig å beholde et strengt ansvar for direkte tap”.³²

Det berettiger en viss kritikk dersom næringslivets innvendinger mot et strengere erstatningsansvar var medvirkende til at skillet mellom direkte og indirekte tap ble foreslått lovfestet. Innføring av et kontrollansvar til fortregning for det differensierte ansvarsgrunnlaget for genus- og specieskjøp medførte ikke nødvendigvis noen merkbar innstramning i erstatningsansvaret. Dette skyldes først og fremst kontrollansvarets indre

³¹ Krüger (1999) s. 441.

³² Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 36.

dynamikk. Riktig tolket vil kontrollansvaret formodentlig medføre et strengere ansvar for kjøp som gjelder artsbestemte ting som f.eks. epler, bildeler og ledninger, og et mildere ansvar for kjøp som gjelder individuelt bestemte ting som f.eks. skulpturer og antikviteter. Dette har sin bakgrunn i at det for artsbestemte ting vil være vanskeligere for en selger å godtgjøre at det har inntruffet en rettslig relevant hindring for kontraktmessig levering, men at det for individuelt bestemte ting vil være enklere å godtgjøre en slik hindring.

Det skal dessuten påpekes at det heller ikke under 1907-lovens regulering var så stor forskjell på ansvarsgrunnlagene for genus- og specieskjøp som man kan få inntrykk av. Praktiseringen av reglene førte etter hvert til at ansvarsgrunnlagene nærmet seg hverandre. Et sentralt eksempel gir dommen inntatt i Rt. 1970 s. 1059 (Knutelin). Denne gjaldt mislighold i form av forsinkelse ved kjøp av en loddenot. Dette var å anse som et genuskjøp, og selgers erstatningsansvar skulle derfor vurderes etter regelen om objektivt ansvar med unntak for force majeure. Årsaken til at noten hadde blitt forsinket, var dels at selger hadde tatt på seg for mange leveringsforpliktelser, og dels at selgers leverandør i Italia ikke klarte å levere tilstrekkelig knutelin til produksjonen. Selger ble frikjent for objektivt ansvar selv om de nevnte hindringene vel neppe kan karakteriseres som typiske force majeure-omstendigheter. Dommen går langt i å frikjenne selger, og indikerte at det i utgangspunktet strenge objektive ansvaret ved genuskjøp var i ferd med å nærme seg det mildere culpaansvaret ved specieskjøp. Gjennom domstolenes praktisering av ansvarsgrunnlagene oppstod det med andre ord en viss konvergens mellom dem.

De nevnte aspekter medførte at overgangen til et kontrollansvar ikke innebar noen dyptgripende endring fra de tidligere reglene om ansvarsgrunnlag, og ikke den innstramming som næringslivet hadde innvendinger mot. Det var da heller ikke så tungtveiende grunner for å innføre en sontring mellom direkte og indirekte tap for å avdempe effekten av en innstramming.

2.2.5 Oppsummering

Begrunnelsen for innføringen av sontringen mellom direkte og indirekte tap synes på visse punkter vaklende. Dette er først og fremst fordi samsvar med kontraktspraksis blir fremhevet som et argument for innføring av sontringen. En annen svakhet er at man så for seg at ansvarsbegrensningskonstruksjonen kunne benyttes som kompensasjon for en innstramning av erstatningsansvaret i form av tilsynelatende strengere ansvarsgrunnlag.

Argumentet om en rimelig risikofordeling mellom partene virker imidlertid overbevisende, og gjør at en sontring mellom direkte og indirekte tap som utgangspunkt fremstår som fornuftig. Det er likevel ikke mulig å se bort fra vektige mothensyn som hensynet til regeldannelse og felleseuropeiske rettsregler. En gjennomgang og problematisering av sontringens nærmere innhold vil kunne gi grunnlag for å vurdere om fordelene med reguleringen veier opp for de ulemper som er tilknyttet den.

3 Indirekte tap

3.1 Introduksjon

I dette kapitlet foretas det en systematisk gjennomgang av kjøpsloven § 67 annet og tredje ledd for å tolke og klargjøre innholdet av de ulike tapspostene under tapskategorien indirekte tap. Gjennom dette vil også skillet mellom de to kategoriene og omfanget av de direkte tapene tre frem. Dette skyldes at de indirekte tapene er positivt avgrenset, slik at de tapsposter som utgjør direkte tap vil følge av motsetningslutninger fra hva som utgjør indirekte tap. Lovteknikken innebærer med andre ord at alt tap som ikke er regnet opp i kjøpsloven § 67 annet ledd, vil være direkte tap. I tillegg vil også deler av de indirekte tapene kunne gjøres om til direkte tap etter konverteringsreglene i kjøpsloven § 67 tredje ledd.

Ettersom de direkte tapene er negativt avgrenset, blir det unødvendig å gi en dyptgående behandling av disse. En fremstilling av de indirekte tapene vil gi tilstrekkelig grunnlag for å skille mellom de direkte og indirekte tapene. Det blir derfor ikke foretatt noen selvstendig behandling av de direkte tapene i avhandlingen. Det skal likevel kort nevnes at typiske direkte tap vil være ”utlegg”, som betegner ulike former for ekstraomkostninger som skadelidte har blitt påført i anledning misligholdet,³³ og ”prisforskjell”, som betegner tap som er et resultat av prisendringer i markedet eller ulike priser hos ulike tilbydere med bakgrunn i en gjennomført eller mulig dekningstransaksjon. Disse tapene nevnes i kjøpsloven § 67 første ledd første punktum, men det er viktig å være oppmerksom på at

³³ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 121 inneholder mange eksempler.

tapspostene som er oppstilt her i utgangspunktet bare representerer generelle eksempler på tap som kan oppstå som følge av mislighold. Dette er en konsekvens av oppbyggingen av kjøpsloven § 67. Hva som er direkte tap vil alltid måtte avgjøres etter slutninger fra kjøpsloven § 67 annet og tredje ledd.

Lovgiver hadde en hensikt med å bygge opp kjøpsloven § 67 slik det er beskrevet over. Man ønsket at tap som ikke falt inn under definisjonene i annet ledd skulle være erstatningsmessige etter kontrollansvaret, slik at man i tvilstilfelle kunne falle tilbake på den objektive ansvarsformen og unngå problemene med å måtte bevise skyld hos skadevolder. En annen del av begrunnelsen var at dersom de indirekte tapene ble positivt definert, ville kjøpsloven § 67 kunne fungere som en retningslinje ved tolkingen av kontraktsfestede ansvarsfraskrivelsesklausuler vedrørende indirekte tap.³⁴

Indirekte tap etter kjøpsloven § 67 annet ledd er driftsavbruddstap, avsnvntap, visse former for tapt fortjeneste og enkelte tap som følge av produktskader. Reguleringen av hva som er indirekte tap etter den finske og den svenske kjøpsloven er ikke identisk med den norske reguleringen. En viktig forskjell er at både den svenske og den finske reguleringen i tillegg til noen spesifikt opplistede tapsposter, har tatt inn en generell gruppering som gjelder annet tap som er vanskelig å forutse for skadevolder. Den svenske formuleringen lyder ”annan liknande förlust, om den varit svår at förutse”³⁵, og den finske lyder (i svensk versjon) ”annan liknande svårförutsebar förlust”.³⁶ I følge de svenske forarbeidene ble et slikt tillegg tatt inn fordi det var umulig å regne opp de indirekte tapene uttømmende, og fordi man ville hindre at alle de tap som det ikke var grunnlag for å henføre under en av de spesifikt opplistede kategoriene av indirekte tap automatisk ville bli direkte tap.³⁷ Begrunnelsen står i skarp kontrast til de norske forarbeidenes begrunnelse for oppbyggingen av den norske kjøpsloven § 67, jf. over. Den svenske lovens generelle

³⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 40.

³⁵ Köplagen (svensk) § 67 annet ledd 4. punkt.

³⁶ Köplagen (finsk) § 67 annet ledd 5. punkt.

³⁷ Prop. 1988/1989:76 s. 200.

gruppering er i svensk juridisk teori kritisert for å motvirke hensikten med oppregningen av de indirekte tapene, og for å gjøre den svenske kjøpsloven § 67 vanskelig å tolke.³⁸

I Norge valgte departementet altså å ikke foreslå inntatt en slik generell gruppering av indirekte tap. Man ønsket ikke å utvide området for de indirekte tapene ut over det som fulgte av kjøpsloven § 67 annet ledd litra a til d.³⁹ Det skal også nevnes at den norske kjøpslovens alminnelige krav om påregnelighet i § 67 første ledd annet punktum uansett vil kunne hindre erstatningsansvar for enkelte av de former for tap som man i Sverige og Finland tar sikte på å fange opp med sitt generelle tillegg.⁴⁰

Kjøpsloven inneholder som nevnt i § 67 tredje ledd konverteringsregler som gjør at enkelte av de tapspostene som opplistes i annet ledd kan gjøres om eller omklassifiseres til direkte tap, med den konsekvens at de aktuelle tapene likevel kan kreves erstattet i medhold av kontrollansvaret. Dette kan skje enten ved tiltak som kompenserer for misligholdet (litra a) eller ved tiltak som begrenser direkte tap (litra b). Denne muligheten er et så sentralt aspekt ved enkelte av de indirekte tapspostene at konverteringsreglene vil bli trukket inn ved gjennomgangen av de enkelte tapspostene i kjøpsloven § 67 annet ledd litra a til d. I tillegg blir konverteringsreglene underlagt selvstendig behandling i punkt 3.6.

Det er også verd å merke seg at det ikke har noen direkte betydning for skillet mellom direkte og indirekte tap om det aktuelle tapet har oppstått ved at den rammede part har hatt konkrete utlegg til utenforstående, eller om de har oppstått i egen organisasjon ved interne tiltak som f.eks. intensivert bruk av egne ansattes arbeidsinnsats eller egne transportmidler.⁴¹ Både konkrete utlegg og interne kostnader kan være enten direkte eller indirekte tap. En annen sak er at den rammede part må bevise at interne tiltak har ledet til

³⁸ Herre (1996) s. 442.

³⁹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 125.

⁴⁰ Herre (1996) s. 440-441.

⁴¹ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 123.

ekstra kostnader i forhold til dem som uansett ville påløpt på grunn av det grunnleggende erstatningsvilkåret om at det må foreligge et økonomisk tap.⁴²

3.2 Driftsavbrudd, kjøpsloven § 67 annet ledd litra a

3.2.1 Generelt

Tap på grunn av driftsavbrudd er ”tap som følge av minsket eller bortfalt produksjon eller omsetning”, jf. kjøpsloven § 67 annet ledd litra a. Av ordlyden fremgår at tapet kan ha oppstått enten ved at skadelidtes produksjon eller omsetning har blitt skadelidende som følge av den annen parts mislighold. Slikt tap er aktuelt hvor salgstingen skal brukes i produksjon eller på annen måte bidra til omsetning, og kan dermed oppstå både hos produksjonsbedrifter som f.eks. bilprodusenter, hos salgsbedrifter som f.eks. grossister eller i tjenesteytende virksomhet som f.eks. frisørsalonger eller renholdsfirmar. Driftsavbrudd kan oppstå ved at produksjonen eller omsetningen enten blir redusert eller faller helt bort for en periode, f.eks. ved at en innkjøpt maskin på grunn av mangler produserer for lite kvantum eller stopper produksjonen helt.

Hvor skadelidte er selger i kjøpsforholdet, kan tap som følge av driftsavbrudd tenkes f.eks. dersom kjøpers mislighold av plikten til å hente varen fører til at selger må stoppe produksjonen fordi han ikke har tilstrekkelig lagringsplass for produktene sine.

Karakteristisk for tap som følge av driftsavbrudd er at skadelidte går glipp av en inntekt han ville kunnet oppnå ved å inngå avtaler med andre. Det er med andre ord tale om en relativt avledet form for tapt fortjeneste. Hvorvidt skadelidte lider slikt tap eller ikke, vil ofte være avhengig av interne forhold som skadevolder vanskelig kan kjenne til, f.eks. lagerkapasitet, markedsforhold, råvarelager eller maskinpark. Et eksempel på hvor avledet et tap som følge av tapt omsetning kan være, gir et tilfelle hvor tap oppstår fordi kjøper går glipp av kunder når han på grunn av selgers forsinkelse ikke lenger kan konkurrere på

⁴² Bergem, Konow og Rognlien (2008) s. 337.

leveringstid. På grunn av at en maskindel kommer for sent, får han ikke produsert sine produkter like raskt som han kunne før, fra det tidspunktet bestillingene kommer inn. Kundene sviker og benytter i stedet andre leverandører, og kjøper taper omsetning.⁴³

Trolig vil også goodwilltap kunne falle inn under litra a, såfremt det har ført til tapt omsetning. En annen sak er om tapet står i en påregnelig årsakssammenheng med misligholdet.⁴⁴

I Rt. 2005 s. 257 (Hårfjerningsapparat) finner vi et eksempel på tap som ble ansett for å falle inn under kjøpsloven § 67 annet ledd litra a. Kjøper, som drev en hudpleieklipp, hadde kjøpt et hårfjerningsapparat som led av en mangel. Hun hevet kjøpet og krevde erstatning for omsetningstap i 78 uker. Dette tapet mente hun å ha blitt påført ved å ha gått glipp av muligheten til å gjennomføre behandlinger disse ukene. Tapet ble av retten vurdert til å falle inn under litra a. Kjøper fikk erstattet tapet med et skjønnsmessig fastsatt beløp, siden særskilt ansvarsgrunnlag i form av tilsikringsansvar forelå.

3.2.2 Kvantitative og kvalitative reduksjoner

Selv om tap som følge av driftsavbrudd kanskje er mest vanlig hvor skadelidtes produksjon eller omsetning blir redusert eller stopper opp, omfatter ordlyden i kjøpsloven § 67 annet ledd litra a ikke bare tap på grunn av kvantitative reduksjoner, men også tap på grunn av kvalitetsreduksjoner. Løsningen kan sies å være i samsvar lovens ordlyd, og har støtte også i kjøpslovens forarbeider⁴⁵ og den juridiske teori.⁴⁶

At både kvantitative og kvalitative reduksjoner omfattes er naturlig, ettersom kjøpers salgsverdier i markedet jo er en funksjon av både antall enheter han kan tilby og pris per

⁴³ Et lignende eksempel benyttes i Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) på s. 123.

⁴⁴ Herre (1996) s. 429.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 123 hvor det uttales at litra a gjelder kvantitative driftsavbrudd, men at det er naturlig å likestille kvalitative reduksjoner med disse.

⁴⁶ Se f.eks. Hagstrøm (2003) s. 544 og Herre (1996) s. 426.

enhet. En kvalitativ reduksjon kan f.eks. finne sted ved at kjøpers salgsvarer som følge av selgers mislighold får en dårligere kvalitet enn de skulle hatt, slik at kjøper må selge dem til redusert pris. På denne måten påføres han et tap som følge av redusert omsetning. Et konkret eksempel på en kvantitativ reduksjon er følgende: Et verksted leverer en pakkemaskin til et cateringfirma som skal pakke matvarene firmaet leverer. Pakkemaskinen viser seg å ha en mangel som gjør at det oppstår små huller i innpakningen av matvarene, og dette fører til at matvarene får kortere holdbarhet. Cateringfirmaet må redusere prisen for å få solgt dem når holdbarheten er så kort, noe som fører til tapt fortjeneste. En kvantitativ reduksjon ville i et tilsvarende kjøpsforhold kunne oppstått dersom pakkemaskinen i stedet led av en mangel som gjorde at den ikke klarte å pakke inn like mange enheter som forutsatt. Da ville cateringfirmaet gått glipp av fortjeneste på salg av det antall enheter som kunne vært solgt i tillegg dersom maskinen hadde vært kontraktsmessig.

3.2.3 Beregning av erstatningsbeløpet

Det som skal erstattes etter litra a, er den gevinst som uteblir pga. produksjons- og/eller omsetningssvikten. Erstatningen skal ikke relateres til situasjonen for skadelidte slik den var før misligholdet. Reduksjonen eller bortfallet må bedømmes ut fra den produksjon eller omsetning som parten ville hatt dersom avtalen hadde blitt oppfylt på riktig måte. Dette forutsetter en sammenligning av et hypotetisk hendelsesforløp (hvor kjøpsavtalen oppfylles etter sitt innhold) og det faktiske (med misligholdt kjøpsavtale). Differansen utgjør erstatningsbeløpet.

I eksemplene i punkt 3.2.2 med cateringbedriften, vil erstatningsbeløpet ved den kvalitative reduksjonen svare til differansen i fortjeneste ved salg av matvarene til full pris og den reduserte fortjenesten ved salg til redusert pris. Ved den kvantitative reduksjonen vil tapet være differansen mellom den fortjeneste cateringfirmaet klarte å oppnå med redusert produksjon, og det den ville oppnådd med kontraktsmessig pakkemaskin og full produksjon.

3.2.4 Forholdet mellom kjøpsloven § 67 annet ledd litra a og c

Innholdet av kjøpsloven § 67 annet ledd litra a må avgrenses mot de tilfeller der skadelidtes tap skyldes en konkret tapt fortjeneste som følge av at skadelidte kan vise til at en bestemt og allerede inngått avtale har falt bort eller ikke blitt riktig oppfylt på grunn av misligholdet. Disse tilfellene reguleres av litra c. Litra c omfatter som man ser de konkrete former for tapt omsetning hvor man kan regne ut tapet på bakgrunn av en avtalt kontraktssum, mens litra a favner om de abstrakte omsetnings- og produksjonstap hvor tapet regnes ut etter en sammenligning av et hypotetisk og et faktisk hendelsesforløp. Beregningen av det lidte tap etter litra a vil derfor jevnt over være mer komplisert enn en beregning etter litra c.⁴⁷

Selv om litra c som utgangspunkt beskriver et indirekte tap, fører tillegget ”men bare for så vidt kjøperen uten rimelig grunn lar være å foreta dekningskjøp eller treffe andre tiltak for å minske tapet” til at tapt fortjeneste som følge av at avtale med tredjemann ikke kan oppfylles kun er indirekte tap hvis skadelidte samtidig har misligholdt sin tapsbegrensingsplikt. Se nærmere om dette under punkt 3.4. Den type tap som litra c beskriver blir dermed i det fleste tilfeller å bedømme som direkte tap.

3.2.5 Hvilke former for tapt fortjeneste vil utgjøre direkte tap?

I kjøpsloven § 67 første ledd første punktum nevnes ”tapt fortjeneste” som et generelt eksempel på et tap som kan oppstå som følge av kontraktsbrudd. Ikke alle former for tapt fortjeneste utgjør indirekte tap, det kan også være en direkte tapspost. Det skal nå gjøres rede for hva som er igjen av ”tapt fortjeneste” som direkte tap etter at kjøpsloven § 67 første ledd første punktum er vurdert i sammenheng med annet og tredje ledd.

I Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne) kom Høyesteretts flertall til at salgstingene, partier med agurkpinner, hadde påført skadelidtes agurkavling sykdom slik at produksjonen hadde falt bort. Tapet dette medførte måtte anses som et direkte tap, etter en motsetningslutning fra

⁴⁷ Herre (1996) s. 425.

kjøpslovens § 67 annet ledd litra d. Selv om forholdet til litra a ble vurdert, ble tapet av rettens flertall ikke ansett for å falle inn under bestemmelsen. Dommen er diskutert i den juridiske teori. Krüger påpeker at selv om flertallets motsetningsslutning fra litra d er logisk, medfører løsningen en diskontinuitet i loven. Årsaken til dette er at misligholdt avtale om levering av ”støtteprodukter” til produksjon i produktskadetilfeller leder til direkte tap, mens f.eks. levering av mangelfull ting beregnet på direkte videresalg leder til indirekte tap etter litra a. Det er ikke innlysende at sistnevnte tap er mer indirekte enn førstnevnte, vurdert etter de hensyn som ligger bak avgrensingen av de indirekte tapspostene.⁴⁸ Hagstrøm gir uttrykk for at dommen tilkjenner kjøper et produksjonstap på tross av bestemmelsen i litra a.⁴⁹ Selv om dommen er avsagt under skarp dissens, er rettssituasjonen etter dommen trolig uansett at litra a må tolkes innskrenkende mot omsetningstap som følge av visse produktskader, slik at enkelte former for tapt omsetning som følge av driftsavbrudd må regnes som direkte tap. Det er ikke gitt hvordan man skal skille mellom de omsetningstap som skal erstattes som direkte tap etter en tolking av litra d, og hvilke som skal bedømmes som indirekte tap etter litra a.⁵⁰

Forarbeidene omtaler en annen form for tapt fortjeneste som muligens må bedømmes som direkte tap, selv om den dekkes av ordlyden i kjøpsloven § 67 annet ledd litra a og dermed som utgangspunkt skulle utgjøre et indirekte tap. I spesialmotivene for litra a uttales: ”En litt annen type tap oppstår dersom leveringen av salgstingen forsinkes og prisene på markedet synker i tiden etter det avtalte leveringstidspunktet. I allefall i den utstrekning kjøperen kan påvise et verditap uavhengig av videresalg, vil det være naturlig å se tapet som direkte”.⁵¹ Tapet det er snakk om her, er en form for tap på grunn av prisforskjell uten at det er foretatt dekningstransaksjon. Dette blir et tap i form av et rent verdiminus, men uten at kjøpet er hevet. Uttalelsen innebærer at den kjøper som beholder en mangelfull salgsting og krever erstatning for verdiminus som direkte tap, havner i en gunstigere

⁴⁸ Krüger (2005) s. 208.

⁴⁹ Hagstrøm (2005) s. 280 (petit).

⁵⁰ Krüger (2005) s. 208.

⁵¹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 123-124.

situasjon enn den kjøper som videreselger tingen til en redusert pris og pådrar seg indirekte tap på grunn av driftsavbrudd. Dette resultatet kan kritiseres fordi det fører til manglende sammenheng i loven.⁵² Det finnes per i dag ingen avgjørelse fra Høyesterett om denne problemstillingen, og spørsmålet blir om det faktisk at ordlyden i litra a som utgangspunkt dekker den nevnte formen for verdiminus sammen med reelle hensyn kan lede til at forarbeidenes klare uttalelse må fravikes. Den rettslige situasjonen de lege lata er usikker. Problemstillingen er imidlertid relativt upraktisk, ettersom verdiminus på grunn av mangel også kan bli kompensert gjennom misligholdsbeføyelsen prisavslag.

Omsetning som er tapt som ledd i et tiltak som kompenserer for følgene av den misligholdte kjøpsavtalen, vil også utgjøre direkte tap etter konverteringsreglene i kjøpsloven § 67 tredje ledd, se nærmere under punkt 3.2.6 og 3.6.3.

En siste kategori av tapt fortjeneste som regnes som et direkte tap, er de tap som følger av en tolking av kjøpsloven § 67 annet ledd litra c, med andre ord tap på kontrakt med tredjemann i de tilfeller der skadelidte har overholdt sin tapsbegrensingsplikt, se nærmere om dette i punktene 3.2.4 og 3.4.

3.2.6 Rekkevidden av ansvarsbegrensingen

Betydningen av ansvarsbegrensingen i kjøpsloven § 67 annet ledd litra a reduseres betraktelig når bestemmelsen sees i sammenheng med konverteringsreglene i kjøpsloven § 67 tredje ledd.

Reglene bestemmer blant annet at tap pådratt ved tiltak for å kompensere for misligholdet utgjør direkte tap, jf. kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a. Tap som følge av driftsavbrudd kan ofte avverges ved at skadelidte gjennomfører dekningstransaksjon, f.eks. ved å kjøpe en tilsvarende maskin som den selger skulle levert, slik at produksjonen kan gå som normalt på tross av misligholdet. Kostnadene knyttet til dekningstransaksjonen vil være direkte tap.

⁵² Herre (1996) s. 428.

Det samme gjelder kostnader knyttet til kompenserende tiltak av annen art, f.eks. kostnader til leie av ekstra arbeidskraft for å gjennomføre en produksjonsprosess manuelt slik at driftsstans unngås.

Dersom det koster mer å foreta dekningskjøp enn det koster å la driften stanse, vil tapet som oppstår på grunn av driftsavbruddet være et direkte tap, fordi skadelidte kan sies å ha pådratt seg dette tapet for å begrense et direkte tap, jf. kjøpsloven § 67 tredje ledd litra b.⁵³ Se nærmere om dette i punkt 3.6.3.

Kun i tilfeller hvor det ikke finnes noe nærliggende kompensasjonsalternativ, og hvor ikke driftstapet i seg selv kan konverteres til direkte tap, er det sannsynlig at skadelidte vil måtte pådra seg driftstap som indirekte tap etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra a. På grunn av tapsbegrensingsplikten vil skadelidte også til en viss grad være forpliktet til å foreta kompenserende og begrensende tiltak. Rekkevidden av ansvarsbegrensingen blir følgelig ganske beskjeden.

3.3 Avsavnstap, kjøpsloven § 67 annet ledd litra b

3.3.1 Generelt

Avsavnstap er i følge lovens ordlyd ”tap som følge av at tingen ikke kan nyttiggjøres som forutsatt”. Ordlyden i litra b favner forholdsvis vidt, men må tolkes innskrenkende for å unngå overlapping med de øvrige tapstypene i kjøpsloven § 67 annet ledd, særlig litra a. I følge forarbeidene fanger bestemmelsen opp tapsformer som ikke er knyttet til produksjon eller omsetning (driftsavbrudd).⁵⁴

Som eksempel på avsavnstap nevner forarbeidene et tilfelle der mangler ved et innkjøpt EDB-anlegg vanskeliggjør bedriftens kontorfunksjoner.⁵⁵ Konkrete tap som følge av dette

⁵³ Hov (2002) s.233-234.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 124.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 124.

kan f.eks. oppstå dersom bedriften ikke får fakturert sine kunder og dermed går glipp av renteinntekter, purregebyrer eller lignende. Skadelidte kan også risikere at utestående krav foreldes dersom et EDB-anlegg som skulle sørget for utsendelse av fakturaer ikke fungerer.

En annen type avsnvstap er effektiviseringstap, som kan oppstå dersom mislighold av en kjøpsavtale fører til at skadelidte ikke oppnår forventede reduksjoner på kostnadssiden. Et eksempel på slik tap kan være forsinkelse av en leveranse av en moderne og effektiv gaffeltruck, som ved kontraktmessig levering ville gjort det mulig for kjøper å bytte ut sine to gamle og mindre effektive gaffeltrucker. Ved å bytte ut disse ville han spart kostnader til diesel, diverse vedlikehold samt lønnskostnader til en av gaffeltruckførerne. Innsparingene som ikke finner sted på grunn av selgers mislighold av leveransen av gaffeltrucken representerer kjøpers tap.

Et eksempel fra underrettspraksis gir LB-1999-2544, hvor kjøper av to nye lastebiler krevde erstatning fordi han hadde vært nødt til å fortsette å holde sine to gamle og mindre effektive biler i drift etter at de nye bilene han hadde kjøpt ble forsinket. Kjøper ble imidlertid ikke tilkjent erstatning, da retten kom til at den sene leveransen ikke representerte noen forsinkelse fra selgers side.

Et annet eksempel gir LB-2003-86, som gjaldt mangler ved en boligeiendom. Kjøper ble tilkjent både prisavslag og erstatning, og som indirekte tap fikk han erstattet ekstra kapitalutgifter han hadde hatt fordi han hadde blitt forsinket med salget av sin egen bolig. Selv om lagmannsretten ikke sa det uttrykkelig, ble tapet trolig vurdert som et avsnvstap. Kapitaltap faller ikke inn under noen av de øvrige kategoriene i avhendingsloven § 7-1 annet ledd. Tapet bestod i ekstra renteutgifter som kjøper hadde blitt pådratt ved at han hadde blitt forhindret fra å innfri et mellomfinansieringslån han hadde tatt opp i forbindelse med bytte av bolig. Når innflyttingen i den nye boligen ble forsinket på grunn av mangler måtte kjøper beholde sin tidligere bolig, og følgelig også mellomfinansieringslånet, i et lengre tidsrom enn han ville vært nødt til dersom den nye boligen hadde vært kontraktmessig. Dommen gjelder kjøp av fast eiendom etter avhendingsloven, men den er

illustrerende også for løsørekjøp. Det skal også nevnes at privatpersoner kan være skadelidte også etter kjøpsloven, ettersom kjøp mellom to privatpersoner reguleres av kjøpsloven og ikke forbrukerkjøpsloven.⁵⁶

Det generelle ulovfestede kravet om at et tap må være økonomisk, står sentralt ved avsnstap. Den irritasjonen og de ulemper som avsnstap av kjøpsobjektet kan føre til, ytes det ikke erstatning for. Når det gjelder privatpersoner, har rettspraksis imidlertid gitt anvisning på en romslig forståelse av hva som utgjør et økonomisk tap.⁵⁷

3.3.2 Beregning av erstatningsbeløpet

Ved beregningen av avsnstap må man på samme måte som ved tap som følge av driftsavbrudd sammenligne den faktiske situasjonen med den som ville oppstått dersom avtalen hadde blitt oppfylt etter sitt innhold. For å illustrere hvordan et avsnstap regnes ut skal det gis et eksempel, som bygger videre på gaffeltruckeksemplet i punkt 3.3.1.

Misligholdet førte til et faktisk hendelsesforløp som gikk ut på at kjøper som hadde utgifter til lønn til to gaffeltruckførere, samt vedlikeholds- og dieselutgifter for sine to trucker akkurat som før i de ukene som forsinkelsen varte. I det hypotetiske hendelsesforløpet ville kjøper spart kr. 40.000 i lønnsutgifter til den ene gaffeltruckføreren, kr. 3000 i dieselutgifter og kr. 500 i vedlikeholdsutgifter. Disse kostnadene ble han imidlertid pådratt, og de utgjør hans avsnstap.

3.3.3 Rekkevidden av ansvarsbegrensingen

Rekkevidden av ansvarsbegrensingen i kjøpsloven § 67 annet ledd litra b er forholdsviss beskjedent. For det første er innholdet av litra b i seg selv snevert. Som det fremgår av punkt 3.3.1, vil avsnstap typisk være inntekter man går glipp av uten at disse skulle

⁵⁶ Forbrukerkjøpsloven § 1 første og annet ledd, jf. kjøpsloven § 1 første ledd.

⁵⁷ Rt. 1992 s. 1469.

utgjort en del av bedriftens fortjeneste eller besparelser man går glipp av. Ekstrakostnader som skadelidte påføres i forbindelse med misligholdet vil som regel utgjøre andre typer tap enn avsnstap, og falle utenfor litra b. Kostnader ved intensivt bruk av egne ansatte for å kunne fortsette driften er i og for seg tap som er pådratt som følge av at tingen ikke kan nyttiggjøres som forutsatt, men slikt tap må regnes som et direkte tap etter regelen i kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a. Kjøpsloven § 67 annet ledd litra c må med andre ord tolkes innskrenkende mot utgifter pådratt etter tredje ledd.

Det som først og fremst gjør at kjøpsloven § 67 annet ledd litra b får begrenset praktisk betydning, er imidlertid nettopp den adgang som tredje ledd gir skadelidte til å konvertere indirekte tap til direkte eller pådra seg direkte tap ved kompenserende tiltak. Avsnstap er av en slik art at det svært ofte kan unngås ved slike tiltak. I EDB-eksempelet som forarbeidene benytter er det nok i realiteten lite sannsynlig at skadelidte vil la være å sende ut fakturaer og pådra seg avsnstap fordi han ikke kan nyttiggjøre seg av EDB-anlegget. Han vil trolig i stedet sørge for at fakturering skjer, f.eks. ved å leie inn ekstra arbeidskraft for i verste fall å kunne gjennomføre fakturering manuelt. Kostnadene dette medfører vil være direkte tap etter kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a.

3.4 Tapt fortjeneste, kjøpsloven § 67 annet ledd litra c

3.4.1 Generelt

Det tap som innledningsvis defineres som indirekte i kjøpsloven § 67 annet ledd litra c, er ”tapt fortjeneste som følge av at en kontrakt med tredjemann faller bort eller ikke blir riktig oppfylt”. Når en ting kjøpt for videresalg eller for å inngå i kjøpers produksjon utløser kontraktsbrudd i neste ledd, kan dette føre til at kjøper går glipp av den fortjeneste han hadde beregnet seg på en kontrakt med tredjemann. Litra c bestemmer at slik tapt fortjeneste er indirekte tap. Tap etter litra c kan oppstå både der misligholdet består i mangler, og der det består i forsinkelse.

Et eksempel på et tap som vil falle inn under kjøpsloven § 67 annet ledd litra c gir et tilfelle hvor kjøper driver elektronikkforretning og har bestilt en leveranse av mikrobølgeovner fra en hvitevareimportør. Elektronikkforretningen har allerede inngått avtale om videresalg av tre av de bestilte mikrobølgeovnene til sine kunder. Importøren blir svært forsinket med leveransen, og elektronikkforretningens kunder blir lei av å vente. De hever avtalene og kjøper mikrobølgeovner et annet sted. Elektronikkforretningen går glipp av fortjeneste på de tre salgavtalene. Dette tapet er et slikt indirekte tap som litra c i utgangspunktet omfatter. Siden det er sannsynlig at selgeren likevel vil oppnå fortjeneste på videresalg av de 3 mikrobølgeovnene ved å selge disse til andre kunder, forutsetter eksemplet at selgeren kan få erstatning for tapt fortjeneste etter synspunkter om såkalt ”lost volume”.⁵⁸ Denne problemstillingen skal ikke forfølges ytterligere.

Det er ikke et vilkår at avtalen med tredjemann blir hevet for at den tapte fortjenesten skal utgjøre et tap etter litra c. Ordlyden dekker også de tilfeller der kjøper taper fortjeneste som følge av at kontrakt med tredjemann ”ikke blir riktig oppfylt”. Dersom avtalen med tredjemann fortsetter å løpe, men tredjemann gjør gjeldende andre misligholdsbeføyelser, kan også dette frata kjøper den fortjeneste avtalen skulle innbrakt. Tredjemann kan f.eks. kreve et prisavslag som følge av at tingen har en mangel. Er prisavslaget av en viss størrelse kan det spise opp hele fortjenesten som kjøper ellers ville oppnådd gjennom salget. Dette tapet vil utgjøre tapt fortjeneste etter litra c.

”Tapt fortjeneste” bør i følge den juridiske teori trolig også tolkes slik at det både omfatter situasjoner der gevinsten faller helt bort, og der den reduseres.⁵⁹ Hvor tredjemann krever et prisavslag som følge av at tingen har mangler og dette kun spiser opp deler av kjøpers fortjeneste, vil trolig også dette fortjenestetapet være et indirekte tap etter litra c.

Tap som følge av driftsavbrudd etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra a vil omfatte mesteparten av den øvrige tapte fortjeneste som en skadelidt kan bli påført som følge av

⁵⁸ Se Rt. 2003 s. 486, Herre (1996) s. 529 flg. og Hagstrøm (2005) s. 278 angående denne problemstillingen.

⁵⁹ Herre (1996) s. 439.

mislighold. Man kan se det slik at tapt fortjeneste etter litra c bare er en spesiell form for indirekte tap som følge av driftsavbrudd etter litra a, jf. grensedragningen i punkt 3.2.4.

Det kan tenkes situasjoner hvor også en selger påføres tap etter litra c som følge av kjøpers mislighold, selv om dette nok er mindre praktisk. Et eksempel kan være hvor kjøper av et skip fra et verft ikke overtar dette som avtalt, slik at selgers dokk ikke tidsnok blir ledig for produksjon av neste skip. Dette fører til en forsinkelse som gjør at kjøper av neste skip kan kreve dagbøter av selger, og disse dagbøtene reduserer selgers fortjeneste.

3.4.2 Beregning av erstatningsbeløpet

Beregningen av den tapte fortjeneste etter litra c er forholdsvis uproblematisk. Tapet utgjør differansen mellom den fortjeneste kjøper ville oppnådd på sin kontrakt med tredjemann dersom den hadde blitt riktig oppfylt, og den fortjeneste han (eventuelt) oppnår etter å ha misligholdt avtalen. Det hypotetiske hendelsesforløpet er enkelt å gjøre rede for, siden man skal bygge på en eksisterende kontrakt og dermed har en fastsatt kontraktssum å beregne fortjenesten ut fra.

I eksemplet med elektronikkforretningen som ble benyttet i punkt 3.4.1 vil utregningen kunne se ut som følger: Ved kontraktsmessig oppfyllelse av de tre videresalgene ville kjøper fått en fortjeneste på 20 % av salgssummen på 2000 kr fra hver mikrobølgeovn, dvs. 400 kr. fra hvert salg. Ved hevingen av de tre avtalene går han glipp av fortjeneste på $3 * 400$ kr, dvs. 1200 kr.

3.4.3 Annet tap som følge av at kontrakt med tredjemann faller bort eller ikke blir riktig oppfylt

Forarbeidene fastslår at det kun er den tapte fortjenesten som følge av at kontrakt med tredjemann faller bort eller blir misligholdt som er indirekte tap etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra c, og at annet tap som følge av slikt bortfall eller mislighold faller utenfor bestemmelsen. Deretter uttales det at dette innebærer at blant annet erstatning for direkte

tap som kjøperen må betale til tredjemann, også blir direkte tap i forhold til selgerens ansvar.⁶⁰ Bakgrunnen for at lovgiver har skilt ut annet tap på grunn av mislighold fra litra c antas å være et ønske om å kanalisere ansvaret for slike tap til det ledd i omsetningskjeden som problemene stammer fra.⁶¹

Uttalelsen i forarbeidene er ikke klar. Man kan spørre seg om lovgiver har ment at misligholdskrav fra tredjemann som f.eks. erstatning for direkte tap skal være direkte tap i forholdet mellom kjøper og selger uansett, eller om meningen er at slike tap bare skal regnes som direkte tap i de tilfeller hvor de overstiger skadelidtes fortjeneste. I så fall vil den tapte fortjenesten alltid utgjøre et indirekte tap etter litra c. Denne tolking er mest i tråd med lovens ordlyd, og gir også best sammenheng i lovens regulering. For erstatning utbetalt til forbrukerkjøper på grunn av produktskader inneholder imidlertid kjøpsloven § 67 tredje ledd litra c en særregel om at tap som følge av at kjøper har måttet betale slik erstatning skal alltid anses som direkte tap i forholdet mellom kjøper og selger.

Det kan rettes kritikk mot uttalelsen om at andre tap som følge av at kontrakt med tredjemann faller bort eller blir misligholdt skal regnes som direkte tap. Det er ikke lett å se at slike tap er lettere å forutse eller mer nærliggende enn den tapte fortjenesten i seg selv. Særlig gjelder dette dersom man bygger på den overfor angitte tolkning av forarbeidenes uttalelse, slik at det kan være den samme misligholdssanksjonen fra tredjemann som medfører både tap i form av tapt fortjeneste og andre tap på kontrakten. Åslund mener å kunne påvise at det i næringslivet eksisterer en oppfatning om at nettopp tap som følge av at man har måttet betale erstatninger til tredjemann bør være en av de tapstyper som utgjør ”indirekte tap”, ut fra synspunkter om at slike tap er vanskelige å forutse.⁶² De lege ferenda kan det stilles spørsmål ved om det er riktig å behandle ulike former for tap eller utgifter på grunn av bortfall eller mislighold av kontrakt med tredjemann forskjellig.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 124.

⁶¹ Herre (1996) s. 438.

⁶² Åslund (1991) s. 42.

3.4.4 Skadelidte må ha misligholdt sin tapsbegrensingsplikt

Tappt fortjeneste som følge av at en kontrakt med tredjemann faller bort eller ikke blir riktig oppfylt er kun indirekte tap dersom ”kjøperen uten rimelig grunn lar være å foreta dekningskjøp eller treffe andre tiltak for å unngå eller minske tapet”, jf. kjøpsloven § 67 annet ledd litra c. Tillegget slår bena under hele ansvarsbegrensingen i litra c, fordi det innebærer at kjøper må ha misligholdt sin tapsbegrensingsplikt etter kjøpsloven § 70 første ledd første punktum for at litra c skal komme til anvendelse. Dersom kjøper har misligholdt denne plikten, er tapet han pådrar seg ikke erstatningsmessig i det hele tatt, jf. kjøpsloven § 70 første ledd annet punktum.⁶³ Verken den svenske eller den finske kjøpsloven har tatt inn et slikt tillegg i sine bestemmelser. I disse landene kan derfor bestemmelsen få realitet som ansvarsbegrensing.

Lovgivers begrunnelse for å ta inn tillegget, var at i de tilfeller hvor tingen var kjøpt for videresalg, og selgeren var klar over dette, ville det virke urimelig om kjøperen ikke skulle få dekket sitt fulle tap på kontrakten med tredjemann som direkte tap.⁶⁴ Begrunnelsen er ikke lett å tolke. Hensikten kan ha vært å skape en regulering hvor kjøper selv skulle kunne sørge for å oppnå kompensasjon for direkte tap ved å gjennomføre tapsbegrensende tiltak. Det er imidlertid ikke bare i de tilfeller som litra c omfatter at det er mulig for en selger å ha kunnskap om kjøpers reelle risiko for å pådra seg indirekte tap. Selger kan f.eks. kjenne til at en kjøper er helt avhengig av maskinen han skal levere, noe som gjør ham utsatt for tap som følge av driftsavbrudd etter litra a. For ethvert tilfelle hvor selger er klar over at kjøper risikerer å bli utsatt for indirekte tap som følge av mislighold, kan det anføres at det er lite rimelig at man skal operere med en ansvarsbegrensing mot indirekte tap.

Begrunnelsen for ansvarsbegrensingen hviler imidlertid på betraktninger om at de indirekte tapspostene er mindre nærliggende og forutseelige etter sin art, se punkt 2.2.2. Når man har en målsetning om en generell rimelighet er man ofte nødt til å finne seg i at enkelte utslag av reguleringen fremstår som konkret urimelige. Dessuten er det vanskelig å se hvorfor lovgiver valgte å ta inn en særlig reservasjon i litra c for tilfeller hvor tapet var konkret

⁶³ Se blant annet Krüger (1999) s. 512, Hagstrøm (2003) s. 545 (petit) og Herre (1996) s. 436–437.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 124.

påregnelig for skadevolder, når en slik reservasjon ikke skulle gjelde generelt for de indirekte tapspostene. Dette får reguleringen fremstår som lite helhetlig.

Tillegget fører uansett til at i de tilfeller hvor skadelidte har overholdt sin tapsbegrensingsplikt, blir den tapte fortjenesten etter litra c et direkte tap. ”Rimelig grunn” til å la være å foreta dekningskjøp eller treffe andre begrensingstiltak vil kjøper f.eks. kunne ha hvor tredjemann hever kontrakten før kjøper rekker å foreta dekningskjøp.⁶⁵

Selv om tillegget gjør at ansvarsbegrensingen i litra c mister sin betydning, ville man uten dette fått et problem med manglende konsekvens i loven.⁶⁶ Kjøpsloven § 69 om beregnet prisforskjell gjelder utregningen av et direkte tap. Den bestemmer at tapsposten prisforskjellen skal beregnes ut fra differansen mellom kjøpesummen og det som var ”gjengs pris” for tingen på hevingstidspunktet i de tilfeller hvor det ikke gjennomføres dekningsstransaksjon. Denne prisforskjellen utgjør jo nettopp det tap som en kjøper pådrar seg ved bortfall eller mislighold av kontrakt med tredjemann, forutsatt at det var avtalt videresalg til ”gjengs pris”. Siden tapt fortjeneste på kontrakt med tredjemann etter norsk rett som regel vil være direkte tap unngår vi denne problematikken, men dette kan etter mitt syn likevel ikke hindre en kritikk av lovgivningsteknikken og innholdet i kjøpsloven § 67 annet ledd litra c.

3.5 Ansvar for tingens skadelige egenskaper, kjøpsloven § 67 annet ledd litra d

3.5.1 Generelt

Kjøpsloven § 67 annet ledd litra d gjelder tap som oppstår når salgstingen har egenskaper som påfører tingsskader, med den følge at kjøperen påføres økonomisk tap. Et eksempel på en slik skade kan være hvor kjøpsobjektet er lysstoffrør. Rørene lider av en mangel som gjør at de eksploderer etter en viss tids bruk. En matvarefabrikk har anskaffet rørene og

⁶⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 124.

⁶⁶ Et lignende standpunkt fremføres i Ramberg og Herre (2007) s. 256.

montert dem i taklampene i produksjonshallene. Når et eller flere lysstoffør eksploderer, lider fabrikken tap ved at lampene ødelegges, og ved at deler av dagens produksjon av matvarer må kasseres siden det er fare for at den har fått glassbiter i seg.

Indirekte tap etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra d kan bare oppstå hvor misligholdet av kjøpsavtalen består i en mangel. Skadelige egenskaper kan aldri følge av at en ting er forsinket.

De skader som etter litra d skal regnes for å medføre indirekte tap, er ”tap som følge av skade på *annet enn* salgstingen selv og gjenstander som den brukes til fremstilling av eller som har en nær og direkte sammenheng med dens forutsatte bruk” (min kursivering). Lovteknikken innebærer at tre oppregnede tapsposter skal regnes som direkte tap, slik at det kun er tap som følge av annet enn de tre oppregnede skadetyper som utgjør indirekte tap.

De tre oppregnede skadetyper gjelder relativt nærliggende følger av at en ting har skadelige egenskaper. Annet tap enn dette vil være av mindre forutseelig art og kan variere mye både i art og størrelse avhengig av forholdene hos den individuelle kjøper. Grensen mellom de direkte og indirekte tapene i litra d synes derfor å være i tråd en sentral del av begrunnelsen for sontringen mellom direkte og indirekte tap, jf. punkt 2.2.2. Grensen i seg selv blir nærmere behandlet i punkt 3.5.3 under.

3.5.2 Forholdet til deliktserstatningsretten og produktansvarsloven

Ansvar for en tings skadelige egenskaper ligger i grenselandet mellom kontraktserstatningsretten og deliktserstatningsretten. Som deliktsansvar betegnes gjerne dette ansvaret som produktansvaret. Dette er delvis regulert i produktansvarsloven. Kontraktansvaret dekker tap som skadelidte påføres ved at varen ikke er kontraktsmessig og fokuserer først og fremst på tingens skadelige egenskaper som et avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse. Produktansvarsloven dekker de skader et produkt kan påføre

brukere i vid forstand, og ikke bare skader som følge av kontraktsbrudd. Særlig viktig er det at også tredjemenn kan få erstatning etter reglene om produktansvar.

Den delte lovreguleringen for produktskader har sin bakgrunn i at det har vært rettspolitisk ønskelig å kanalisere ansvaret for skader som produkter gjør til produsenten og andre som har avgjørende innvirkning på utformingen eller markedsføringen av produktet. Dette synspunktet gjør at en kontraktsrettslig synsvinkel blir for snever.⁶⁷ Man har imidlertid funnet det rimelig at visse mer nærliggende tap som følger av at en ting har skadelige egenskaper, skal kunne søkes erstattet etter de kontraktsrettslige reglene.

Den svenske kjøpsloven § 67 inneholder ingen regel tilsvarende litra d, og bestemmer i første ledd uttrykkelig at det kjøpsrettslige ansvaret ikke omfatter skade på annet enn tingen selv. Den finske kjøpsloven § 67 annet ledd nr. 4 (i svensk versjon) bestemmer at ”skada på annan egendom än den sålda varan” leder til indirekte tap. Etter finsk rett vil dermed visse produktskader være regulert av kjøpsrettslige regler, men den finske formuleringen er svært ulik den norske kjøpsloven § 67 annet ledd litra d.

Noen sentrale forskjeller mellom kjøpsloven og produktansvarsloven, er at produktansvarsloven omfatter både person- og tingsskader og at ansvarsgrunnlaget er objektivt. Etter produktansvaret kan som nevnt også tredjemenn få erstatning for skader de har blitt påført, f.eks. hvor et elektrisk apparat eksploderer og ødelegger gjenstander i nærheten som tilhører tredjemenn. Skaden må imidlertid skyldes en såkalt ”sikkerhetsmangel” ved produktet.⁶⁸ Produktansvarsloven dekker kun skade på ting som er brukt eller vanligvis brukes privat, noe som betyr at den først og fremst kan benyttes hvor skadelidte er forbruker.⁶⁹ Loven omfatter ikke de skader som måtte oppstå på produktet selv, dvs. de såkalte ”selvbeskadigelsestilfellene”, og heller ikke de såkalte

⁶⁷ Hagstrøm (2003) s. 546.

⁶⁸ Produktansvarsloven § 2-1 første ledd første punktum.

⁶⁹ Produktansvarsloven § 2-3 første ledd litra b.

”ingredienstilfellene”, jf. under.⁷⁰ Kjøpsloven på sin side regulerer bare tap som følge av skade på ting, og ikke skader på person. Personskader har alltid vært ansett for å falle utenfor den kontraktsrettslige regulering av ansvar for en tings skadelige egenskaper. ”Selvbeskadigelsestilfellene” og ”ingredienstilfellene” er imidlertid omfattet av det kjøpsrettlige ansvaret, jf. under.

Den næringsdrivende som ikke får sitt tap dekket etter kjøpslovens produktansvarsregler fordi tapet anses for å ligge utenfor kontraktsretten (og innenfor deliktsretten), kan ikke få erstatning for sitt tap etter produktansvarsloven når tingen er bestemt til bruk i virksomheten. Han må kreve erstatning på annet deliktsrettslig ansvarsgrunnlag. Det blir derfor viktig å trekke opp grensen mellom den del av ansvaret som faller inn under kjøpsloven, og den som faller utenfor. Grensen beskrives nærmere ved behandlingen av de indirekte tapene etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra d i punkt 3.5.4.

3.5.3 Tap som etter bestemmelsen utgjør direkte tap

For å klarlegge hva som er de indirekte tapene etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra d, er det først nødvendig å avgrense de tre kategorier av tap som etter bestemmelsen utgjør direkte tap. Det er lite konkret veiledning å finne for grensedragningen i forarbeidene og rettspraksis. I den juridiske teori antas det imidlertid at man ved fastleggelsen av de direkte tapene kan bygge på rettspraksis om grensen mellom delikts- og kontraktsansvaret for produktskader under den tidligere kjøpsloven av 1907.⁷¹ Rettspraksis trakk grensen for det kontraktsrettslige ansvaret til å gjelde de nærliggende og normale følger av mangelen⁷², et vurderingstema som har store likhetstrekk med beskrivelsen av de direkte tapene i litra d.

Den første kategorien er tap som følge av skade på ”tingen selv”, ofte omtalt i den juridiske teori som ”selvbeskadigelsestilfellene”. Eksempler på slik skade er hvor salgstingen lider

⁷⁰ Produktansvarsloven § 2-3 annet ledd.

⁷¹ Se blant annet Hov (2002) s. 239, Krüger (1999) s. 517 og Hagstrøm (2003) s. 546.

⁷² Hagstrøm (2005) s. 280.

av en ingrediensmangel, f.eks. der bilen havarerer på grunn av en bremsefeil eller fiskeyngel dør på grunn av sykdom.⁷³

Neste kategori er tap som følge av skade på ”gjenstander som [kjøpstingen] brukes til fremstilling av,” de såkalte ”ingredienstilfellene”. Dette vil f.eks. omfatte tilfeller hvor råvarer ødelegger det ferdige produktet som kjøper fremstiller, f.eks. hvor en jernlegering ødelegger stålet som blir produsert i et smelteverk. Rt. 1937 s. 323 gjaldt et tilfelle hvor selger ble holdt erstatningsansvarlig for tap som følge av at parafin til voksing hadde satt en vond lukt i tobakkseskene som kjøper produserte. Dette ville etter dagens regulering vært å regne som direkte tap etter en tolking av kjøpsloven § 67 annet ledd litra d.

Den tredje og siste kategorien av direkte tap er tap som følge av skade på gjenstander som har en ”nær og direkte sammenheng med [kjøpstingens] forutsatte bruk.” Ordlyden gir anvisning på en utpreget skjønsmessig vurdering. Som eksempler på slike skader nevner forarbeidene tilfeller hvor en vaskemaskin ødelegger klær som vaskes i den, eller hvor batterier skader apparatet de brukes i. Et annet eksempel kan være hvor mangelfull blomsterjord ødelegger gartnerens planter. I eksemplet med lysstoffrørene fra punkt 3.5.1 vil kostnadene som skadene på lampene medfører være direkte tap.

Forarbeidene har gitt en generell beskrivelse som kan gi veiledning for fastleggelsen av hvilke tap som skal regnes som indirekte etter en tolking av den siste kategorien. Indirekte tap er i følge forarbeidene tap som følge av skade på andre gjenstander som befinner seg i nærheten av salgstingen, når disse ikke står i en klar funksjonell sammenheng med salgstingen. En maskin som skader andre maskiner i et fabrikklokale eller syk lakseyngel som sprer smitte til andre deler av bestanden i et oppdrettsanlegg blir brukt som eksempler på tap som vil falle inn under den nevnte beskrivelse, og som følgelig vil medføre indirekte tap⁷⁴ (eller eventuelt et deliktsrettslig tap, jf. punkt 3.5.4). Eldre rettspraksis synes å ha bygget på at deliktsansvaret omfattet tilfeller hvor salgstingen hadde farlige egenskaper,

⁷³ Krüger (1999) s. 514.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 125.

mens kontraktsansvaret omfattet de nærliggende følger av at tingen hadde mangler, uten å egentlig å være farlig.⁷⁵

LB-1999-2544 kan illustrere et tilfelle hvor tapet ble vurdert til å falle inn under tredje kategori i litra d. Saken gjaldt kjøp av lastebiler, og bilene led av en mangel fordi tilhengerfestene var feilmontert. Dette førte til skade på kjøpers tilhengere. Kjøpekontrakten avgrenset mot indirekte tap, og lagmannsretten tolket klausulen i samsvar med kjøpsloven § 67 annet ledd litra d. Tilhengerne ble ansett for å ha en ”nær og direkte sammenheng” med salgstingens forutsatte bruk, og kjøper fikk erstatning for skadene som direkte tap.

For de direkte tapene etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra d må det også trekkes en grense mot tap som følge av driftsavbrudd etter litra a. En salgsting kan f.eks. på grunn av et ”selvbeskadigelsestilfelle” bli umulig å selge videre for kjøper. Et annet eksempel er hvor salgstingen skader det produkt som kjøper fremstiller, enten på grunn av et ”ingredienstilfelle” eller fordi kjøpers produksjon har ”nær og direkte sammenheng” med kjøpstingen. Tilfellene vil i utgangspunktet omfattes av ordlyden i litra a som ”bortfalt eller minsket produksjon eller omsetning”. I Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne) kom Høyesteretts flertall likevel til et resultat som etter min mening må tolkes slik at de tapsposter som ikke er indirekte tap etter litra d, heller ikke skal anses som indirekte tap etter litra a. Kjøper ble påført kr. 2.400.000 i tapt fortjeneste på agurksalg, og selger ble idømt erstatningsansvar for dette som direkte tap. Forholdet mellom dommen og ansvarsbegrensingen i litra a er også behandlet i punkt 3.2.5.

⁷⁵ Se Rt. 1945 s. 388 (Revefôr), Rt. 1972 s. 1350 (E-vitamin), Rt. 1973 s. 1153 (Minkfôr) og Hagstrøm (2003) s. 546.

3.5.4 Tap som etter bestemmelsen utgjør indirekte tap og rekkevidden av ansvarsbegrensingen

Det som etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra d utgjør indirekte tap, vil være de tapsposter som gjenstår etter avgrensingen av de direkte tapene. Samtidig må det foretas en avgrensing mot de skadeforvoldelser som faller utenfor kjøpsloven og kontraktsretten, og hvor man eventuelt må kreve erstatning etter deliktsrettslige regler. Etter at disse to avgrensingene er foretatt, er det usikkert om det overhodet er noe igjen av de kontraktsrettslige produktskadetapene i form av indirekte tap. Særlig kommer denne problemstillingen på spissen dersom rettspraksis knyttet til grensdragningen mellom kontraktsansvaret og deliktsansvaret under kjøpsloven av 1907, fortsatt skal tillegges betydning for hvordan grensen skal trekkes i dag.

Vurderingstemaet for hva som utgjorde kontraktsrettslige skadeforvoldelser etter eldre rettspraksis hadde som nevnt store likhetstrekk med dagens beskrivelse av de direkte tapene i litra d. Dersom alle de tap som etter eldre rettspraksis ble ansett for å ligge innenfor det kontraktsrettslige ansvaret etter dagens kjøpsrettslige regler skal utgjøre direkte tap, vil det jo ikke være noe igjen under det kjøpsrettslige ansvaret som kan erstattes som indirekte tap. Dersom eldre rettspraksis ikke tillegges vekt for grensdragningen mellom det kontraktsrettslige og det deliktsrettslige ansvaret i dag, kan visse former for skadeforvoldelser medføre indirekte tap. For disse kan skadelidte trolig uansett velge om han vil påberope seg de kontraktsrettslige reglene eller de deliktsrettslige ansvarsreglene.⁷⁶

Forarbeidene gir liten veiledning når det gjelder hvorvidt eldre rettspraksis skal videreføres under kjøpsloven eller ikke, og hvordan denne i så fall skal samordnes med kjøpslovens ordlyd. I spesialuttalelsene uttales det at litra d ikke regulerer forholdet mellom kjøpsloven og de generelle regler om produktansvar, men at bestemmelsen likevel kan gi en viss veiledning for grensen mellom disse to regelsettene. Det gis samtidig uttrykk for at det ikke

⁷⁶ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 26 og Rt. 1993 s. 1201 (Lettbetongblokk).

er mulig å trekke en eksakt grense, men at området for de indirekte tapene nok blir forholdsvis snevert.⁷⁷ I de alminnelige merknadene blir forholdet mellom kjøpsloven og produktansvaret nevnt, men departementet gir etter en kort drøftelse uttrykk for at den konkrete grensedragningen må overlates til rettspraksis.⁷⁸

Høyesterett har ikke tatt uttrykkelig stilling til spørsmålet. Det kan stilles spørsmål ved om flertallet i Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne) kan sies å ha fraveket eldre rettspraksis, ettersom resultatet i dommen kan sies å stride mot resultatet i blant annet Rt. 1945 s. 388 Revefôr og 1973 s. 1153 Minkfôr.⁷⁹ Begge disse eldre dommene gjaldt skade som bakteriebefengt fôr påførte kjøpers oppdrettsproduksjon, og i begge sakene ble erstatningsansvaret ansett for å ligge utenfor det kontraktsrettslige området. Flertallet uttalte imidlertid i Rt. 2004 s. 675 at de ikke anså disse eldre dommene for å ha noen relevans for avgjørelsen, ettersom de var ”begrunnet med konkrete risikobetraktninger på de områdene sakene gjaldt”.

Inntil videre må det antas å være uklart hva som eventuelt vil utgjøre de indirekte tapene etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra d. Den juridiske teori fremholder som tidligere nevnt at rettspraksis under 1907-loven kan gi veiledning for grensedragningen mellom direkte og indirekte tap, og det også antatt at den samme grensedragningen må tillegges betydning for grensen for hvor langt det kontraktsrettslige ansvaret strekker seg.⁸⁰ Synspunktet støttes av hensynene til regeldannelse og forutberegnelighet i kontraktsretten. Dette vil innebære at de tapene som utgjør direkte tap i det vesentlige vil være de samme som de som overhodet faller inn under kjøpsloven. Litra d får trolig en svært begrenset betydning som ansvarsbegrensning mot indirekte tap.

I eksemplet med lysstoffrørene i punkt 3.5.1 vil bedriften etter dette bli påført et direkte tap og et tap som trolig må bedømmes etter deliktsrettslige regler. Mens skadene på lampene

⁷⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 124.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 26.

⁷⁹ Krüger (2005) s. 204.

⁸⁰ Hagstrøm (2003) s. 456-457.

utgjør direkte tap, kan skaden på matvareproduksjonen trolig ikke sies å ha en slik ”nær og direkte sammenheng” med bruken av lysstoffrørene. Tapet som skaden på matvareproduksjonen medfører må etter resonnementet over søkes erstattet etter deliktsrettslige regler.

3.6 Konverteringsreglene i kjøpsloven § 67 tredje ledd

3.6.1 Generelt

Konverteringsreglene i kjøpsloven § 67 tredje ledd medfører at enkelte typer indirekte tap likevel kan bli erstatningsmessige etter kontrollansvarsreglene, slik at skadelidte ikke trenger å godtgjøre særskilt ansvarsgrunnlag hos skadevolderen. Reglene har sammenheng med skadelidtes tapsbegrensingsplikt.⁸¹ Ved utformingen av sontringen mellom direkte og indirekte tap, ble man oppmerksom på at sontringen kunne komme i konflikt med plikten til å begrense tapet. En skadelidt som bare hadde krav på erstatning for de direkte tap etter kontrollansvaret, ville ha incitament til å velge en det handlingsalternativ som innebar at han pådro seg direkte tap fremfor indirekte tap, selv om sistnevnte tap sannsynligvis ville blitt lavere. Man ønsket å gi regler som ville føre til at uansett hvilket handlingsalternativ skadelidte valgte for å begrense tapet, så ville utgiftene forbundet med dette være direkte tap.⁸² I forarbeidene fremheves det som grunnleggende for reguleringen av de direkte og indirekte tapene, at en parts rett til erstatning ikke skal være avhengig av på hvilken måte han velger å begrense virkningene av kontraktsbruddet.⁸³

Tap påført ved tapsbegrensende tiltak vil nok uansett i noen grad falle utenfor de indirekte tapene i annet ledd, og på denne måten utgjøre direkte tap. Departementet har likevel funnet grunn til å presisere at slike tap ikke er direkte ved å gi egne regler om dette.⁸⁴

⁸¹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 125.

⁸² Prop. 1988/89:76 s. 48 og Herre (1996) s. 456.

⁸³ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 40.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 125.

Konverteringsreglene er aktuelle både hvor skadelidte er kjøper og selger etter kjøpsavtalen.

3.6.2 Utgifter for å kompensere for misligholdet, kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a
Kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a bestemmer at ”kostnader ved vanlige tiltak som kompenserer for at salgstingen er forsinket eller har mangler” skal være direkte tap. Eksempler på kompensasjonstiltak kan være dekningstransaksjoner som kjøp av en tilsvarende komponent som den selger skulle levert, eller surrogatløsninger som leie av ekstra arbeidskraft eller omdisponering av egne ansatte for å avverge tap. Et annet eksempel er tiltak som iverksettes for å hindre at et produkts skadevoldende egenskaper skal påføre kjøper tap.

Regelen i litra a innebærer at tap man pådrar seg for å begrense annet tap, blir direkte tap. Tapet som blir begrenset kan være enten direkte eller indirekte tap. Begrensingstiltaket trenger ikke engang rette seg mot et økonomisk tap, forarbeidene sier uttrykkelig at også utgifter til tiltak for å motvirke rene ulemper som følge av kontraktsbruddet faller inn under regelen.⁸⁵ Litra a går med andre ord lenger enn det som er nødvendig for at sontringen mellom direkte og indirekte tap skal være konvergent med lovens tapsbegrensingsplikt. Skadelidte får ikke bare sterkere incentiv til å begrense sitt økonomiske tap, han kan også pådra seg direkte tap for å begrense sitt eget ikke-økonomiske tap.

Et eksempel fra domstolene på gir LG-2006-40066. Kjøper hadde gått til anskaffelse av en spesialtilvirket kjøkkenmaskin. På grunn av forsinkelse og mangler ble kjøpet hevet. Maskinen skulle vært brukt til å pakke inn porsjoner med mat, og kjøpers utgifter til kjøp av mat fra en eksternt leverandør ble ansett som en ”kostnad ved å benytte alternative løsninger”. Disse kostnadene måtte selger erstatte. Selv om ansvaret her ble forankret i partenes avtale, ville samme resultat fulgt av reglene om kompensasjonstiltak i litra a.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 125.

Bestemmelsen i litra a finnes ikke i de øvrige nordiske kjøpslovene. Det er mulig at enkelte av de utgiftene som blir direkte tap etter kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a også kan sies å være direkte tap etter en tolking av annet ledd, dvs. fordi de ikke faller inn under noen av de indirekte tapskategoriene. Visse utgifter til begrensingstiltak vil dermed kunne være direkte tap også etter den svenske og den finske kjøpsloven.⁸⁶ Det vil f.eks. gjelde tap i form av prisforskjell pådratt i forbindelse med en tapskompenserende dekningstransaksjon. Dette betyr likevel ikke at kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a er overflødig ved siden av annet ledd. Regelen innebærer blant annet trolig at skadelidte etter norsk rett har større mulighet til å konvertere et indirekte avsnstap etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra b til et direkte tap, enn han ville hatt uten regelen. Uten regelen i tredje ledd litra a ville han f.eks. trolig ikke hatt mulighet til å pådra seg direkte tap som følge av ekstrakostnader til overtidarbeid hos de ansatte for å begrense avsnstap. Slikt tap ville fortsatt utgjort indirekte avsnstap etter annet ledd litra b.

For å falle inn under kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a, må tiltaket kunne karakteriseres som ”vanlig”. Forarbeidene fastslår at tapsbegrensingsplikten i kjøpsloven § 70 første ledd første punktum angir grensen for hvor store utgifter skadelidte kan pådra seg for å kompensere for misligholdet.⁸⁷ Skadelidte kan etter kjøpsloven § 70 første ledd første punktum ikke pådra seg større utgifter enn det som vil være ”rimelig” for å begrense et tap som har oppstått eller er i ferd med å oppstå. Det er antatt at utgifter til tapsbegrensende tiltak kan være ”rimelige” på tross av at de overstiger det opprinnelige tapet.⁸⁸ Det er altså intet vilkår etter litra a om at tiltaket reelt sett sparer skadelidte fra å pådra seg et større tap. Overskrider skadelidte derimot grensen for hva som er ”rimelig”, må han etter § 70 første ledd annet punktum bære den overskytende delen av tapet selv. Tapsbegrensingsplikten fungerer imidlertid dårlig som veiledning for hvor store utgifter skadelidte kan pådra seg i de tilfeller der han kompenserer for et ikke-økonomisk tap, siden regelen i kjøpsloven § 70 første ledd første punktum forutsetter at det finnes et økonomisk tap å begrense. For disse

⁸⁶ Herre (1996) s. 461 og Ramberg (1995) s. 661 - 662 har standpunkter i denne retning.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 125.

⁸⁸ Bergem, Konow og Rognlien (2008) s. 354.

tilfellene må man falle tilbake på en vurdering av hva som er et ”vanlig” tiltak. Dette må som utgangspunkt vurderes ut fra forholdene på skadelidtes side, men bransjeoppfatninger og samfunnsøkonomiske betraktninger kan sannsynligvis også spille inn.⁸⁹

Regelen i kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a innebærer som tidligere nevnt at mange av de tapspostene som er skilt ut som indirekte tap i bestemmelsens annet ledd enkelt kan konverteres til direkte tap ved at kompenserende tiltak iverksettes. En skadelidt som har blitt utsatt for forsinkelse av en maskin, regner seg f.eks. frem til at han ved driftsavbrudd vil tape 10.000 kroner hver dag. Han kan da leie inn åtte dagarbeidere som hver koster 1200 i lønnsutgifter per dag for å hindre at driftsavbrudd oppstår. Mens et tap på grunn av driftsavbrudd bare ville vært erstatningsmessig som indirekte tap, vil kostnadene til lønnsutgifter utgjøre direkte tap. Det er lett å se at kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a i stor grad huler ut den ansvarsbegrensing som sontringen mellom direkte og indirekte tap hadde til hensikt å innebære.

3.6.3 Utgifter pådratt for å begrense direkte tap, kjøpsloven § 67 tredje ledd litra b

Kjøpsloven § 67 tredje ledd litra b bestemmer at ”kostnader ved tiltak som begrenser annet tap enn det som annet ledd omfatter”, dvs. kostnader ved tiltak som begrenser direkte tap, skal være direkte tap. Dette gjelder uansett om kostnadene som er pådratt isolert sett er å regne som indirekte tap etter reglene i annet ledd. Tiltak som faller inn under litra b kalles ofte begrensingstiltak. Både den svenske og den finske kjøpsloven har tilsvarende regler.

Bestemmelsen må sees i sammenheng med litra a om kompensasjonstiltak. Parten skal kunne søke å begrense sitt tap, og kostnadene forbundet med dette skal uansett utgjøre direkte tap, jf. forarbeidenes begrunnelse som er gjengitt i punkt 3.6.1. Litra a og b overlapper hverandre på en rekke punkter, men det er likevel visse ulikheter.

⁸⁹ Krüger (1999) s. 518.

En form for tap som faller inn under ordlyden i litra b er hvor skadelidte lar et indirekte tap oppstå fordi dette er lavere enn, og dermed kan sies å begrense, et direkte tap. Det er også antatt i forarbeidene at slike begrensingstiltak faller inn under litra b.⁹⁰ Det skal her gis et konkret eksempel. Kjøper har fått levert en maskin til bruk i sin produksjon, men denne lider av mangler og må repareres. Driftsavbrudd kan unngås dersom kjøper leier en tilsvarende maskin, og kostnadene til leie av maskin vil utgjøre direkte tap etter regelen i kjøpsloven § 67 tredje ledd litra a. Dagsprisen for leie av en slik maskin overstiger imidlertid det tap kjøper vil bli pådratt ved å stanse hele driften inntil den mangelfulle maskinen er reparert. Ved å velge å pådra seg tap som følge av driftsavbrudd i stedet for de høyere kostnader ved leie av maskin, kan kjøper sies å ha gjennomført et tiltak som begrenser direkte tap etter kjøpsloven § 67 tredje ledd litra b. Eksemplet viser hvordan også litra b kan benyttes for å konvertere et indirekte tap til et direkte tap.

Hvor skadelidte risikerer å pådra seg et indirekte tap, kan han altså se etter mulige kompenserende tiltak, men forkaste disse dersom de blir for kostbare. Ved å gjøre dette transformerer han sitt indirekte tap til et direkte tap. De lege ferenda kan det stilles spørsmål ved om dette gir en fornuftig regel. Regelen vil innebære at i tilfeller hvor det for skadelidte har eksistert et alternativt direkte tap som kunne eliminert det indirekte tapet, vil skadelidte kunne konvertere sitt indirekte tap til direkte tap såfremt det kan sannsynliggjøres at han vurderte alternativet, men at dette ville medført høyere kostnader. Det er grunn til å tro at det i de langt fleste tilfeller eksisterer en eller annen kompensasjons- eller surrogatløsning å oppdrive i markedet. Blant aktører innenfor industrien er oppfatningen at det er vanskelig å få leid erstatningsmaskiner på rimelige økonomiske vilkår.⁹¹ Regelen gjør at store deler av pådratte indirekte tap kan transformeres til direkte tap alene fordi skadelidte har vurdert alternative tiltak. Den fører også til at den skadelidte som på skadetidspunktet ikke vurderte kompensasjonstiltak, likevel kan vinne frem overfor domstolene med at det pådratte indirekte tapet må konverteres til direkte tap

⁹⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 125.

⁹¹ Åslund (1991) s. 42.

fordi det fantes alternative dyrere tiltak som kunne vært iverksatt. Det kan være vanskelig for domstolene å avdekke om skadelidte i virkeligheten vurderte tiltaket eller ikke.

Forarbeidene fastslår at tiltak etter litra b må være formålstjenlige.⁹² Hvis ikke tiltaket rent faktisk begrenser et direkte tap, faller det utenfor litra b. I svensk juridisk teori påpekes det at et krav om formålstjenlighet skaper et spenningsforhold mellom bestemmelsen og tapsbegrensingsplikten, fordi skadelidte vil ha grunn til å unnlate å iverksette begrensingstiltak dersom han er usikker på om de vil være formålstjenlige.⁹³ Som en kommentar til dette, kan det nevnes at den som foretar begrensingstiltak nok relativt sjelden tenker over om han ved å gjøre dette begrenser et direkte eller et indirekte tap. I praksis vil det kunne fremstå som noe tilfeldig om et tiltak faller inn under litra b eller ikke.

Det kommer også til uttrykk i forarbeidene at bestemmelsen må forstås med den begrensning at kostnadene ikke i noe tilfelle kan overstige reduksjonen av det direkte tapet. Dette er også i samsvar med tapsbegrensingsplikten i kjøpsloven § 70 første ledd første punktum.⁹⁴

3.6.4 Erstatning i forbrukerkjøp, kjøpsloven § 67 tredje ledd litra c

Kjøpsloven § 67 tredje ledd litra c ble tatt inn i forbindelse med vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven. Den bestemmer at ”erstatning utbetalt til en forbrukerkjøper etter reglene i forbrukerkjøpsloven § 34” skal anses som direkte tap. Bakgrunnen for regelen er at forbrukerkjøpsloven § 34 pålegger en selger et vidtgående erstatningsansvar for produktskader, og at lovgiver anså det for å være rimelig at utbetalinger som følge av dette skal anses som direkte tap for selger overfor hans egen leverandør.

Det er sannsynlig at slikt tap uansett langt på vei vil representere direkte tap etter en tolking av kjøpsloven § 67 annet ledd litra c i lys av forarbeidene, jf. drøftelsen om den rettslige

⁹² Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 125.

⁹³ Herre (1996) s. 459.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 125.

stillingen til annet tap enn tapt fortjeneste på grunn av bortfall eller mislighold av kontrakt med tredjemann i punkt 3.4.3 over.

4 Problematisering og kritikk

4.1 Tolkingsproblemer

Når rettsregler er bygget opp på en måte som gjør at de er vanskelige å tolke, svekker det aktørenes muligheter til å forutberegne sin rettsstilling. Hensynet til forutberegnelighet står sentralt i kontraktsretten. Tolkingsproblemer skaper dessuten rettsusikkerhet, noe som også kan være prosessdrivende.⁹⁵ Lovteknikken som benyttes i kjøpsloven § 67, skaper en rekke tolkingsproblemer. Jeg vil fremheve noen av disse.

Måten de indirekte tapspostene i kjøpsloven § 67 annet ledd er formulert på kan betegnes som uklar og lite innlysende. Ordlyden er flere steder så vid at presiserende eller innskrenkende fortolkninger må foretas for å unngå overlapping mellom regler og inkonsekvens i loven, f.eks. i forholdet mellom litra a og c. Ved tolkingen av de indirekte tapspostene er det derfor som regel et sterkt behov for veiledning fra andre rettskilder. Som nevnt i innledningen, er det ikke alltid det finnes autoritative rettskilder å bygge på.

Et annet forhold som gjør sontringen problematisk, er den mulighet for konvertering fra indirekte til direkte tap som kjøpsloven § 67 tredje ledd gir. Kjøpsloven § 67 nødvendiggjør ofte en tolking i to ledd. Først må det tas stilling til om tapet er direkte eller indirekte etter annet ledd, og deretter må det vurderes om tapet likevel må anses som direkte på grunn av reglene i tredje ledd. Kjøpsloven § 67 tredje ledd er dessuten i seg selv vanskelig å anvende, ettersom litra a og b delvis overlapper hverandre. Det er ofte vanskelig å avgjøre hvilken konverteringsregel som regulerer kompensasjons- eller begrensingstiltaket i det enkelte tilfellet.

⁹⁵ Åslund (1991) s. 43-44.

De indirekte tapene er positivt avgrenset i forhold til de direkte tapene. Kjøpsloven § 67 første ledd første punktum er en generell regel som lister opp tapsposter hvor flere, men ikke alle, utgjør direkte tap. Når tapspostene i første ledd første punktum på denne måten presenteres atskilt fra de indirekte tapene, kan man bli ledet til å trekke den slutning at de opplistede tapspostene i første ledd første punktum representerer direkte tap. Det blir uriktig, ettersom man må gå via kjøpsloven § 67 annet og tredje ledd for å finne ut hva som er de direkte tapene.

Samlet sett innebærer det jeg til nå har fremhevet at sontringen mellom direkte og indirekte tap fremstår som svært detaljert og uoversiktlig. Krüger påpeker at detaljnivået i reguleringen ”stiller helt urealistiske krav til abstraksjonsevne og fagjuridisk skarpseiling hos brukerne av loven”.⁹⁶ Det kan f.eks. være svært problematisk for en skadelidt å vurdere om han skal gjennomføre et tapskompenserende tiltak, ut fra om han ved å gjennomføre tiltaket begrenser et direkte eller et indirekte tap (jf. kjøpsloven § 67 tredje ledd litra b). For den alminnelige næringsdrivende vil en slik vurdering jevnt over fremstå som både lite nærliggende og meget komplisert.

Som nevnt kan uklare rettsregler virke prosessdrivende, og det kan gis en rettsøkonomisk forklaring på dette. Forklaringen bygger på at uklare rettsregler gjør det problematisk for en part å overskue sin rettsposisjon. Hvor en kjøper har blitt pådratt tap som følge av selgers kontraktsbrudd, kan det fremstå som usikkert om tapet er erstatningsmessig eller ikke. Kjøper kan med andre ord ha ufullstendig informasjon. Ifølge rettsøkonomisk teori kan ufullstendig informasjon påvirke en saks forventede nettoverdi for den parten det gjelder, f.eks. ved å påvirke den forventede sannsynligheten for å vinne frem i retten. Resultatet av ufullstendig informasjon kan bli at kjøper støvner selger eller at han blir motvillig til å inngå forlik, selv om korrekt informasjon ville gitt en annen løsning.⁹⁷

⁹⁶ Krüger (1999) s. 440.

⁹⁷ Eide og Stavang (2005) s. 150.

4.2 Kompleksitet

Sondringen mellom direkte og indirekte tap førte til at lovgiver måtte differensiere også utløsningsfaktorene for erstatningsansvar. Dagens ordning innebærer som nevnt at man ved kontrollansvar kan få erstatning for sine direkte tap, mens man ved særskilt ansvarsgrunnlag i form av f.eks. tilsikring eller culpa kan få erstatning for både direkte og indirekte tap. Hadde vi ikke hatt sondringen mellom direkte og indirekte tap, ville kjøpsloven ikke trengt å operere med mer enn ett ansvarsgrunnlag. Da ville man blant annet unngått kompliserte culpavurderinger. Dette er den løsning som CISG bygger på. De differensierte ansvarsgrunnlagene skaper et ytterligere kompliserende element i reglene om erstatning ved mislighold av kjøpsavtaler.

4.3 Rettspolitisk diskutabile utfall

Enkelte utslag av skillet mellom direkte og indirekte tap er det vanskelig å se noen fornuftig begrunnelse for, og disse kan derfor gjøres til gjenstand for kritikk.

Et slikt utslag, er den i forarbeidene uttrykte reservasjon fra kjøpsloven § 67 annet ledd litra c om at tredjemannskrav fra kjøpers kunder skal være direkte tap. Slike tap er like vanskelige å forutse som ”tapt fortjeneste som følge av at en kontrakt med tredjemann faller bort eller ikke blir riktig oppfylt”, jf. drøftelsen i punkt 3.4.3.

En annet problem med kjøpsloven § 67 annet ledd, er presiseringen som er inntatt i litra c om at tapt fortjeneste som følge av at kontrakt med tredjemann faller bort eller ikke blir riktig oppfylt, bare skal være indirekte tap dersom kjøper ”uten rimelig grunn lar være å foreta dekningskjøp eller treffe andre tiltak for å unngå eller minske tapet”. Dette fører til at tapt fortjeneste som følge av bortfall eller mislighold av kontrakt med tredjemann som regel vil utgjøre et direkte tap, og ikke et indirekte tap. Det er grunn til å spørre om slikt tap er en så nærliggende følge av misligholdet at det er grunn til å kategorisere det som et

direkte tap. Slektskapet med indirekte tap som følge av driftsavbrudd etter kjøpsloven § 67 annet ledd litra a er nært, fordi det for begge disse tapsformene er snakk om en form for tapt inntekt eller fortjeneste. Forskjellen er at tap etter litra c forutsetter at tapet har sin bakgrunn i en bestemt og identifiserbar kontrakt, mens tap etter litra a gjelder tap av muligheten til å inngå avtaler i fremtiden. På bakgrunn av dette vil man kanskje si at tap etter litra c er noe mer nærliggende. Likevel må det vel sies å være like vanskelig for skadevolder å overskue det mulige tapet etter litra c som etter litra a. Skadelidtes kontrakter, antall bestillinger og fortjenestemarginer er typisk interne forhold som det er lite sannsynlig at skadevolder har innsikt i.

Sondringen mellom direkte og indirekte tap har fått mye kritikk i nordisk juridisk teori. Herre kritiserer på generelt grunnlag at dersom skadevolder forut for misligholdet kjente til at skadelidte risikerte å bli utsatt for visse konkrete tap, og kanskje også størrelsen på disse, så unngår han likevel erstatningsansvar dersom ansvarsgrunnlaget er kontrollansvar og det aktuelle tapet er indirekte. Kritikken minner om de norske forarbeidenes begrunnelse for innføringen av tillegget i kjøpsloven § 67 annet ledd litra c. Herre anser det for å være både merkelig og støtende at skadevolder skal kunne unngå ansvar i et tilfelle hvor skadelidtes tap er konkret forutseelig.⁹⁸ Mot både Herres kritikk og forarbeidenes begrunnelse kan det imidlertid innvendes at konkret rimelighet ofte er noe som må ofres for å kunne skape forutberegnelighet, generell rimelighet og retts teknisk anvendbare regler. De indirekte tapene er skilt ut fordi de etter sin art er mindre nærliggende og forutseelige enn de direkte tapene. Urimelige resultater som har sin bakgrunn i konkrete forhold må man ta med på kjøpet, både som følge av sondringen mellom direkte og indirekte tap og andre generelle juridiske konstruksjoner.

⁹⁸ Herre (1996) s. 686-687.

4.4 Lite ansvarsbegrensing

Avgrensingen under kontrollansvaret mot de indirekte tap gir en beskjeden ansvarsbegrensing. Dette skyldes både det begrensede omfanget av kjøpsloven § 67 annet ledd og konverteringsreglene i tredje ledd.

Utformingen av bestemmelsene om indirekte tap gjør at særlig kjøpsloven § 67 annet ledd litra c og d inneholder svært liten, om noen, ansvarsbegrensing.⁹⁹ Hagstrøm har gitt uttrykk for at bestemmelsene er overflødige, noe det er lett å være enig i.¹⁰⁰

Konverteringsreglene i kjøpsloven § 67 tredje ledd gjør at også annet ledd litra a og b får redusert betydning som ansvarsbegrensinger.¹⁰¹ Indirekte tap som følge av driftsavbrudd eller avsavn kan ofte konverteres til direkte tap ved hjelp av bestemmelsene i tredje ledd litra a og b. Selv i Sverige, der man bare har en regel tilsvarende den norske tredje ledd litra b, blir konverteringsadgangen kritisert for å føre til at alt for mye indirekte tap kan gjøres om til direkte tap.¹⁰²

Samlet ser man at den kompliserte øvelse som bruken av kjøpsloven § 67 er, sjelden vil begrense skadelidtes erstatningskrav. Det blir da på sin plass å spørre om innsatsen står i forhold til det man oppnår av resultater i form av ansvarsbegrensing.

Åslund har kritisert at avgrensingen mot indirekte tap gir lite ansvarsbegrensing med bakgrunn i at det i næringslivet eksisterer en egen oppfatning av hva som utgjør de indirekte tap. Hun mener at en betydelig forskjell mellom lovens grense og oppfatningene i næringslivet kan bidra til å gjøre hele reguleringen forfeilet.¹⁰³ I punktet under fremheves

⁹⁹ Se punkt 3.4.4 og 3.5.4.

¹⁰⁰ Hagstrøm (2005) s. 282.

¹⁰¹ Se punkt 3.2.6 og 3.3.3.

¹⁰² Åslund (1991) s. 40 og Håstad (2003) s. 213.

¹⁰³ Åslund (1991) s. 49.

tendenser som muligens har sin bakgrunn i forskjellen mellom lovens regulering og næringslivets oppfatninger.

4.5 Mottakelse i næringslivet

En av departementets begrunnelser for å sondre mellom direkte og indirekte tap, var som nevnt at sontringen hadde røtter i kontraktspraksis. Ved å lovfeste sontringen så man for seg at lovens løsning ville kunne tjene som et hjelpemiddel for tolkningen av ansvarsfraskrivelsesklausuler av tilsvarende karakter. Trolig var ikke sontringen mellom direkte og indirekte tap spesielt vanlig å benytte i kontraktspraksis før kjøpslovens vedtakelse, jf. redegjørelsen i punkt 2.2.3. Det er imidlertid likevel av interesse å finne ut om næringslivets aktører etter at kjøpsloven har trådt i kraft, har begynt å benytte en sontring mellom direkte og indirekte tap tilsvarende lovens regulering. En annen ønskelig effekt som departementet vektla under arbeidet med reguleringen, var at næringslivsaktørene i sine avtaler kunne unnlate å ta inn egne ansvarsbegrensingsklausuler i sine kontrakter, og i stedet falle tilbake på kjøpslovens regler om direkte og indirekte tap. Har noen av disse antakelsene slått til?

Saleform 93 inneholder fortsatt ingen sontring mellom direkte og indirekte tap. Ansvar i kontrakten er begrenset på den måten at ansvarsgrunnlaget (ved selgers mislighold) er et culpaansvar.

NL- og NLM-kontraktene fjernet i løpet av 1980-tallet den sontring mellom direkte og indirekte tap som er nærmere beskrevet i punkt 2.2.3, og inneholder i dag bare ansvarsbegrensingsklausuler av annen art. Ved både forsinkelse og mangler som fører til at avtalen blir hevet, er erstatningsansvaret begrenset oppad til 15 % av kjøpesummen. Kontraktene inneholder også en regel som begrenser selgers produktansvar ved mangler i

forhold til den løsning som kjøpsloven ville gitt.¹⁰⁴ NLG 95 inneholder samme ansvarsbegrensklausuler som NL- og NLM-kontraktene.

NS 3409 fra 1991 er en standardkontrakt utarbeidet av Standard Norge, som gjelder kjøp av byggevarer i næring. En ny standardkontrakt for kjøp av byggevarer, NS 8409, er i disse dager under utarbeidelse. På forespørsel uttaler Standard Norges komitéleder for den nye kontrakten¹⁰⁵ at man for erstatningsansvaret har valgt å videreføre reguleringen i NS 3409. Han uttaler også at man har hatt som generell målsetning ved utarbeidelsen av begge disse standardkontraktene å legge seg tett opp kjøpslovens regler, men å gi avvikende reguleringer der dette synes nødvendig.

I lys av denne uttalelsen er det interessant å observere at NS 3409 for erstatningsansvaret ved mangler viser til kjøpslovens regler, men at den i tillegg inneholder en avvikende regulering av hva som er direkte og indirekte tap. NS 3409 punkt 8.2 bestemmer at direkte tap skal være ”krav fra kjøperens kunde eller byggherre og økte omkostninger som følge av den mangelfulle levering”, samt ”utgifter som kjøperen pådrar seg for å utbedre, avverge eller begrense virkninger av mangelfull leveranse til kunde eller byggherre”. Jeg tolker dette til å omfatte tredjemannskrav, utlegg og kostnader til kompensasjonstiltak. For tap ut over dette er selger erstatningsansvarlig dersom det foreligger særskilt ansvarsgrunnlag. For forsinkelsestilfellet inneholder kontrakten en lignende regulering.¹⁰⁶

Ingen av departementets antakelser om virkningen av sontringen mellom direkte og indirekte tap for kontraktspraksis synes å ha slått til. Ansvarsbegrensklausuler er utbredt, så det ser ikke ut til at lovens sontring har minsket behovet for slike. Mange kontraktsklausuler om ansvarsbegrensning bygger ikke på kjøpslovens sontring mellom direkte og indirekte tap, men snarere på helt andre mekanismer. Det er sannsynlig at kjøpslovens sontring ikke anses for å representere en god løsning. Kan hende har noen av

¹⁰⁴ NLM 94 og 02 samt NL 92.

¹⁰⁵ Birkeland (2008).

¹⁰⁶ NS 3409 punkt 7.1 til 7.3.

problemene tilknyttet kjøpsloven § 67 tvert imot ført til et økt behov for individuell regulering av erstatningsutmålingen i kontrakt.

5 Oppsummering og forslag til endring

Selv om den legislative begrunnelsen for innføringen av sontringen mellom direkte og indirekte tap lider av flere svakheter, fremstår det på prinsipielt grunnlag som rimelig å sortere ut de mer uvisse, individuelle og fjerntliggende tap fra erstatningsansvaret under kontrollansvaret. Dette har først og fremst bakgrunn i hensynet til en rimelig risikofordeling mellom kjøper og selger. Hensynet til regeldannelse i obligasjonsretten og felleseuropeiske regler utgjør sentrale mothensyn.

Kjøpslovens regulering synes ikke å oppfylle målsettingen om en rimelig risikofordeling på en hensiktsmessig måte. Det er flere problemer med sontringen, og de knytter seg til både dens innhold og utforming. Kjøpsloven § 67 har fått en svært detaljert utforming, og bestemmelsen er vanskelig å tolke. Skillet mellom direkte og indirekte tap nødvendiggjør også en differensiering av ansvarsgrunnlagene, slik at hele erstatningsreguleringen som system blir mer komplisert. Etter å ha analysert de mange elementene i kjøpsloven § 67, blir det også tydelig at sontringen mellom direkte og indirekte tap i realiteten avgrenser mot svært få tapstyper. Den gir dessuten visse utslag som er rettspolitisk diskutabile. Vurdert i lys av alle ulempene knyttet til bestemmelsen, er det ikke oppsiktsvekkende at kontraktspraksis unnlater å basere seg på kjøpslovens § 67 som ansvarsbegrensing og i stedet kontraktsfester andre ansvarsbegrensningsmekanismer eller gjør modifikasjoner i forhold til den lovfestede regel.

Systemet i kjøpsloven § 67 synes lite tilfredsstillende. Et sentralt spørsmål blir da hvilke alternative ansvarsbegrensinger som kan være aktuelle å lovfeste i stedet.

I svensk juridisk teori argumenterer Herre og Åslund for at sondringen mellom direkte og indirekte tap bør fjernes i sin helhet, slik at skadelidte som utgangspunkt får rett til erstatning for hele sin positive kontraktsinteresse. I stedet mener de at det i Sverige bør innføres en ansvarsbegrensning basert på en regel om påregnelighet slik som i CISG art. 74.¹⁰⁷ Regelen bestemmer at påregnelig tap er ”tap som den misligholdende part forutså eller burde ha forutsett ved avtaleslutningen som en mulig konsekvens av kontraktbruddet i lys av de kjensgjerninger og forhold som han da kjente til eller burde kjent til”. I Norge har vi allerede lovfestet CISGs krav om påregnelighet i kjøpsloven § 67 første ledd annet punktum. Skal man følge Herre og Åslunds anbefaling, vil den aktuelle endring for Norges del kun bestå i en fjerning av sondringen mellom direkte og indirekte tap. Selv om påregnelighetsregelen vil avskjære enkelte ekstraordinære og svært uforutsigbare tap, vil en fjerning av sondringen mellom direkte og indirekte tap likevel representere en innstramming av erstatningsansvaret. Dersom erstatningsansvaret blir urimelig tyngende, kan lempingsregelen i kjøpsloven § 70 annet ledd benyttes for å bøte på dette.¹⁰⁸ Det er dessuten grunn til å tro at næringsaktørene uansett vil fortsette å avtale erstatningsklausuler som passer for sine avtaleforhold, og på denne måten oppnå konkret rimelighet.

En annen mulighet er å lovfeste en beløpsgrense for erstatningsansvaret slik det er praksis å gjøre i flere standardkontrakter. Dette vil medføre en retts teknisk enkel regel. Skadevolder og skadelidte vil dessuten få mulighet til å foreta en nøyaktig forhåndsregning av sine eventuelle erstatningsansvar og erstatningskrav ved mislighold, og en beløpsgrense vil på denne måten gi stor grad av forutberegnelighet. Det er imidlertid problematisk å skulle lovfeste en prosentmessig fastsatt beløpsgrense som passer for alle typer kjøp. Beløpsbegrenset erstatningsansvar passer trolig best i individuelle kontrakter eller standardkontrakter, der man i større grad kan ta hensyn til spesielle omstendigheter ved det enkelte kjøpsforholdet.

¹⁰⁷ Herre (1996) s. 679 og Åslund (1991) s. 45.

¹⁰⁸ Håstad (1991) s. 213.

Selv mener jeg at en aktuell løsning vil være å innføre den regulering som CISG gir anvisning på, det vil si en fjerning av skillet mellom direkte og indirekte tap som nevnt over. Kjøpslovens påregnelighetsvurdering og lempingsregel gir samlet relativt stor fleksibilitet for erstatningsutmålingen. Løsningen vil også kunne føre til økt forutberegnelighet, forutsatt at påregnelighetsvurderingen og lempingsregelen blir praktisert med en viss fasthet. Ved påregnelighetsvurderingen kan man dessuten bygge på det store tilfang av rettskilder som knytter seg til CISG.

Lovtekst

1988	Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27
2002	Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34
1988	Lov om produktansvar (produktansvarsloven) av 23. desember 1988 nr. 104
1992	Lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven) av 03. juli 1992 nr. 93

Utenlandsk lovtekst

Köplag	Köplag (1990:931) [Sverige]
Köplag	Köplag (355/1987) [Finland]

Konvensjoner

CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Wien 11. april 1980
------	--

Forarbeider

NOU 1976:34

NU 1984:5

Ot.prp. nr. 80 (1986-1987)

Innst.O nr. 51 (1987-1988)

Forhandl. i Odelstinget (1988)

Besl.O nr. 65 (1987-1988)

Besl.O nr. 66 (1987-1988)

Forhandl. i Lagtinget (1988)

Lov om kjøp

Nordiska köplagar

A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løseørekjøp, vedtatt 11. april 1980

Innstilling fra justiskomiteen om A) Kjøpslov og B) Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løseørekjøp, vedtatt 11. april 1980

26. april 1988, sak nr. 2 Innstilling fra justiskomiteen om A) Kjøpslov og B) Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løseørekjøp, vedtatt 11. april 1980

Vedtak til lov om kjøp

Vedtak til lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løseørekjøp, vedtatt 11. april 1980

03. mai 1988, sak nr. 2 Odelstingets vedtak til lov om kjøp

Utenlandske forarbeider

SOU 1976:66

Proposition 1988/1989:76

Köplag

Ny Köplag

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 2005 s. 275

Rt. 2004 s. 675

Rt. 1993 s. 1202

Rt. 1992 s. 1469

Rt. 1973 s. 1153

Rt. 1972 s. 1350

Rt. 1970 s. 1059

Rt. 1945 s. 388

Rt. 1937 s. 323

Hårfjerningsapparat

Agurkpinne

Lettbetongblokk

Minkfôr

E-vitamin

Knutelin

Revefôr

Lagmannsrett:

LG-2006-40066

LB-2003-86

LB-1999-2544

Litteraturliste

Bergem, Konow og Rognlien (2008)

Bergem, John Egil, Konow, Berte Elen og Rognlien, Stein: *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp*, Oslo: Juridisk Forlag AS 2008 (3. utgave).

Eide og Stavang (2005)

Eide, Erling og Stavang, Endre: *Rettsøkonomi I*, Oslo: Cappelen Forlag AS 2005.

- Hagstrøm (2005) Hagstrøm, Viggo: *Kjøpsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 2005.
- Hagstrøm (2003) Hagstrøm, Viggo: *Obligasjonsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 2003 (3. opplag).
- Hellner (1966) Hellner, Jan: *The limits of contractual damages in the Scandinavian Law of Sales*. I: *Scandinavian Studies in Law* 1966 s. 37 flg.
- Herre (1996) Herre, Johnny: *Ersättninger i köprätten - Særskilt om skadestandsberäkning*, Stockholm: Juristförlaget 1996.
- Hov (2002) Hov, Jo: *Avtalebrudd og partsskifte (Kontraktsrett II)*, Oslo: Papinian 2002 (3. utgave).
- Håstad (2003) Håstad, Torgny: *Den nya köprätten*, Uppsala: Iustus Förlag 2003 (5. opplag).
- Krüger (1999) Krüger, Kai: *Norsk Kjøpsrett*, Bergen: Alma Mater Forlag A/S 1999.
- Krüger (2005) Krüger, Kai: *Omsetningstap i grønnsaksbransjen – Frimodig ytring om agurkpinne-dommen, Rt-2004-675*. I: *Jussens Venner* 2005 s. 198.
- Ramberg (1995) Ramberg, Jan: *Köplagen*, Stockholm: Norstedts Juridik 1995.
- Ramberg og Herre (2007) Ramberg, Jan og Herre, Johnny: *Allmän köprätt*, Stockholm: Norstedts Juridik 2007 (4. opplag).
- Åslund (1991) Åslund, Erika: *Säljarens skadestandsansvar*, Stockholm: Juristförlaget 1991.

Standardkontrakter

- NL 70 NL 70 Alminnelige leveringsbetingelser for leveranser av maskiner og annet mekanisk og elektrisk utstyr i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige. Vedtatt i 1971 av Sammenslutningen af Arbejdsgivere indenfor Jem- og Metalindustrien i Danmark (Danmark), Suomen Metalliteollisuusyhdistys – Finlands Metallindustriförening r.y.r.f. (Finland), Mekaniske Verksteders Landsforening (Norge), samt Sveriges Mekanförbund (Sverige)
- NL 79 NL 79 Alminnelige leveringsbetingelser for leveranser av maskiner og annet mekanisk og elektrisk utstyr i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige. Vedtatt i 1979 av Sammenslutningen af Arbejdsgivere indenfor Jem- og Metalindustrien i Danmark (Danmark), Suomen Metalliteollisuuden Keskuliitto – Finlands Metallindustris Centralförbund r.y. (Finland), Mekaniske Verksteders Landsforening (Norge), samt Sveriges Mekanförbund (Sverige)
- NL 92 NL 92 Generelle leveringsbetingelser for leveranser av maskiner og annet mekanisk, elektrisk og elektronisk utstyr innenfor og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige. Vedtatt i 1992 av Hovedorganisasjonen Dansk Industri (Danmark), Metalliteollisuuden

- NLM 61 Keskuliitto – Metallindustriins
Centralförbund r.y. (Finland),
Teknologibedriftenes Landsforening (Norge)
samt Sveriges Verkstadsindustrier (Sverige)
NLM 61 Alminnelige betingelser for levering
og montering av maskiner og annet mekanisk
og elektrisk utstyr mellom Danmark, Finland,
Norge og Sverige samt innenfor disse land.
Vedtatt i 1961 av Sammenslutningen af
Arbejdsgivere indenfor Jern- og
Metalindustrien i Danmark (Danmark),
Suomen Metalliteollisuusyhdistys – Finsk
Metallindustriforening r.y.r.f. (Finland),
Mekaniske Verksteders Landsforening
(Norge), samt Sveriges Mekanförbund
(Sverige)
- NLM 94 NLM 02 Alminnelige leveringsbetingelser for
levering og montering av maskiner og annet
mekanisk, elektrisk og elektronisk utstyr i og
mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige.
Vedtatt i 1994 av Hovedorganisasjonen Dansk
Industri (Danmark), Metalliteollisuuden
Keskuliitto – Metallindustriins
Centralförbund r.y. (Finland),
Teknologibedriftenes Landsforening (Norge)
samt Sveriges Verkstadsindustrier (Sverige)
- NLM 02 NLM 02 Alminnelige leveringsbetingelser for
levering og montering av maskiner og annet
mekanisk, elektrisk og elektronisk utstyr i og
mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige.

- NLG 69 Vedtatt i 2002 av Hovedorganisasjonen Dansk Industri (Danmark), Metalliteollisuuden Keskuliitto – Metallinduistruins Centralförbund r.y. (Finland), Teknologibedriftenes Landsforening (Norge) samt Sveriges Verkstadsindustrier (Sverige)
- NLG 69 Alminnelige leveringsbetingelser for støpegods i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige. Vedtatt i 1969 av Sammenslutningen af Arbeidsgivere indenfor Jem- og Metalindustrien i Danmark og Danske Støberiers Brancheforening (Danmark), Suomen Metalliteollisuusyhdistys – Finlands Metallindustriforening (Finland), Mekaniske Verksteders Landsforening (Norge), samt Svenska Gjuteriföreningen (Sverige)
- NLG 81 NLG 81 Alminnelige leveringsbetingelser for støpegods i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige. Vedtatt i 1980 av Sammenslutningen af Arbeidsgivere indenfor Jem- og Metalindustrien i Danmark og Danske Støberiers Brancheforening (Danmark), Suomen Metalliteollisuuden Keskuliitto – Finlands Metallindustris Centralförbund r.y. (Finland), Mekaniske Verksteders Landsforening (Norge), samt Svenska Gjuteriföreningen (Sverige)
- NLG 95 NLG 95 Alminnelige leveringsbetingelser for støpegods mellom Danmark, Finland, Norge

NLS 67

og Sverige samt innenfor disse land. Vedtatt i 1995 av Hovedorganisasjonen Dansk Industri (Danmark), Metalliteollisuuden Keskuliitto – Metallindustriens Centralförbund r.y. (Finland), Teknologibedriftenes Landsforening (Norge) samt Svenska Gjuteriföreningen (Sverige)

NLS 67 Alminnelige leveringsbetingelser for leveranser av standardvarer som skruer, spiker, komponenter og andre mengdevarer i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige. Vedtatt i 1967 av Sammenslutningen af Arbejdsgivere indenfor Jern- og Metalindustrien i Danmark (Danmark), Suomen Metalliteollisuusyhdistys – Finlands Metallindustri-förening r.y. (Finland), Mekaniske Verksteders Landsforening (Norge), samt Sveriges Mekanförbund (Sverige)

NLS 82

NLS 82 Alminnelige leveringsbetingelser for leveranser av standardvarer som skruer, spiker, komponenter og andre mengdevarer mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige samt innenfor disse land. Vedtatt i 1982 av Sammenslutningen af Arbejdsgivere indenfor Jern- og Metalindustrien i Danmark (Danmark), Suomen Metalliteollisuuden Keskuliitto – Finlands Metallindustri Centralförbund r.y. (Finland), Mekaniske

NS 3409	<p>Verksteders Landsforening (Norge), samt Sveriges Mekanförbund (Sverige)</p> <p>NS 3409 Alminnelige kontraktsbestemmelser om kjøp av byggevarer. Utgitt i 1991 av Standard Norge og Pronorm AS.</p>
Saleform 93	<p>Saleform 1993 Norwegian Shipbrokers Memorandum of Agreement for Sale and Purchase of Ships (Saleform) vedtatt i 1993 av Norsk Skipsmeglerforening, Nordisk Skipsrederforening og BIMCO.</p>

Meddelelser

Birkeland (2008)	<p>Birkeland, Jørgen (Standard Norge). Telefonsamtale. 11. mars 2008.</p>
------------------	---