

Adgangen til å fremsette direktekrav

- Særlig om betydningen av avtalte ansvarsfritak i kontraktskjeden

Kandidatnummer: 225

Leveringsfrist: 15. januar 2015

Antall ord: 39 738



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Avhandlingens tema.....	1
1.2	Kontraktskjeden og partene	2
1.3	Rammene for avhandlingen	4
1.3.1	Problemstillingene	4
1.3.2	Avgrensninger	5
1.4	Rettskildebruk og metode	6
1.5	Den videre fremstillingen.....	9
2	ADGANG TIL Å FREMSETTE DIREKTEKRAV	10
2.1	Utgangspunkt: relativitetsgrunnsetningen.....	10
2.2	Direktekrav-instituttets fremvekst.....	11
2.2.1	Historikk og endrede samfunnsforhold	11
2.2.2	Lovfesting av direktekrav	12
2.2.3	Hensyn for og mot direktekrav	14
2.3	Hjemmelsgrunnlag for direktekrav	19
2.3.1	Sondring mellom de ulike grunnlagene.....	19
2.3.2	Avledet kontraktsansvar	21
2.3.3	Deliktsansvar	30
2.3.4	Ugrunnet berikelse.....	31
3	KONTRAKTSRETTLIG PERSPEKTIV	34
3.1	Innledning	34
3.1.1	Problemstillingene	34
3.1.2	Avtalte ansvarsfritak.....	35
3.1.3	Struktur i direktekrav basert på kontrakt	36
3.2	Kjøpsrett.....	42
3.2.1	Innledning.....	42
3.2.2	Direktekrav etter kjøpsloven § 84 første ledd	42
3.2.3	Ansvarsfritak i kontraktsforholdet mellom A og B	44
3.2.4	Ansvarsfritak i kontraktsforholdet mellom B og C	49
3.3	Entrepriserett.....	54
3.3.1	Innledning.....	54
3.3.2	Direktekrav etter NS 8405 punkt 37	55
3.3.3	Ansvarsfritak i entrepriseforholdet	57
3.4	Heterogene kontraktskjeder	59

4	ERSTATNINGSRETTLIG PERSPEKTIV	60
4.1	Innledning	60
4.1.1	Problemstillingene	61
4.1.2	Alminnelige bemerkninger om erstatningsrett	62
4.1.3	Forholdet til forsikringsretten	63
4.2	Deliktsrettslige direktekrav i kontraktskjeder	64
4.2.1	Kan alminnelige erstatningsrettslige regler anvendes i kontraktsforhold?	64
4.3	Hvilken betydning får adgangen til å fremsette deliktskrav i en kontraktskjede?	71
4.3.1	Innledning	71
4.3.2	Avtalte ansvarsfritak	72
4.3.3	Misligholdsbeføyelser	75
4.3.4	Reklamasjonsfrister	76
4.3.5	Foreldelse av direktekrav	76
4.4	Prosessuelle begrensninger – rettskraftens objektive grenser	80
4.5	Konkurrerende ansvarsgrunnlag for direktekrav	82
4.5.1	Innledning	82
4.5.2	Hvordan løses konkurrans-problematikken i fremmed rett?	83
4.5.3	Finnes det en alminnelig lære om konkurrens i norsk rett?	87
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	92
	KILDEREGISTER	94
	Norske lover	94
	Utenlandske lover.....	95
	Forarbeider	95
	Norsk rettspraksis.....	96
	Utenlandsk rettspraksis	97
	Juridisk litteratur	98
	Juridiske artikler.....	102
	Kontrakter.....	104
	Andre kilder.....	105

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Det overordnede temaet for avhandlingen er rekkevidden av adgangen til å fremsette direktekrav i kontraktskjeder, det vil si tilfeller hvor det foreligger kontrakter i flere ledd. Direktekrav innebærer at et senere ledd i en kontraktskjede kan fremme misligholdskrav eller kreve erstatning fra medkontrahentens kontraktspart.¹

Avhandlingen undersøker i hvilken grad ansvarsbegrensninger som foreligger i ett av leddene i en kontraktskjede, i entreprise- eller profesjonelle kjøpsforhold, får innvirkning på adgangen til å fremsette et kontraktsrettslig direktekrav. Videre undersøkes det hvorvidt den som fremsetter et direktekrav eventuelt kan unngå kontraktskjedens avtalte begrensninger gjennom å fremsette et alminnelig erstatningskrav utenfor kontrakt.² Problemstillingen har et tosidig perspektiv. Det foretas først en vurdering av hvordan den som direktekravet fremsettes mot kan begrense sitt eget ansvar gjennom ansvarsfritaksklausuler. Deretter ses det nærmere på om, og eventuelt hvordan, den som fremsetter direktekravet kan omgå de aktuelle begrensningene.

Utgangspunktet i norsk obligasjonsrett er at en kontrakt kun etablerer rettigheter og plikter mellom partene.³ Rettssetningen har sin opprinnelse i et romerrettslig prinsipp, og må ses i sammenheng med prinsippet om at viljen fungerer som et grunnlag for kontrakten: det såkalte viljeprinsippet.⁴ Partene står fritt til å bestemme over egne rettsforhold, men avtalen vil som hovedregel ikke kunne påvirke en tredjepersons rettsstilling.

Både i kjøpsretten og entrepriseretten er utgangspunktet at kjøpekontrakten eller standardavtalen etablerer rettigheter og plikter mellom de kontraherende parter. I kjøpsretten består partskonstellasjonen som regel av selger og kjøper, mens den i entrepriseretten vil bestå av entreprenør og byggherre. Hvem av partene som karakteriseres som debitor eller kreditor vil imidlertid være relativt alt etter hvilket krav det dreier seg om. Dersom man har å gjøre med en vare eller ytelse som er mangelfull, vil kreditor kunne gjøre ulike sanksjoner (misligholdsbeholdninger) gjeldende mot debitor. Debtors forpliktelse og kreditors fordring representerer et skyldforhold – en obligasjon – som binder partene sammen.⁵

¹ Krüger lanserte for første gang begrepet «direktekrav» som fellesbetegnelse på krav etter Kjøpsloven 1988 §§ 84-85, jf. Krüger (1999) s. 487.

² Problemstillingen er basert på innspill fra David M. Echenberg, Senior Counsel i General Electric International, Inc i forbindelse med APA-prosjektet ved UiO. Mailkorrespondanse 30.03.14 til 03.04.14.

³ Hagstrøm (2002) s.790.

⁴ Jervell (1994) s. 907.

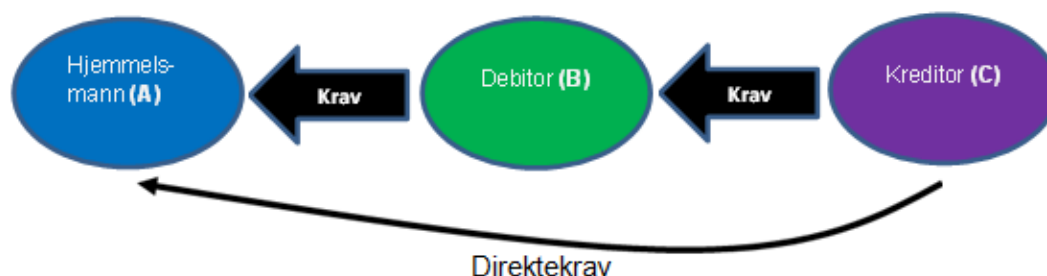
⁵ Zimmermann (1996) s. 1.

I tilfeller hvor det foreligger en kjede av kontrakter – en salgsvare overføres for eksempel fra produsenten til selger, og deretter fra selger til kjøper – vil man imidlertid ha å gjøre med en rekke skyldforhold som kan være mer eller mindre uavhengige av hverandre. Som regel vil de ulike kontraktene i en kontraktskjede ha ett felles formål, nemlig å frembringe kontraktsgjensstanden. Dersom det foreligger en feil eller mangel i ett av kontraktsleddene, vil dette kunne skape negative ringvirkninger for kontraktsparter lengre frem i kontraktskjeden. I slike tilfeller kan det være ønskelig å fremsette krav direkte mot tidligere salgsledd. Ved å fremsette direktekrav kan den som har blitt utsatt for et mislighold hoppe over ett (eller flere) ledd i en kontraktskjede, og rette sitt krav direkte mot direktekravsdebitor (medkontrahentens debitor).

Situasjonen er ikke upraktisk, og som Høyesterett har uttalt, kan «spørsmålet [...] oppstå på alle områder hvor den som skal levere en ytelse under oppfyllelsen av en kontrakt, benytter seg av selvstendige oppdragstakere eller i sin tur har mottatt samme ytelse fra andre, typisk ved salg gjennom flere ledd».⁶

1.2 Kontraktskjeden og partene

Avhandlingen vil benytte A, B og C for å illustrere kontraktskonstruksjonene. Bakgrunnen for dette er at avhandlingen enkelte steder behandler ulike kontraktstyper samtidig, og det vil derfor ikke være dekkende å vise til partene eller begrepsapparatene som er spesielle for den enkelte kontraktstype. I denne avhandlingen vil *direktekravsdebitor A* (hjemmelsmannen) være betegnelsen på den som direktekravet fremsettes mot, enten det er produsent eller kontraktsmedhjelper, *debitor B* (skyldneren) brukes til å beskrive mellomleddet i form av selger eller entreprenør, mens *direktekravskreditor C* (fordringshaveren) er kjøperen eller byggheren som fremsetter et direktekrav. For å gjøre fremstillingen oversiktlig begrenses kontraktskjeden til tre ledd. Kontraktskjeden kan illustreres slik:



⁶ Rt-1998-656 s. 660.

Direktekrav forutsetter at det foreligger kontrakter i flere ledd i kontraktskjeden, eksempelvis en kontrakt mellom direktekravsdebitor A og debitor B, samt mellom debitor B og direktekravskreditor C. *Kontraktskjedens reguleringer* brukes i denne avhandlingen som et samlebegrep på avtaler og klausuler inntatt i de ulike ledd i en kontraktskjede.⁷ Der sondringen er av betydning vil avhandlingen benytte begrepene *homogene* og *heterogene* kontraktskjeder.⁸ Homogene kontraktskjeder betegner tilfeller hvor kontraktskjeden består av flere tilsvarende kontrakter, for eksempler flere ledd med kjøpekontrakter. Heterogene kontraktskjeder består av flere *ulike* kontrakter. Dette vil ofte være tilfellet i entrepriseforhold, hvor det mellom leverandør A og entreprenør B kan foreligge en kjøpsavtale, mens avtalen mellom entreprenør B og byggherre C kan være regulert av en standardkontrakt.

I tilfeller hvor C har mottatt en mangelfull ytelse fra sin medkontrahent B, vil C ha et krav som han ønsker å få dekket. Dersom B er konkurs, har et ugunstig vernetting eller av andre årsaker er utilgjengelig, vil det kunne være både kostnads- og tidsbesparende for C å fremsette et direktekrav mot A. Det kan også tenkes at A praktisk sett er nærmest til å rette opp feilen, idet B kanskje ikke har midler eller kompetanse til å ordne opp direkte overfor C. Sannsynligheten for at C får dekket sitt krav vil øke dersom han har flere ansvarssubjekter å forholde seg til, herunder Bs medkontrahent A. Videre vil det være gunstig for C dersom han kan underbygge sitt direktekrav med flere ulike ansvarsgrunnlag, for eksempel både erstatningsansvar og kontraktsansvar.⁹ Bakgrunnen for dette er at det kan tenkes tilfeller hvor kravet er bortfalt på kontraktsgrunnlag men ikke etter erstatningsreglene.

Hvis man derimot vurderer situasjonen fra As side, vil det være ønskelig å begrense eget ansvar og risikoeksponering overfor medkontrahent så vel som senere kreditorer. For å skape forutberegnelighet vil A som regel prøve å kontraktsregulere sitt ansvar gjennom ulike typer ansvarsfritak i avtalen. Denne typen klausuler vil kunne innebære en avtale om at vanlige misligholdsbeføyelser ikke skal inntre, eller at de bare skal inntre dersom bestemte forutsetninger foreligger.¹⁰ Ettersom A ikke står i noe kontraktsforhold til C, vil A forsøke å begrense Cs rettigheter gjennom avtaleforholdet med B.

⁷ Tørum (2007).

⁸ Ulfbeck (2000) s. 131.

⁹ I norsk rettspraksis finnes det flere eksempler på at ulike ansvarsgrunnlag påberopes i samme sak. Det kan for eksempel vises til Rt-1998-656 og LG-2001-1235 hvor direktekrav ble forsøkt underbygget med hjemmel både i delikts- og kontraktsretten.

¹⁰ Hagstrøm (2011) s. 643.

1.3 Rammene for avhandlingen

1.3.1 Problemstillingene

Avhandlingen kan grovt sett deles inn i to overordnede og til dels overlappende problemstillinger. En nødvendig forutsetning for problemstillingene er at det foreligger en adgang til å fremsette direktekrav. Kapittel 2 redegjør derfor for den materielle adgang til å fremsette direktekrav etter norsk rett, herunder de ulike hjemmelsgrunnlag for direktekrav. Problemstillingene behandles deretter mer inngående i de påfølgende kapitler.

Den første problemstillingen er om avtalte ansvarsfritak i kontraktskjeden påvirker adgangen til å fremsette direktekrav. Med ansvarsfritak menes klausuler i de ulike kontraktene hvor parten fraskriver seg – helt eller delvis – ansvar som følge av at det foreligger feil eller mangler ved ytelsen. For å skape forutsigbarhet, vil ofte A forsøke å kontraktsregulere sitt ansvar overfor medkontrahenten B. Avtalen mellom A og B danner grunnlaget for As risikovurderinger, og vil også kunne spille en rolle for hvilke forsikringer A tegner for sin bedrift. Det vil for A være av stor betydning om eventuelle ansvarsbegrensninger bare gjelder for medkontrahenten B, eller om de også gjelder for senere kontraktsledd C. Det vil herunder problematiseres om A kan benytte avtalte ansvarsfritak, enten i kontraktsforholdet A-B eller B-C, for å begrense kreditor Cs direktekrav. Som vi skal se vil både avtalen mellom partene, hvilket kontraktsledd avtalen er inngått i, samt hvilken direktekravs-modell C bygger sitt krav på få innvirkning på resultatet.

Den andre problemstillingen er om C, dersom det foreligger en ansvarsbegrensning i kontraktskjeden som begrenser Cs direktekrav, har anledning til å velge et annet hjemmelsgrunnlag som fremstår som mer fordelaktig fra hans ståsted. Direktekrav kan basere seg på ulike grunnlag. Et sentralt skille går mellom direktekrav som bygger på mangler eller skader som følger av kontraktsforholdet mellom partene (kontraktsbaserte direktekrav), og direktekrav som normalt oppstår uavhengig av kontraktsforholdet (deliktsbaserte direktekrav). Ettersom ansvarsbegrensninger er kontraktsrettslige, vil de i utgangspunktet ikke få virkning i deliktsforhold.

Logisk sett kan det være betenkelig å betegne et *deliktskrav* som en form for direktekrav, ettersom det strengt tatt dreier seg om et krav fra skadelidte mot skadevolder. I denne avhandlingen ses det imidlertid på adgangen til å omgå kontraktsrettslige reguleringer gjennom å fremsette deliktskrav, og det anses derfor hensiktsmessig å bruke betegnelsen *direkte deliktskrav*. Denne betegnelsen er også utbredt i juridisk litteratur vedrørende direktekrav.¹¹

¹¹ Se blant annet Arnholm (1978), Ulfbeck (2000), Hov (2002), Tørum (2007) og Hagstrøm (2011).

Under denne problemstillingen møter man på et av privatrettens mest klassiske spørsmål, nemlig forholdet mellom erstatning i og utenfor kontrakt. Sondringen mellom erstatning i og utenfor kontrakt er ikke bare av systematisk og begrepsmessig verdi, men har også en faktisk betydning med hensyn til rettsvirkninger. Det vil bli redegjort for forholdet mellom delikts- og kontraktsretten, herunder virkningen av at C bygger på det ene eller det andre grunnlaget, og om det ene kravgrunnlaget, etter norsk rett, har forrang fremfor det andre.

1.3.2 Avgrensninger

Oppgavens tema er adgangen til å fremsette direktekrav. Som *Barbo* har påpekt, er emnet «*et vepsebol av morsomme problemstillinger*».¹² Innenfor avhandlingens rammer er det ikke mulig å redegjøre for alle problemstillinger som oppstår i forbindelse med direktekrav, og avhandlingen tar heller ikke sikte på å gi en uttømmende redegjørelse for alle spørsmål som reiser seg i denne sammenheng. Noen avgrensninger innledningsvis er derfor på sin plass.

For det første avgrenses det mot forbrukerkjøp, slik at det utelukkende er forholdet mellom profesjonelle parter som vil bli behandlet. Reglene for forbrukere vil likevel bli nevnt der en sammenligning er av interesse for problemstillingen. Avhandlingen vil ta utgangspunkt i direktekrav i kontraktskjeder knyttet til løsørekjøp og entreprise. Bakgrunnen for dette er at disse kontraktstypene er utbredt i det praktiske liv, samtidig er de særlig egnet til å belyse avhandlingens første problemstilling. Kjøpsloven av 1988 har i stor grad vært en premissleverandør for øvrige kontraktslover, og anses å gi uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.¹³ Det kan derfor ikke utelukkes at enkelte vurderinger kan ha betydning også med hensyn til øvrig kontraktslovgivning.

Det avgrenses videre mot forsinkelseskrav. Denne typen krav er lite regulert med hensyn til direktekrav. Videre har *Tørum* foretatt en grundig analyse av temaet i sin doktoravhandling.¹⁴

Det finnes flere ulike standarder for entreprise. Avhandlingen benytter NS 8405 «Alminnelige kontrakts-bestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsbestemmelser». Denne standarden har flere likhetstrekk med øvrige NS-standarder, både med hensyn til ansvarsbegrensninger, mangel og direktekrav. Behandling av de ulike standardene vil i større grad føre til gjentakelser, og vil sannsynligvis ikke tilføre noe mer av betydning med hensyn til avhandlingens tema. Avhandlingen vil utelukkende behandle direkte mangelskrav fra byggherre mot underentreprenører/underleverandører. Det avgrenses mot krav fra underentreprenør/underleverandør

¹² Barbo (2008) s. 5.

¹³ Hagstrøm (2005) s. 21 og Hagstrøm (2011) s. 48.

¹⁴ Tørum (2007) s. 338 flg.

mot byggherre og såkalte horisontale direktekrav (mellom sideentreprenører). Direktekrav reiser flere interessante problemstillinger både innenfor transportretten og forsikringsretten. Med hensyn til avhandlingens tema og omfang vil det ikke gås nærmere inn på disse rettsområdene. De vil imidlertid bli nevnt i tilfeller hvor en sammenligning er på sin plass.

I forretningslivet ser man en økende tendens til kontrakter av internasjonal karakter.¹⁵ Dersom en entreprenør eller selger benytter seg av utenlandske leverandører, kan det tenkes at de forskjellige kontraktene i en kontraktskjede vil ha tilknytning til ulike lands rett. Sondringen mellom kontrakts- og deliktskrav spiller avgjørende betydning for både hvilke lands domstoler som har jurisdiksjon og hvilket lands rett kravet skal vurderes etter (lovvalg). Jurisdiksjonsspørsmålet vil i stor grad måtte løses på bakgrunn av Luganokonvensjonen, som igjen bygger på Brusselforordningen.¹⁶ Hvorvidt kravet kvalifiseres som kontraktsrettslig eller deliktsrettslig vil i denne sammenheng kunne føre til ulike resultater. EU-domstolen har slått fast at alle direktekrav skal henføres under art. 5. nr. 3 og dermed klassifiseres som *deliktsrettslig*, jf. Spliethoff-dommen.¹⁷ Avhandlingens rammer fordrer imidlertid at det avgrenses mot en mer inngående behandling av internasjonale kontraktskjeder.¹⁸

Øvrige avgrensninger vil bli foretatt underveis.

1.4 Rettskildebruk og metode

Temaet for avhandlingen ligger i skjæringspunktet mellom kontraktsrett og erstatningsrett. Ettersom avhandlingen skal undersøke rettsstilstanden i norsk rett, er det alminnelig norsk rettskildelære som vil bli anvendt.¹⁹ Fremstillingen vil, med utgangspunkt i den juridiske metode, ha en rettsdogmatisk innfallsvinkel til problemstillingene. Det tas utgangspunkt i alminnelige norske rettskildefaktorer som lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. I det følgende skal det derfor bare påpekes enkelte særtrekk rundt rettskildesituasjonen.

I tilfeller hvor kontraktspartene er profesjonelle, står man som hovedregel fritt til å bestemme kontraktens innhold. Områder som ikke er regulert i partenes kontrakt vil suppleres med alminnelig kontraktsrettslig lovgivning. For kjøpsforhold er det kjøpsloven av 1988 med sine forarbeider som er den sentrale rettskilde. Kjøpsloven inkorporerer FN-konvensjonen 1980

¹⁵ Cordero-Moss (2013) s. 19.

¹⁶ Rådsforordning (EF) nr. 44/2001 av 22. desember 2000 (Brussel I-forordningen), har erstattet Brusselkonvensjonen for de fleste medlemsland.

¹⁷ Sak C-51/1997.

¹⁸ For mer utførlige behandlinger på dette området kan det vises til Alvik (2005), Tørum (2007) s. 388–422 og Cordero-Moss (2013).

¹⁹ Eckhoff (2001), Nygaard (2004) og Boe (2012).

om internasjonale løsørekjøp (CISG) i norsk rett. Internasjonale rettskilder har således vekt ved tolkningen av kjøpslovens bestemmelser. CISG inneholder imidlertid ingen bestemmelse om direkte misligholdskrav mot tidligere salgssledd, noe som gjør at konvensjonen får en mindre fremtredende rolle i denne avhandlingen sammenlignet med det som vil være naturlig i generell kjøpsrettslig fremstilling.

På privatrettens område har det funnet sted et utstrakt lovsamarbeid mellom de nordiske landene.²⁰ Dette medfører at nordisk rett på flere områder er sammenfallende og at rettskildene fra våre naboland også er av interesse for forståelsen av norsk rett. Avhandlingen vil blant annet benytte svenske og danske rettskilder på områder hvor det norske rettskildematerialet er spinkelt. Ved bruken av disse rettskildene må man imidlertid være seg bevisst at direktekrav i profesjonelle kontraktsforhold er et relativt særnorsk fenomen, noe som kan føre til at man i andre lands rett har funnet andre alternative løsninger på slike typetilfeller.

Øvrige utenlandske rettskilder, herunder engelsk og fransk rett, nevnes der det er av interesse og relevant for avhandlingens tema (se særlig kapittel 4), men fremstillingen tar ikke sikte på å være en komparativ analyse.

Internasjonalt arbeid med å kodifisere og harmonisere hovedprinsippene i europeisk kontraktsrett har resultert i flere sett med regelverk som i mer eller mindre grad får betydning for tolkningen av norske rettskilder. Blant disse kan det vises til Principles of European Contract Law (PECL) og UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Det er imidlertid ingen av regelverkene som inneholder bestemmelser om direktekrav. PECL inneholder regler om tredjemannsavtaler og cesjon,²¹ men reglene synes, i likhet med engelsk rett, å fordre at det foreligger en uttrykkelig avtale mellom partene, noe som skiller seg fra «norske» direktekrav. Overføringsverdien til norske forhold er derfor begrenset på dette området. Høsten 2011 la EU-kommisjonen frem en forordning om en harmonisert europeisk kjøpsrett – Common European Sales Law (CESL).²² Heller ikke denne forordningen inneholder regler om direktekrav.²³

På entrepriserettens område foreligger det ingen lovregulering for tilfeller hvor kontraktspartene er profesjonelle. Det rettskildemessige utgangspunkt for denne avtaletypen vil som regel være norske standardkontrakter, også kalt «agreed documents». Ettersom standardene ikke fungerer som lovgivning, må de være inntatt i partenes avtale for å kunne gjøres gjeldende. Norsk Standard (NS) er fremforhandlet av bransjeorganisasjonene som representerer de ulike parter interesser. Kontraktene bærer ofte preg av kompromisser, og det foreligger ikke forarbeider fra forhandlingene. Dersom det skulle være nedtegnet noe, vil notatene neppe være

²⁰ Se NU 1984:5: Nordiska köplagar.

²¹ Se UNIDROIT PRINCIPLES 2010 kapittel 5.

²² Forordningen bygger videre på PECL fra 1995, Cordero-Moss (2012).

²³ Lilleholt (2013) s. 63.

allment tilgjengelig, og således ikke relevant som rettskilde. Ordlyden spiller derfor en sentral rolle ved tolkningen. Ofte vil standardene inneholde klausuler som henviser til voldgift som aktuell tvisteløsningsmekanisme.²⁴ Dette medfører at Høyesterett i mindre grad har tatt stilling til entrepriserettslige spørsmål enn det man kan se på andre ulovfestede rettsområder. Med hensyn til direktekrav i entreprise finnes det likevel et knippe relevante dommer fra Høyesterett, herunder den såkalte «Veidekke-dommen» fra 1998.²⁵

Kontraktsretten og erstatningsretten er to rettsdisipliner som normalt underlegges en separat behandling i juridisk litteratur. Forholdet mellom disiplinene nevnes for så vidt ofte i litteraturen, men vies sjelden stor oppmerksomhet. Rettspraksis synes også å bære preg av dette tradisjonelle skillet. Dette har gjort behandlingen av avhandlingens problemstillinger samt struktureringen av avhandlingens oppbygning mer krevende. En streng juridisk systematisering vil imidlertid ofte møte på den utfordring at det ikke går klare skillelinjer mellom de ulike typetilfeller.²⁶ Avhandlingen behandler nettopp disse grensetilfellene mellom delikt og kontrakt, som ikke sjelden foreligger i praksis.

Ettersom avhandlingen behandler en noe snever problemstilling på tvers av to ulike rettsdisipliner, har det til tider vært vanskelig å finne løsninger i tungvektige rettskilder, slik som praksis fra Høyesterett. Juridisk litteratur representerer en rettskildefaktor som i utgangspunktet tillegges liten vekt. På områder hvor rettskildetilfanget er sparsommelig, vil imidlertid juridisk teori som rettskilde rent faktisk spille en mer fremtredende rolle ved rettsanvendelsen. Forholdet mellom kontrakt og erstatning har sporadisk blitt behandlet i nordisk rett, blant de mer utførlige behandlinger kan det vises til dansk rett og Bernhard Gomards doktoravhandling fra 1958.²⁷

En fremstilling av gjeldende rett vil nødvendigvis inneholde en vurdering av hva som vil være en god løsning.²⁸ Avhandlingen vil derfor være tydelig på når beskrivelsen av bestemmelsen bygger på autorative kilder, eller er fundert i egne betraktninger basert på reelle hensyn.

²⁴ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28.

²⁵ Rt-1998-656.

²⁶ Hjelmeng (2011) argumenterer i sin artikkel for at Høyesterett i Rt-2010-24 opererer med et kunstig skille mellom erstatning i og utenfor kontrakt.

²⁷ Gomard (1958).

²⁸ Bernt og Doublet (1998) s. 13–15 og Eckhoff (2001) s. 266–267.

1.5 Den videre fremstillingen

Avhandlingen er lagt opp slik at den beveger seg fra en generell og abstrakt redegjørelse i andre del (del 2) til en mer spesiell og konkret behandling av problemstillingene i de neste delene (del 3 og del 4). Hensikten er å unngå repetisjon og gjentakelser.

Del 2 gir en redegjørelse for adgangen til å fremsette direktekrav i norsk rett. Det gis en oversikt over den historiske utviklingen, samt hensynene som ligger bak adgangen til å fremsette direktekrav. En slik redegjørelse er hensiktsmessig i den grad det kan bedre forståelse for det direktekravs-instituttet som man finner i norsk rett i dag. Videre vil det gis en rettsdogmatisk redegjørelse for gjeldende rettsregler på området. Denne delen vil danne et nødvendig bakteppe for den videre behandling av avhandlingens problemstillinger i del 3 til 4.

Del 3: Adgang til å fremsette direktekrav er med på å skape større usikkerhet rundt rettsstillingen til ulike aktører. Avhandlingens kjerne er nettopp hvordan A går frem for å sikre egen forutberegnelighet på best mulig måte. Dette kan A blant annet gjøre ved å regulere sitt ansvar overfor C gjennom avtalen med B, eller påberope seg begrensninger som foreligger i avtalen mellom B og C. Som vi skal se, vil ulike direktekravsmodeller kunne føre til forskjellige resultater. Hvorvidt en ansvarsbegrensning kan gjøres gjeldende overfor C, vil blant annet være avhengig av om det hjemmelsgrunnlag som C bygger sitt krav på, gir uttrykk for en subrogasjon- eller springende regress-modell. Det ses nærmere på rekkevidden av avtalte begrensninger i kontraktskjeden, og hvorvidt ulike klausuler får betydning for Cs direktekrav.

Del 4: I denne delen endres perspektivet, og situasjonen vurderes fra Cs ståsted. Det forutsettes at A kan påberope seg en avtalt klausul som begrenser Cs adgang til å fremsette direktekrav helt eller delvis. I slike tilfeller vil C søke etter alternative grunnlag for å få sitt krav dekket. Det vurderes hvorvidt C, gjennom anvendelse av alminnelig erstatningsrett, kan omgå de klausuler som følger av kontraktskjedens regulering og hvilken virkning det vil få. Videre tas det stilling til hvordan konkurransesituasjonen (det forhold at to ulike ansvarsgrunnlag foreligger på samme tid) er regulert i norsk rett så vel som andre rettssystemer. Spørsmålet synes noe uavklart i norsk rett.

2 Adgang til å fremsette direktekrav

2.1 Utgangspunkt: relativitetsgrunnsetningen

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk rett at kontrakter bare er bindende mellom partene. Den såkalte *relativitetsgrunnsetningen* innebærer at det er partenes vilje som fører til kontraktens bindende virkning.²⁹ Det knytter seg to aspekter til dette. *For det første* kan ikke A og B gjennom sin kontrakt pålegge C byrder eller forpliktelser. Kontraktsfriheten har den logiske konsekvens at en kontrakt ikke har virkning for en tredjeperson som står utenfor kontraktsforholdet. *For det andre* kan ikke C som tredjepart påberope seg rettigheter eller håndheve kontrakten mellom A og B.³⁰

Prinsippet om at en avtale bare er bindende for partene, ble for første gang uttrykkelig formulert i fransk rett av juristen Robert Joseph Pothier og deretter lovfestet i Code civil art. 1165: «*Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121*».³¹ Etter den franske bestemmelsen kan kontrakten verken virke til ulempe eller til gunst for tredjepart, bortsett fra de tilfeller hvor lovgivningen eventuelt gjør unntak fra denne hovedregelen.

Dette franske prinsipp samsvarer i stor grad med relativitetsgrunnsetningen slik den etter hvert har utviklet seg i norsk og dansk rett.³² Ettersom tredjemann ikke kan pålegges plikter etter kontrakten, vil heller ikke misligholdskrav kunne rettes mot vedkommende.³³

Prinsippet har likhetstrekk til det man i eldre juridisk teori betegnet som «obligatoriske rettigheter», som stod i motsetning til «tinglige rettigheter». Obligatoriske retter innebar at man hadde et krav mot en bestemt person, og utelukkende kunne håndheves overfor vedkommende. Tinglige rettigheter knyttet seg derimot til tingen i seg selv, og kunne håndheves overfor enhver som forsøkte å krenke retten.³⁴ I dag er sontringen mellom tinglige- og obligatoriske retter forlatt i norsk rett, og det synes klart at man ikke kan utlede rettsvirkninger ut fra en slik rubrisering av rettigheter.³⁵

²⁹ Grunnsetningen har sin opprinnelse i romerretten, og finnes også i engelsk rett («privity of contracts») så vel som i fransk rett («relativité des contrats»).

³⁰ Unntak gjelder i tilfeller hvor A og B har avtalt at C skal ha en slik rett gjennom en tredjemannsavtale. Tredjemannsavtaler behandles nærmere i punkt 2.3.

³¹ Code civil har blant annet et lovfestet unntak fra relativitetsgrunnsetningen i artikkel 1121.

³² Ulfbeck (2000) s. 162–169.

³³ Jervell (1996) s. 907.

³⁴ Se Brandt (1878) s. 6 og Stang (1935) s. 194.

³⁵ Se blant annet Høgberg (2010) og Lilleholt (2012) s. 48 flg. I internasjonal privatrett er imidlertid sontringen av stor betydning, og det foreligger flere avgjørelser fra Høyesterett hvor skillet mellom tinglige og obligatoriske retter kommer på spissen, se blant annet Rt-2000-654, Rt-2002-807 og Rt-2006-1089. For en nærmere redegjørelse vises det til Cordero-Moss (2013) s. 81–82 og 268 flg.

Den grunnleggende forestillingen om at en kontrakt bare er bindende for partene, har lenge fungert som et hinder for direktekrav i norsk rett.³⁶ Tidligere var C derfor henvist til å rette sitt krav mot medkontrahenten B, eventuelt mot A på bakgrunn av reglene om erstatning utenfor kontrakt. I moderne tid har man imidlertid sett en stadig større tilbøyelighet til å gjøre unntak fra dette utgangspunkt, både i lovgivning, rettspraksis og fremforhandlede standarder i næringslivet. Generelt har man sett en økende tendens til å modifisere prinsippet om kontrakters relativitet, både gjennom såkalte tredjemannsavtaler og adgangen til å fremsette direktekrav.

2.2 Direktekrav-instituttets fremvekst

Før jeg går inn på hvilke grunnlag som kan hjemle direktekrav, vil det kort redegjøres for hvorfor man i dag, på flere områder, anerkjenner direktekrav i norsk rett. Det vil herunder ses på historikk og legislative hensyn. Hensikten med oversikten er å danne et naturlig grunnlag for den videre fremstillingen.

2.2.1 Historikk og endrede samfunnsforhold

I løpet av siste halvdel av 1700-tallet fant det sted en grunnleggende revolusjon i det europeiske samfunn. Man gikk da fra et agrarsamfunn hvor man levde i tråd med naturen, til å anvende mer teknologibaserte produksjonsteknikker. Den nye produksjonsformen brakte med seg en enorm vekst i vareproduksjon og handel, noe som igjen førte til en modernisering av den rettslige organiseringen av industrielle bedrifter – herunder utvikling av aksjeselskaper og andre selskapsrettslige former.³⁷ En økende spesialisering av næringslivet førte til at det i større grad var behov for flere kontrakter for å oppfylle bestemte produksjonsformål. En produsent vil ofte være avhengig av å inngå en transportavtale i tillegg til salgsavtalen, mens en entreprenør som regel må inngå leverandøravtaler og avtaler med underentreprenører.³⁸

Veksten i handelssamfunnet fortsatte utover 1900-tallet, og brakte med seg et praktisk behov for å fravike grunnsetningen om at kontrakter bare er bindende for de kontraherende parter. Gjennom den økende omsetningen ble det nødvendig å likestille fordringer med andre formuesgoder, noe som innebar at fordringene både kunne stilles til sikkerhet og overdras. I løpet av 1900-tallet ble overdragelse av krav, såkalt cesjon, anerkjent i engelsk så vel som i tysk rett.³⁹

³⁶ Hagstrøm (2011) s. 816.

³⁷ Anners (2011) s. 253–254.

³⁸ Tørum (2007) s. 54.

³⁹ Cesjon er et teknisk-juridisk navn på overgang av krav jf. Hagstrøm (2011) s. 884.

Det var imidlertid gjennom den danske juristen Anders Sandøe Ørstedes cesjonslære, at prinsippene bak adgangen til å fremsette direktekrav ble konkretisert i nordisk rett. Ørsted mente at kjøperen burde ha rett til å fremme et direkte vanhjemmelskrav mot tidligere salgsledd til tross for at det ikke forelå en cesjonsavtale mellom kjøper og selger. Han begrunnet dette med at overdragelsen av salgsgjenstanden måtte anses å være en stilltiende cesjonsavtale, hvor selgerens rettigheter fulgte med på kjøpet.⁴⁰ Kjøperens krav mot selgeren skulle imidlertid være begrenset til den rett selgeren hadde overfor hjemmelsmannen. Ørstedes lære minner i stor grad om dagens regler som bygger på subrogasjon (se punkt 3.1.3), og innebærer et klart unntak fra relativitetsgrunnsetningen.

2.2.2 Lovfesting av direktekrav

Den første norske kjøpsloven av 1907⁴¹ inneholdt ingen regler om direktekrav mot tidligere omsetningsledd. Dette må muligens ses i lys av at markedsforholdene på vedtakelsestidspunktet var oversiktlige med få omsetningsledd. Loven tok hovedsakelig sikte på å regulere kjøp og salg av råvarer, jordbruksprodukter og andre basisprodukter.⁴²

I 1974 ble den tidligere kjøpsloven fra 1907 revidert, og det ble inntatt regler til vern for forbruker. Gjennom den nye bestemmelsen i § 49a fikk man den første norske lovregelen om direktekrav i forbrukerkjøp. Bestemmelsen åpnet for at forbrukeren C kunne rette krav mot tidligere salgsledd A i de tilfeller hvor selgeren B hadde «tilsvarende krav» mot A. Ifølge forarbeidene var hovedbegrunnelsen at «[...] heimelsmannen [A] ikke bør slippe ansvar for en mangel som kan tilbakeføres til ham, dersom kjøperen [C] av en eller annen grunn ikke kan nå selgeren [B] med sitt krav».⁴³

Rettstilstanden frem til lovendringen i 1974 hadde vært usikker. Utviklingen i norsk rettspraksis hadde likevel gått i retning av å godkjenne at stilltiende cesjon kunne underbygge denne typen krav.⁴⁴ Ved å innføre en positiv lovhjemmel om direktekrav i norsk rett, ble det åpnet for en bredere behandling av spørsmålet i juridisk teori.⁴⁵

⁴⁰ Jervell (1994) s. 914.

⁴¹ Lov om kjøb 24. mai 1907 nr. 2 trådte i kraft 26. juni 1907. Loven bygget på regler som allerede var utviklet gjennom rettspraksis og kontraktsbruk i handelslivet, se Selvig og Lilleholt (2010) s. 41.

⁴² Jervell (1994) s. 924.

⁴³ Ot.prp.nr.25 (1973–1974) s. 49, andre avsnitt.

⁴⁴ Küger (1999) s. 487.

⁴⁵ Se blant annet Augdahl (1978) s. 288–291 og Arnholm (1978) s. 312–215. Kåre Lilleholt var blant de første til å skrive en utførlig analyse av direktekrav i norsk rett gjennom avhandlingen *Personskifte i husleigeforhold* (1986).

I tiden etter vedtakelsen av den nå opphevede kjøpsloven av 1974 § 49a, var høyesterettspraksis fortsatt et viktig hjemmelsgrunnlag for direktekrav utenfor de lovregulerte tilfellene – i praksis gjaldt dette alle tvister som ikke dreide seg om forbrukerkjøp. Eksempler på sentrale Høyesterettsdommer hvor prinsippene rundt direktekrav fremstilles er Rt. 1976 s. 1117 «Siesta-dommen» og Rt. 1981 s. 445 «Davanger-dommen».

I «Siesta-dommen» hadde C, som var eier av en seilbåt, leid inn et transportfirma B til å flytte og sjøsette båten. Transportfirmaet engasjerte deretter et svensk kranselskap A til å gjennomføre arbeidet. Under løfteoppdraget ble båten skadet som følge av grov uaktsomhet fra kranførrers side. Båtens kaskoassurandør D dekket skadene. Spørsmålet for Høyesterett var om C, og dermed kaskoassurandøren D, hadde et krav mot kranselskapet A. Dette ble av retten besvart bekreftende. Synspunktet i dommen synes å være at Cs opprinnelige krav ikke overstiger det krav B har mot A, og at A dermed ikke har noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg kravet fra D.

Den såkalte «Davanger-dommen» dreide det seg om eiendomskjøp, hvor A solgte et nyoppført hus til B, som deretter videresolgte til C. Etter en periode ble det avdekket alvorlige mangler med huset, og C rettet sitt krav direkte mot A. Høyesterett ville ikke ta stilling til om et slikt direktekrav kunne bygge på ulovfestet bakgrunnsrett, men la likevel til grunn at det forelå en stilltiende cesjon av kravet mellom B og C, slik at C kunne fremme kravet mot A. I begge dommene virker det som om Høyesterett foretar en vurdering av hvorvidt et direktekrav vil være rimelig i det konkrete tilfellet.

Den nye kjøpsloven av 1988 reflekter noen av de store samfunnsmessige endringene som har funnet sted siden starten av 1900 tallet.⁴⁶ Den nye loven tar i større grad hensyn til det moderne handelsliv bestående av masseproduksjon og distribusjon i flere omsetningsledd. Gjennom kjøpsloven § 84 (1) fikk man lovfestet en hovedregel om direktekrav som gjelder alle former for kjøp, også næringskjøp.⁴⁷ Lignende regler har i senere tid blitt inntatt i øvrig kontraktslovgivning.⁴⁸

⁴⁶ Både kjøpsloven av 1907 og 1988 var resultat av samarbeid mellom de nordiske landene. Kjøpsloven av 1988 bar i tillegg preg av FN konvensjonen CISG.

⁴⁷ Se nærmere redegjørelse for bestemmelsen i punkt 3.2.2.

⁴⁸ Se forbrukerkjøpsloven § 35 første ledd, håndverkertjenestelova § 27 første ledd, bustadoppføringslova § 37 første ledd, burettslagslova §§ 5-14 og 5-18 og avhendingslova § 4-16.

2.2.3 Hensyn for og mot direktekrav

Relativitetsgrunnsetningen har gode grunner for seg. Den bidrar til forutberegnelighet ved at en part bare trenger å forholde seg til personer som vedkommende står i et direkte kontraktsforhold til. Andre hensyn har imidlertid ført til at man i norsk rett har lovfestet adgangen til å fremsette direktekrav i kontraktsforhold. I det følgende gis det en oversikt over hvilke forhold som har talt for og imot kreditor Cs direktekravsrett.

2.2.3.1 Hensynet til hjemmelsmannen (A)

Særlig hensynet til hjemmelsmannens forutberegnelighet kan tale mot at kreditor skal kunne reise krav mot bakenforliggende ledd i en kontraktskjede. Forarbeidene til kjøpsloven av 1974 § 49a synes imidlertid ikke å ha tillagt hensynet til hjemmelsmannen avgjørende vekt. Tvert imot fremhever utvalget at hjemmelsmannen ikke burde slippe unna ansvaret for en mangel som kan tilbakeføres til ham, dersom kjøperen ikke har anledning til å få sitt krav dekket av sin avtalepart.⁴⁹ Forslaget bygget opprinnelig på at direktekravsretten skulle være subsidiær, i den forstand at kjøperen først måtte gå på sin medkontrahent. Dette ble imidlertid forkastet av departementet, da det ville være vanskelig å formulere et tilstrekkelig presist skjønnsstema som omfatter alle tilfeller hvor direktekrav burde kunne fremmes.⁵⁰ Innen entrepriseretten, blant annet i NS 8405, finner man imidlertid en slik subsidaritetsregel.⁵¹

I proposisjonen til kjøpsloven § 84 påpekes det at «heimelsmannen neppe har noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg et slikt krav fra et seinere salgslodd, forutsatt at det begrenses til det som heimelsmannen må finne seg i fra sin kontraktmotpart».⁵² Dersom hjemmelsmannens ansvar hadde økt som følge av direktekrav, ville det vært et tungtveiende hensyn mot direktekrav.⁵³ Dette er imidlertid ikke tilfellet ved kontraktsbaserte krav og berikelseskrav, ettersom hjemmelsmannens kontraktsansvar ikke kan strekke seg lengre enn det ansvar hjemmelsmannen har overfor debitor selv.⁵⁴ Det direktekrav som C fremsetter mot A kan ikke være mer omfattende enn Bs krav mot A. Dette kan i seg selv tale for at en ansvarsklausul som A har inntatt i kontraktsforholdet med B også kan gjøres gjeldende overfor C. I kapittel 3 ses det nærmere på nyansene av dette utgangspunktet. Av forarbeidene fremgår det imidlertid at direktekrav ikke ble ansett som uproblematisk i forhold til hjemmelsmannen. Under

⁴⁹ Ot.prp.nr.25 (1973-1974) s. 50 første spalte.

⁵⁰ Løsningen ble overveiet ved vedtagelsen av kjøpsloven av 1974 § 49 a, se Ot.prp.nr.25 (1973-1974) s. 74, se Jervell (1994) s. 926 og Hagstrøm (2011) s. 818.

⁵¹ Se nærmere om dette i punkt 3.3.

⁵² Ot.prp.nr 80 (1986-1987) s. 136.

⁵³ Hagstrøm (2011) s. 818 og Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 137.

⁵⁴ Ot.prp.nr 80 (1986-1987) s. 137.

høringsrunden uttalte blant annet Mekaniske verksteders landsforening at lovendringen ville føre til at «produsenter og grossister i Norge får et økt ansvar i forhold til sine [utenlandske] konkurrenter». Videre ble det påpekt at bestemmelsen strider mot ønsket om en ensartet kjøpslovgiving i Norden, ettersom våre naboland ikke ville innta en tilsvarende bestemmelse.⁵⁵ Departementet mente imidlertid at bestemmelsen var rimelig, ettersom den fullt ut bygger på et subrogasjonssynspunkt, noe som medfører at selgeren ikke risikerer noe større krav fra senere salgsledd enn han ellers kunne fått fra sin kontraktsmotpart.⁵⁶

Et annet motargument er at hjemmelsmannens ansvarssituasjon kan bli særlig omfattende for de tilfeller hjemmelsmannen omsetter sine varer gjennom flere debitorer. Selv om det samlede kravet mot hjemmelsmannen ikke øker, kan det være både upraktisk og kostbart å forholde seg til flere kravshavere. Hjemmelsmannen risikerer i slike tilfeller å få en rekke mangelskrav fra ulike enkeltkunder som har handlet fra hans grossister.

2.2.3.2 Hensynet til likedeling i konkurs

Et annet argument som har blitt anført mot adgangen til å fremsette direktekrav, er hensynet til debtors øvrige kreditorer.⁵⁷ Beskyttelse av kreditorfellesskapet gjennom likedeling er et grunnleggende prinsipp og utgjør selve nerven i konkurssystemet. Likedeling innebærer at debtors formuesmasse skal fordeles likt i kreditorfellesskapet. Hensikten er å unngå tilfeldige og urimelige forskjeller mellom fordringshaverne.⁵⁸ Hvis C gis adgang til å søke dekning i Bs krav mot A, vil dette kunne innebære et unntak fra regelen om at kreditorene skal behandles likt. Problemstillingen vil typisk komme på spissen ved krav på prisavslag eller dagmulkt, ettersom retting og omlevering er mindre praktisk ved konkurs.⁵⁹ Ved vurderingen må det legges avgjørende vekt på om boet lider tap som følge av direktekravs-adgangen. Hvis boet ikke taper noe på at det fremsettes direktekrav, vil heller ikke direktekrav representere en fordel for C på bekostning av øvrige kreditorer.

Etter dekningsloven § 6-4 konverteres alle fordringer mot konkursboet til pengefordringer. Hvis B er konkurs, tar konkursboet beslag i Bs fordringer, jf. dekningsloven § 2-2, og utbetaler deretter dividende (forholdsmessig dekning) til Bs kreditorer. Dersom C fremsetter et direktekrav mot A, kan det medføre at Bs øvrige kreditorer går glipp av mangelskravet som B i utgangspunktet ville kunne fremsette mot A. Tankegangen baserer seg på at dersom direkte-

⁵⁵ Ot.prp. nr 80 (1986–1987) s. 45.

⁵⁶ Ot.prp. nr 80 (1986–1987) s. 45.

⁵⁷ Se blant annet Kjønstad (1978) s. 188, Lilleholt (1986) s. 132–133 og Vinding Kruse (1990) s. 296–297.

⁵⁸ Andenæs (2009) s. 10.

⁵⁹ Problemstillingen er bare aktuell hva gjelder kontraktsrettslige direktekrav. Direktekrav basert på delikt er ikke problematisk med hensyn til likhetsprinsippet i konkurs, se blant annet Tørum (2007) s 184–185.

kravs-adgangen avskjæres eller tenkes borte, vil C være henvist til å rette sitt krav mot konkursboet B, som deretter krever regress fra A. Konkursboet vil da kunne kreve full dekning i kravet mot A og deretter nøye seg med å betale dividende til C.⁶⁰ En konsekvens av direktekravs-instituttet vil da være at boet taper differansen mellom Cs krav mot A og det dividende-beløp C eventuelt ville fått utbetalt fra Bs konkursbo.

Normalt vil disposisjoner innenfor omstøtelsesfristen måtte tilbakeføres til boet. Reglene om omstøtelse vil imidlertid ikke komme til anvendelse i denne situasjonen, all den tid det er A og ikke konkursdebitor B som har foretatt disposisjonen. Man står således overfor en noe særegen problemstilling, som på mange måter kan tilsi at man omgår likedelingsprinsippet. Adgangen til å fremsette direktekrav vil under slike forutsetninger kunne minne om en overdragelse av et krav fra B til C, og således et dekningsprivilegium for C.

På den andre siden er direktekrav mer sammenlignbart med en form for separatistrett, i likhet med en panterett, kausjonsrett eller motregningsrett. I kausjonstilfellene vil jo nettopp kreditor, ved konkurs hos hoveddebitor, kunne kreve innfrielse fra kausjonister eller medskyldne-
re.⁶¹ Ut fra denne betraktningen, synes jeg direktekrav er mindre betenkelig med hensyn til likedelingsprinsippet i konkurs.⁶²

I juridisk litteratur finner man også andre argumenter for at direktekrav ikke strider med likedelingsprinsippet. *Jervell* legger til grunn at boet ikke har adgang til å kreve full dekning fra A, og deretter bare kompensere C med dividende.⁶³ Det vises til at dersom C fremsetter et erstatningskrav mot konkursboet, kan ikke konkursboet kreve mer i regress fra A enn boet har utbetalt i dividende til C. Etter min mening kan det stilles spørsmål ved dette resonnementet. Kreditor Cs krav mot boet vil måtte bli dekket på lik linje med andre dividendefordringer, jf. dekningsloven § 6-4. Begrunnelsen for dette er at C normalt ikke vil få utbetalt dividende før boet har inndrevet sine fordringer, herunder fordringen mot A. Dette følger av konkursloven §§ 128 og 132. Da den samlede fordringsmasse er en forutsetning for å beregne dividende, synes det urealistisk at boet skal kunne kreve A for et «dividende-beløp» som ikke enda er utregnet, all den tid man tidsmessig befinner seg forut for sluttutlodningen. Ut fra et konkursrettslig synspunkt mener jeg også det er underlig om ikke konkursboet skulle få glede av dividendereglene.

⁶⁰ Kreditor C vil normalt ikke få utbetalt dividende før boet har inndrevet sine fordringer, herunder fordringen mot A, jf. konkursloven §§ 128 og 132.

⁶¹ Ot.prp.nr.41 (1998–1999) s. 63 og Smith (1981) s. 50–51.

⁶² Dersom man legger til grunn at direktekrav er en sikkerhetsrett, kan det imidlertid stilles spørsmål ved om det burde kreves en rettsvernsakt, herunder notifikasjon etter gjeldsbrevloven § 29 eller panteloven § 4-5.

⁶³ Den såkalte «regressløsningen», se nærmere Jervell (1994) s. 928.

2.2.3.3 Hensynet til kreditor (C) og et rimelig resultat

Mye av årsaken til at man har anerkjent direktekrav i norsk rett, synes først og fremst å ligge i hensynet til kreditor selv og hensynet til en rimelig løsning.

Kreditor C vil i flere tilfeller være tjent med å stille andre enn avtaleparten B til ansvar, for eksempel i tilfeller hvor B ikke er søkergod eller vanskelig tilgjengelig. Men det kan også tenkes at B er en nær venn eller en viktig forretningsforbindelse som C ikke ønsker å gå til sak mot. Direktekrav er også en hensiktsmessig løsning i tilfeller hvor mangelen har sin opprinnelse hos A. Under slike omstendigheter kan det tenkes at A har bedre forutsetninger for å utbedre mangelen enn debitor selv. Norske lovgivere har ansett dette hensynet tungtveiende nok til å tilkjenne kreditor direktekravsrett på bekostning av As forutsigbarhet.⁶⁴ Som vi skal se i kapittel 3 vil imidlertid kreditors rett kunne bli begrenset av eventuelle avtaler som inngås i kontraktskjeden.

I tilfeller hvor det ikke finnes en uttrykkelig lovhjemmel for direktekrav, viser praksis fra Høyesterett at rimelighetsbetraktninger er fremtredende. I den allerede nevnte «Siesta-dommen»⁶⁵ var spørsmålet om Cs forsikringsselskap kunne fremsette sitt krav direkte mot A. Det forelå på dette tidspunkt ingen lovregulering med hensyn til problemstillingen. I domsslutningen uttaler førstvoterende at han ikke kan se at A har noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg et direkte krav fra Cs forsikringsselskap. Videre påpekes det at A både var kjent med at seilbåten ikke tilhørte B og at en eventuell skade ville gå utover kontraktsforholdet mellom B og C.⁶⁶

Domspremissene synes i stor grad å legge vekt på hva som var en rimelig løsning i det konkrete tilfellet. Det fremgår imidlertid ikke hvordan retten hjelper direktekravet. Hvis man legger kontrakt til grunn for avgjørelsen, betyr det at det enten forelå en overdragelse fra B til C, eller et direktekrav grunnet i ulovfestede regler.⁶⁷ Litteraturen synes noe delt med hensyn til om dommen bygger på kontraktgrunnlag eller erstatningsgrunnlag.⁶⁸

⁶⁴ Ot.prp. nr 80 (1986–1987) s. 136.

⁶⁵ Rt-1976-1117.

⁶⁶ Rt-1976-1117 s. 1122.

⁶⁷ Om direktekrav på ulovfestet grunnlag se punkt 2.3.2.4.

⁶⁸ Det vises blant annet til Jervell (1994) s. 917 og Tørum (2007) s. 297 som mener at saken omhandler et kontraktskrav, mens Selvig (1999) s. 241, Ulfbeck (2000) s. 163–164 og Hagstrøm (2011) s. 73 og 822 synes å mene at det dreide seg om et deliktskrav. Dette spørsmålet behandles nærmere i kapittel 4.

2.2.3.4 *Prosess- og samfunnsøkonomiske hensyn*

Direktekrav vil kunne ha en preventiv funksjon med hensyn til As mislighold. En mer vidtgående adgang til direkte misligholds sanksjoner vil gi A en desto større oppfordring til å handle i samsvar med sine forpliktelser.⁶⁹

Rettsøkonomisk spillteori viser at trusselen om erstatningskrav for den positive kontraktsinteresse, forandrer «spillet» fra å gi en ikke-kooperativ løsning (kontraktsbrudd) til en kooperativ løsning (overholdelse av kontrakt).⁷⁰ Bakgrunnen for dette er at den potensielle sanksjonen ved kontraktsbrudd gjør at partene anser kontraktsmessig oppfyllelse som den beste løsning for seg selv.⁷¹ Dersom A selger en defekt vare som han vet at B skal videreselge, vil han ha et større insitamant for å gjøre noe med mangelen dersom han vet at den senere kjøperen C også kan rette et krav direkte mot ham.⁷² Alternativet er at prosessen blir mer kostbar og tidkrevende ved at C først må rette sitt krav mot B, og B deretter må kreve regress fra A. Hvis det ikke forelå en direktekravs-adgang, ville A i større grad kunne spekulere i om enkelte misligholdskrav ville bli frafalt «på veien», og således ta en kalkulert risiko. Mot dette kan det innvendes at A i varige kontraktsforhold alltid vil ha en interesse i å levere gode varer til B, slik at B unngår krav fra sine kunder.

Et direktekrav fra C mot A medfører også at man unngår at debitor B trekkes inn i oppgjøret, noe som kan føre til en enklere og raskere behandling av mangelskravet. Direktekravs-instituttet ivaretar dermed retts tekniske hensyn og hensynet til et effektivt oppgjør. Dette kan tale for at det ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er ønskelig med en vid direktekravsrett. På den andre siden vil det ofte av hensyn til sakens opplysning likevel være nødvendig å involvere mellomliggende ledd. Dersom debitor B holdes utenfor saken og således fratas egeninteressen i å bidra, kan dette gjøre det vanskelig å få full oversikt over avtaleforholdet og dermed hvem som egentlig skal holdes ansvarlig. Dette kan igjen føre til unødvendig høye kostnader.⁷³ Direktekravs-instituttet kan likevel ha en positiv samfunnsøkonomisk effekt ved at kostnadene plasseres direkte der årsaken eller feilen har sin opprinnelse.

⁶⁹ Kjønsstad (1978) s. 186.

⁷⁰ Eide og Stavang (2008) s. 298.

⁷¹ Rettsøkonomien bygger på en forutsetning om at aktørene er rasjonelle, noe som i hovedsak innebærer at de forfølger sin egeninteresse.

⁷² Den totale prevensjon i kontraktskjeden vil sannsynligvis ikke øke ved direktekrav, men prevensjonsvirkningene vil kanaliseres til det omsetningsledd der mangelen trolig har oppstått.

⁷³ Aas (2008) s. 199 og Eide og Stavang (2008) kapittel 6.

2.2.3.5 Sammenfatning

Som det fremgår, er det både samfunnsmessig utvikling og avveining av ulike hensyn som har ført til at man har anerkjent direktekrav i norsk rett. Veksten i handelssamfunnet stiller stadig nye krav til avtalekonstruksjonene, samtidig som økt produksjon fører til at varer i større grad må produseres i flere ledd. Fordelene med direktekrav, herunder effektivitet samt hensynet til rimelighet for kreditor, synes å ha blitt tillagt stor vekt blant lovgiverne.

Adgangen til å fremsette direktekrav er imidlertid ikke uproblematisk. For å skape forutsigbarhet, vil ofte hjemmelsmannen A forsøke å kontraktsregulere sitt ansvar overfor medkontrahenten B. Det vil for A være av stor betydning om eventuelle ansvarsbegrensninger bare gjelder for kjøper, eller om de også gjelder for kjøpere i senere salgsledd. Hvis man ser situasjonen fra kjøperen Cs side, vil det kunne være en ulempe for ham dersom han må hensynta de vilkår som ble avtalt mellom A og B i tidligere salgsledd. Dette temaet vil bli behandlet nærmere i kapittel 3.

2.3 Hjemmelsgrunnlag for direktekrav

Direktekrav kan baseres på flere ulike grunnlag.⁷⁴ Adgangen til å fremsette direktekrav er et unntak fra hovedregelen om at forpliktelser bare kan oppstå mellom avtalepartene (relativitetsgrunnsetningen). Det kreves derfor et særskilt hjemmelsgrunnlag for å begrunne direktekrav. I det følgende gis det en kort fremstilling over hvilke grunnlag som kan fungere som *stiftelsesgrunnlag* for direktekrav. Hensikten med fremstillingen i denne delen er å gi en generell oversikt over hjemmelsgrunnlag for direktekrav. En mer spesifikk og konkret behandling av de ulike bestemmelsene og kontraktsformene vil bli foretatt i kapittel 3 til 4, hvor også avhandlingens sentrale problemstillinger vil bli behandlet.

2.3.1 Sondring mellom de ulike grunnlagene

I dansk og norsk rettsteori vedrørende direktekrav har det vært normalt å basere direktekrav på enten *avledet kontraktsansvar* (inntredelsessynspunktet) eller *deliktsansvar* (rettsbruddssynspunktet).⁷⁵ Et tredje alternativ er å bygge direktekrav på *berikelsessynspunkter*, typisk i tilfeller hvor verken kontrakt eller delikt gir et tilstrekkelig grunnlag for direktekrav.⁷⁶

⁷⁴ Lilleholt (1986) s. 123.

⁷⁵ Se blant annet Ulfbeck (2000) s. 412, Zimmermann (1996) s. 837 og Hagstrøm (2011) s 814 og 815.

⁷⁶ Det følger av berikelsesgrunnsetningen at den som urettmessig har blitt beriket på en annens bekostning, må gi fra seg berikelsen. Se nærmere Ulfbeck (2000) s. 181 og Tørum (2007) s. 430.

Med avledet kontraktsansvar menes det at Cs rettigheter kan utledes fra en av kontraktene i kontraktskjeden. Eksempler på denne typen hjemmelsgrunnlag finner man flere steder i kontraktslovgivningen. Det kan også tenkes at partene har inngått avtale uavhengig av lovgivningen. I slike tilfeller sondres det mellom direktekrav som springer ut av avtaleforholdet mellom A og B (tredjemansavtaler) og direktekrav som bygger på avtalen mellom B og C (cesjonsavtale). Videre debatteres det om direktekrav bygger på et alminnelig prinsipp, og således kan fremsettes på ulovfestet grunnlag.⁷⁷ Ved direkte deliktskrav er det reglene om erstatning utenfor kontrakt som kommer til anvendelse.

Engelsk rett bygger på «the doctrine of privity» som innebærer at en kontrakt bare kan medføre rettigheter og plikter mellom de kontraherende parter. Dette er et strengere og mer rigid utgangspunkt enn det man finner i norsk rett. Prinsippet om «privity of contracts» fører i praksis til at Cs eneste alternativ er å rette et *deliktskrav* mot A. Et eksempel på dette finner man i *Beswick v. Beswick* (1968). Saken gjaldt en onkel som hadde inngått en kontrakt med sin nevø om at nevøen skulle arve hans forretning. Vilåret var at nevøen skulle betale en ukentlig sum til onkelen og hans kone. Da onkelen døde, forsøkte hans enke å håndheve kontrakten. Dette var det ikke adgang til etter privity-doktrinen.⁷⁸ I nyere tid har man i Engelsk rett fått *The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, som åpner for at partene gjennom sin avtale kan tillate at en tredjepart også kan håndheve kontrakten. Partene kan gjennom kontrakten utelukkende pålegge tredjepart et gode.⁷⁹ Dette tilsvarer i noen grad det man i norsk rett betegner som tredjemannsavtaler. *Beswick v. Beswick*-saken ville etter dette trolig fått et annet utfall i dag.

Forskjellen mellom direktekrav som bygger på henholdsvis kontrakt, delikt eller ugrunnet berikelse, ligger i hvilke *vilkår* som må foreligge for at direktekrav skal kunne fremmes og hvilke *virksomheter* det får at direktekrav fremmes ut fra det bestemte grunnlag. Hvilket hjemmelsgrunnlag direktekravet baserer seg på vil blant annet få betydning for hvorvidt en ansvarsfraskrivelse kan gjøres gjeldende, foreldesspørsmål, valg av verneting og rettsvalg.⁸⁰ Dersom direktekravet baserer seg på et kontraktsrettslig grunnlag, vil C kunne gjøre alminnelige misligholdsbeføyelser gjeldende mot A. Dette kan for eksempel være retting, prisavslag, heving eller erstatning.⁸¹ Samtidig vil kontraktsvilkår i form av ansvarsfraskrivelser kunne virke som en begrensning på direktekravet. Ved deliktsbaserte direktekrav eller ugrunnet berikelse, vil kreditor kun ha krav på erstatning eller tilbakeføring av berikelsen. Videre vil ikke kontraktsrettslige vilkår, herunder ansvarsbegrensninger, kunne gjøres gjeldende. Det grunn-

⁷⁷ Se blant annet Lilleholt (2002), Hov (2002), Tørum (2007), Aas (2008), Lilleholt (2009) og Tørum (2011).

⁷⁸ Se også *Scruttons Ltd v. Midland Silicones Ltd* (1962) hvor det uttrykkelig slås fast at en tredjepart ikke kan håndheve en kontrakt, dette til tross for at vedkommende er begunstiget i den aktuelle kontrakten.

⁷⁹ Stone (2011) s. 137.

⁸⁰ Se Hagstrøm (2002) s. 450 flg. og s. 789 samt Cordero-Moss (2013) s. 66.

⁸¹ Hagstrøm (2002) s. 789.

lag som direktekravet baserer seg på vil med andre ord være bestemmende for kravets nærmere innhold og omfang.⁸² Se nærmere om virkningene av de ulike ansvarsgrunnlag i kapittel 4.

2.3.2 Avledet kontraktsansvar

2.3.2.1 Direktekrav med hjemmel i lov

Blant de nordiske landene har Norge vært en forløper med hensyn til lovfesting av direktekrav. Under det nordiske lovgivningssamarbeidet som fant sted på kjøpsrettens område fra 1984, var Norge det eneste landet som inntok en bestemmelse om direktekrav.⁸³ Lovgivers begrunnelse var at:

«Mangler ved salgstingen vil [...] ofte skrive seg fra ledd i omsetningkjeden før selgeren - f eks tingens produsent. Det kan være praktisk for kjøperen å gjøre krav gjeldende direkte mot disse foranstående omsetningsledd, istedenfor å gå vegen om selgeren. Kjøperen kan iallfall ha et reelt behov for et slikt direkte krav der det etter forholdene vil være uforholdsmessig vanskelig eller brysomt for kjøperen å få kravet oppfylt av selgeren. Behovet vil særlig være til stede når selgeren ikke kan innfri kravet fordi han er konkurs eller insolvent».⁸⁴

Både fra dansk, finsk og svensk side fant man det ikke nødvendig å regulere andre forhold enn kontraktsforholdet mellom selger og kjøper.⁸⁵ Etter nevnte lands rett kan profesjonelle kjøpere bare gjøre gjeldende krav mot parter som de står i direkte kontraktsforhold til.⁸⁶ I nyere tid har man i norsk rett fått en relativt omfattende kontraktsrett som lovfester adgangen til å fremsette direktekrav på ulike områder. I tillegg til kjøpsloven § 84 første ledd, kan det vises til forbrukerkjøpsloven § 35 første ledd, håndverkertjenestelova § 27 første ledd, bustadoppføringslova § 37 første ledd og avhendingslova § 4-16. Reglene kan samlet sett være et argument for at vi har et ulovfestet obligasjonsrettslig prinsipp om direktekrav, se punkt 2.3.2.4. De nevnte bestemmelsene bygger på ulike direktekravs-modeller: springende regress og subrogasjon. Hvorvidt man legger til grunn den ene eller andre direktekravs-modellen beror på en tolkning av bestemmelsens ordlyd. Sondringen mellom disse modellene behandles nærmere i kapittel 3.

⁸² Lilleholt (1986) s. 133.

⁸³ NU 1984:5: Nordiska köplagar.

⁸⁴ NU 1984:5 s. 380 og Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 44.

⁸⁵ NU 1984:5: Nordiska köplagar. I nyere tid har man imidlertid i svensk, finsk og islandsk rett åpner for direktekrav fra *forbrukere*, bestemmelsene er noe tilsvarende den man kunne finne i § 49a i den norske kjøpsloven fra 1974, se Woxholth (2003) s. 6.

⁸⁶ Ot.prp.nr 80 (1986-1987) s. 44.

2.3.2.2 Direktekrav med hjemmel i avtale

I tilfeller hvor det ikke foreligger en lovregulert hjemmel, kan avtaler fungere som hjemmel for direktekrav. Utgangspunktet er at det kreves et kompetansegrunnlag for at A skal kunne pålegges ansvar. I kjøps- og entrepriseretten kan det både dreie seg om en konkret avtale mellom de kontraherende parter eller en standardavtale.

I kontraktsretten sondres det mellom *avtalt cesjon* og det man kaller *stilltiende cesjon*. Avtalt cesjon innebærer at det foreligger en uttrykkelig avtale i kontraktsforholdet A-B eller B-C som gir C en adgang til å fremsette sitt krav direkte mot A.⁸⁷ Ved avtalt cesjon sondres det videre mellom det man kaller tredjemannsavtaler og cesjonsavtaler.⁸⁸

Dersom det i kontraktsforholdet mellom A og B foreligger en avtale som gir C rettigheter overfor A, dreier det seg om en såkalt *tredjemannsavtale*. Denne typen avtaler må holdes adskilt fra selvstendige løfter fra A til C, som kan finne sted uavhengig av det som er avtalt mellom A og B. Et typisk eksempel på en tredjemannsavtale vil være et garantitilsagn fra A til B som også kan gjøres gjeldende av C.⁸⁹ I norsk rett anerkjenner man tredjemannsavtaler som grunnlag for ulike krav, herunder direkte vederlagskrav, direkte misligholdskrav og direktekrav på naturaloppfyllelse.⁹⁰ Hvorvidt C er begunstiget beror på en tolkning av den avtale som foreligger mellom A og B. Det må foreligge klare holdepunkter i avtalen for at C er begunstiget, jf. det faktum at avtalen er et utslag av partenes vilje. Formålet med avtalen står sentralt ved tolkningen. Dersom det for eksempel er et hovedformål med avtalen mellom A og B at en gjenstand skal videreselges til C, vil dette kunne innebære en større presumsjon for at C er begunstiget i avtalen mellom A og B. Dette var tilfellet i «Nordland-dommen» som dreide seg om internasjonal veitransport. I saken hadde transportkunden C som befant seg i Harstad bestilt transport av en maskin fra et tysk spedisjonsfirma B. Siden B ikke selv disponerte lastebiler, plasserte B oppdraget hos et tysk transportkontor A. Transportkontoret A plasserte deretter oppdraget hos et samarbeidende firma. Under transporten ble maskinen totalskadet, og en av problemstillingene for retten var om C hadde et krav mot A. Høyesterett la til grunn at A var å anse som forpliktet overfor C, ettersom hovedformålet med transportavtalen mellom A og B var å frakte godset til C. Retten uttalte, dog i et obiter dictum, at alminnelige regler om tredjemannsløfter innebar at C ville kunne gjøre gjeldende As transportløfte.⁹¹

⁸⁷ Ved vedtagelsen av kjøpsloven av 1988 var det sikker rett at direktekrav som bygget på avtalt cesjon kunne gjøres gjeldende. Dette fulgte blant annet av Rt-1981-445.

⁸⁸ Bergsåker (2011) s. 79 flg.

⁸⁹ En slik adgang følger også av PECL artikkel 12:101.

⁹⁰ Tørum (2007) s. 443.

⁹¹ Rt-1995-486.

En *cesjonsavtale* innebærer at C gjennom avtale med B får overdratt et krav som kan gjøres gjeldende på selvstendig grunnlag mot A. I norsk rett er det en hovedregel om fri overdragelsesrett på kreditorsiden, noe som innebærer at B fritt kan overdra sine fordringer på A til C.⁹² Dette grunnlaget for direktekrav strekker seg tilbake til 1832, da vannhjemmelskrav ble ansett å følge med når man solgte en eiendom.⁹³ Det anses som sikker rett at en fordring kan overdras formløst, slik at det finner sted et kreditorskifte i den forstand at skyldneren ifølge det cederte krav, *debitor cessus*, må oppfylle til den som erverver kravet, den såkalte *cesjonaren*.⁹⁴ Med hensyn til avtalebaserte grunnlag for direktekrav, er cesjon den mest utbredte formen.⁹⁵ Det fremgår blant annet av NS 8405 punkt 37 at et mangelskrav som hovedentreprenør B har mot underentreprenør A, kan overdras til byggherre C. Videre er det i skipsbyggingskontrakter vanlig at bestilleren av skipet betinger seg en rett til å få overdratt verftet Bs rettigheter, herunder garantikrav, mot underleverandør A.⁹⁶ Det kan sondres mellom *effektiv cesjon*, hvor klausulen gir anvisning på at kravet umiddelbart overdras til C, og *cesjonsrett* som gir C en rett til å kreve å få overdratt Bs krav mot A.⁹⁷

Hvis det ikke foreligger noen uttrykkelig avtale om overdragelse mellom partene, kan det tenkes at cesjon blir innfortolket. Det er denne fingerte cesjonen som går inn under betegnelsen *stilltiende cesjon*. Det er nettopp Høyesteretts bruk av stilltiende cesjon som grunnlag for direktekrav, som har blåst liv i debatten om det foreligger en ulovfestet bakgrunnsregel om direktekrav. Det finnes flere eksempler på at Høyesterett nærmest har fingert en overdragelse av et krav fra debitor B til (direktekravs)kreditor C. Som Tørum påpeker i sin doktoravhandling, vil man ved å bevege seg bort fra partsviljen og over til en mer prinsipiell begrunnelse for direktekrav, nærme seg en ulovfestet bakgrunnsregel.⁹⁸ Dette er temaet i punkt 2.3.2.4.

2.3.2.3 Særlig om standardkontrakter

Ved større prosjekter, slik som entreprise, skipsbygging og oljefabrikasjon, vil som regel adgangen til å fremsette direktekrav være regulert gjennom klausuler i standardavtaler. Standardkontrakter skiller seg fra lovgivning ved at de er fremforhandlet mellom forskjellige organisasjoner som representerer ulike interesser. Kontraktene anses som balanserte reguleringer nettopp fordi representanter fra begge sider har kommet til enighet om bestemmelser som innebærer avveininger mellom motstridende hensyn. Standardkontraktene blir respektert

⁹² Se blant annet Rt-2008-385 og Bergsåker (2011) s. 79.

⁹³ Tørum (2007) s. 452.

⁹⁴ Hagstrøm (2011) s. 884.

⁹⁵ Tørum (2007) s. 453.

⁹⁶ Knudtzon (1984) s. 72 flg.

⁹⁷ Begrepsbruken er å gjenfinne i UNIDROIT Principles, blant annet art. 9.3.4.

⁹⁸ Tørum (2007) s. 174.

og tillagt virkning av de ulike parter, og har således visse likhetstrekk med alminnelig lovtekst. Som eksempel kan det vises til Norsk fabrikkasjonskontrakt (NF) 05 og Norsk totalkontrakt (NTK) 05 artikkel 23.4.⁹⁹

Etter NF 05 og NTK 05 artikkel 23.4 kan selskapet C gjøre gjeldende underleverandørgarantier som foreligger i kontraktsforholdet mellom leverandøren B og underleverandøren A, dersom disse er mer fordelaktig for C. Bestemmelsen gir ingen holdepunkter for hvordan selskapet skal utøve sin rett. Den mest radikale tolkningen ville være om selskapet skulle tre inn i underkontrakten i sin helhet.¹⁰⁰ Det synes imidlertid lagt til grunn at bestemmelsen er et utslag av den alminnelige direktekravsregel i blant annet kjøpsloven § 84, noe som innebærer at selskapet har rett til å gjøre leverandørens mangelskrav gjeldende uten at det finner sted en samlet overføring av underkontrakten til selskapet.¹⁰¹ På enkelte punkter rekker imidlertid bestemmelsen lengre enn kjøpsloven, ettersom NF 05 artikkel 1.27 og NTK 05 artikkel 1.30 definerer begrepet «underleverandør» slik at det både omfatter leverandører og medhjelpere, i motsetning til kjøpere som bare omfatter «tidligere salgsledd».¹⁰²

I entrepriseretten fikk man for første gang inn en direktekravsklausul i Norsk standard (NS) 3430 punkt 38.¹⁰³ I dag benyttes hovedsakelig NS 8405, hvor adgangen til å fremsette direktekrav fremgår av punkt 37. Klausulen åpner for at byggherren kan fremme sitt mangelskrav direkte mot entreprenørens medkontrahent. Bestemmelsen har visse likheter med kjøpsloven § 84, men som vi skal se bygger bestemmelsen i NS 8405 på en annen direktekravsmodell.¹⁰⁴ I tillegg er den entrepriserettslige direktekravsbestemmelsen subsidiær, noe som fører til at den får mindre anvendelse i praksis. I avhandlingens punkt 3.3 gis det en nærmere redegjørelse for direktekravsrett innen entreprise, da denne direktekravsmodellen skal benyttes i analysen av avhandlingens første problemstilling.

⁹⁹ Ny versjon fra 2007.

¹⁰⁰ Kaasen (2006) s. 571.

¹⁰¹ Kaasen (2006) s. 571.

¹⁰² Tørum (2007) s. 458.

¹⁰³ Norsk standard (NS) 3430 «Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider».

¹⁰⁴ Se punkt 3.1.3.

2.3.2.4 Direktekrav som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp?

Som det fremgår har adgangen til å fremsette direktekrav blitt lovfestet for flere kontraktstyper. I litteraturen har det imidlertid blitt problematisert om direktekrav i kontraktsretten representerer et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp som kan anvendes utenfor de lovregulerte tilfeller.¹⁰⁵ Problemstillingen kommer blant annet på spissen dersom man har å gjøre med en ulovfestet kontraktstype eller lovgivning som er taus med hensyn til direktekravsretten. Et eksempel på dette finner man blant annet i husleieforhold hvor det ikke foreligger noen lovfestet direktekravsrett. Forarbeidene til husleieloven synes imidlertid å forutsette en ulovfestet adgang til å fremsette direktekrav.¹⁰⁶ Videre vil spørsmålet om en ulovfestet direktekravsrett være av særlig interesse i entrepriserforhold mellom næringsdrivende som ikke baserer sitt kontraktsforhold på Norsk Standard eller som bygger på en standard som ikke inneholder noen bestemmelse om direktekrav, for eksempel NS 8406.¹⁰⁷ Endelig kan problemstillingen være aktuell for gavemottakere som ikke kan påberope seg kjøpslovens bestemmelser.

En sentral rettskilde for å vurdere hvorvidt det foreligger et alminnelig prinsipp om direktekrav, er praksis fra Høyesterett. Ettersom det ikke gjelder et lovkrav på privatrettens område, vil rettsutviklingen ofte finne sted i domstolene, og ulovfestet rett vil i større grad kunne bli autorisert gjennom Høyesteretts praksis.¹⁰⁸

I den allerede nevnte «Siesta-dommen» kom Høyesterett til at C, som var eier av seilbåten «siesta», kunne rette sitt krav direkte mot kranføreren A som var innleid av transportselskapet B. I begrunnelsen ble det lagt vekt på at B ikke hadde hatt innvendinger mot, men snarere støttet, at C rettet kravet direkte mot A. Videre påpekte retten at A ikke hadde noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg kravet, all den tid han var kjent med at hans ytelse var en del av Bs prestasjon overfor C, og at eventuelle skader i siste omgang ville få konsekvenser for C. Det ble også understreket at Cs krav ikke ble mer omfattende enn det krav B eventuelt ville kunne rettet mot A. Avgjørelsen ble også støttet opp med henvisning til allerede lovfestede direktekravs-bestemmelser i sjøloven og lov om vegfraktavtaler.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Om de ulike synspunkter vises det blant annet til Grette (1959) Andersen (1962) s. 217 og Krüger (1991).

¹⁰⁶ Se NOU 1993:4 s.69 hvor det fremgår at «I husleieforhold blir det dels spørsmål om utleier og framleier kan framme misligholdskrav mot hverandre, dels spørsmål om de kan framme oppfyltingskrav mot hverandre. I utkastet har en ingen uttrykkelige regler om dette, og spørsmålet må løses på grunnlag av de alminnelige ulovfestede regler om direktekrav («springende regress»)). Se mer generelt om dette i Lilleholt (1986).

¹⁰⁷ NS 8406 gjelder prosjekter hvor det vesentlige av prosjekteringen skal leveres av byggherren, og hvor organiseringen av prosjektet ikke fordrer like strenge varslingsprosedyrer og samordningsplikter som etter NS 8405.

¹⁰⁸ Monsen (2012) s. 321.

¹⁰⁹ Rt-1976-1117 s. 1122.

Som vi kan se legger Høyesterett stor vekt på den enighet som forelå mellom B og C, noe som betyr at vi i dette tilfellet ligger nært opp til en form for cesjonsavtale, jf. punkt 2.3.2.2. Førstvoterende presiserer at han lar spørsmålet «*stå åpent*» med hensyn til andre tilfeller hvor medkontrahenten B ikke stiller seg like støttende til Cs direktekrav mot A, videre understrekes det at avgjørelsen er konkret begrunnet. Dette kan tale for at direktekrav ikke er like selv sagt i andre tilfeller hvor B for eksempel motsetter seg eller stiller seg likegyldig til Cs krav mot A.

Direktekrav ble også akseptert i «Davanger-dommen». Saken dreide seg om eiendomssalg fra byggherre A til selger B, og deretter fra selger B til kjøper C. Kontrakten mellom B og C bygget på et standardformular, hvor B blant annet hadde fraskrevet seg ansvar for skjulte feil og mangler. Den siste kjøperen C oppdaget etter en periode svakheter med forstøtningsmuren, og reiste krav mot byggherren A. Høyesterett påpeker at det burde vises varsomhet ved tolkningen av en standardkontrakt, ettersom partene sannsynligvis i mindre grad har overveid dens innhold. Likevel kommer retten til at det har formodningen mot seg at partene ved avtaleinngåelsen mente at salget skulle medføre at As forpliktelser overfor C falt bort. Selv om det ikke fremkommer uttrykkelig, synes det som om retten legger til grunn at ansvarsfraskrivelsen i avtalen mellom B og C ikke kan gjøres gjeldende av A.¹¹⁰ Høyesterett tolket avtalen og omstendighetene rundt avtaleinngåelsen, og konstaterte:

«Etter dette finner jeg at den naturlige *forståelse av avtalen* mellom Pedersen [B] og Holme [C] må være at denne også innbefattet mulige mangelsbeføyelser mot Davanger [A]. De rettigheter som skulle overtas av kjøperen etter det siterte punkt 6 i kontrakten, må altså også omfatte de mangelsbeføyelser denne tvisten gjelder. Jeg har på den annen side vanskelig for å se hvilke *beskyttelsesverdige interesser* Davanger [A] skulle ha i å motsette seg et slikt direkte krav, med den selvsagte reservasjon at Holmes [Cs] inntreden *ikke kunne øke hans ansvar*. Etter min mening ville den ankende parts synpunkter lede til at Davanger fikk en ugrunnet berikelse på Holmes bekostning» (mine kursiveringer).¹¹¹

I likhet med «Siesta-dommen» kommer Høyesterett i denne dommen til at en overføring av misligholdsbeføyelser fra B til C synes forutsatt i avtalen mellom partene. Videre legges det vekt på at et direktekrav ikke vil øke omfanget av As ansvar. Høyesterett påpeker etter dette at det ikke er nødvendig å gå inn på om direktekrav kan fremsettes med hjemmel i ulovfestet bakgrunnsrett. Retten konstaterer imidlertid at de vilkår som juridisk litteratur har lagt til

¹¹⁰ Se nærmere punkt 3.2.4.

¹¹¹ Rt-1981-445 s. 451.

grunn for en direktekravs-adgang foreligger i denne sak, og at dette støtter det resultat som Høyesterett har kommet til ad tolkningsvei. Dommen er enstemmig, men Høyesterettsdommer Holmøy hadde en annen begrunnelse for sin avgjørelse. I følge henne gir ikke kontraktsforholdet grunnlag for å anse kravet transportert, og det var derfor etter hennes mening mest nærliggende å bygge resultatet på ulovfestet rett. I likhet med førstvoterende la hun vekt på at det ville være lite rimelig om ikke C kunne gjøre sitt krav gjeldende mot A, og at A heller ikke hadde noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg et slikt krav. Høyesterett var samlet om resultatet, men Holmøy representerer et mindretall med hensyn til sin begrunnelse for rettens avgjørelse.

Som vi kan se fører Høyesterett også her en forsiktig linje, og det legges til grunn en form for stilltiende cesjon i forholdet mellom B og C. Det man imidlertid kan utlede av dommen, er at vilkårene som retten bygger på ved stilltiende cesjon og den ulovfestede lære synes å være sammenfallende. Grensen mellom hva som er å anse som en stilltiende cesjon, og en ulovfestet lære synes vanskelig å trekke, og kan nok begrunne de ulike premissene i denne avgjørelsen. *Lilleholt* mener at Høyesteretts tolkning av kontrakten i denne dommen gikk så langt, at det i realiteten dreier seg om «[...] ulovfesta bakgrunnsrett, ikkje tolking av kontrakten med utgangspunkt i partsviljen».¹¹² Jeg er enig i at Høyesterett i denne saken legger standardkontrakten mellom partene «på strekk» og at det stilles små krav til hva som kreves av transport av krav. Høyesterett synes i denne dommen å mene at et direktekrav er på sin plass, men ønsker ikke å åpne for en generell ulovfestet adgang til å fremsette direktekrav.

I «Veidekke-dommen»¹¹³ hadde totalentreprenør B inngått avtale med (total)underentreprenør A om prosjektering og oppføring av tre boligblokker for byggherren C. Fem år etter ferdigstillelsen ble det oppdaget korrosjonskader på flere av balkongene i boligblokkene. Retten kom til at kravet var foreldet, men behandlet likevel spørsmålet om C kunne fremme direkte mangelskrav mot A på bakgrunn av ulovfestet rett. Den dagjeldende standard for totalentreprise, NS 3401, inneholdt ingen bestemmelse om direktekrav. Høyesterett kom til at byggherren hadde adgang til å fremsette krav mot underentreprenøren. Retten var imidlertid forsiktig med å statuere direktekrav som en generell regel, og begrunnet resultatet konkret:

«[...] ingen av de høyesterettsdommer som borettslaget har påberopt, gir noen avgjørende støtte for en generell ulovfestet regel om direktekrav [...] Ut fra de konkrete forhold i saken er jeg kommet til at det må være grunnlag for et slikt direkte krav».¹¹⁴

¹¹² Lilleholt (1986) s. 127–128.

¹¹³ Rt-1998-656.

¹¹⁴ Se Rt-1998-656 s. 661–663.

Høyesterett la vekt på den spesielle stillingen som A hadde under gjennomføringen av entreprisen, og det ble herunder lagt vekt på det tette forholdet mellom A og C både ved kontraktsinngåelsen, oppføringen av bygget så vel som ved overtagelsen. Ettersom linken mellom A og C allerede var opprettet, ble det ansett naturlig at C kunne rette sitt krav direkte mot A. Høyesterett uttalte videre at det ikke var nødvendig å ta stilling til om det eksisterer en generell adgang til å fremsette direktekrav i entreprise. Likevel fant Høyesterett det formålstjenlig å uttale seg om direktekrav på generelt grunnlag (obiter dictum). For det tilfelle man skulle konkludere med at direktekrav er et generelt prinsipp, mente retten at det vil være lettere å godta et krav som bygger på springende regress-modellen enn en subrogasjons-modell.¹¹⁵

Utfordringen med overnevnte praksis er at domsavsigelsene knytter seg til konkrete saksforhold og at Høyesterett er tilbakeholden med å gi generelle uttalelser om adgangen til å fremsette direktekrav på ulovfestet grunnlag. Ettersom domsavsigelsene er meget konkrete i sin begrunnelse, blir prejudikatsverdien svekket.¹¹⁶ Til tross for dette kan man likevel skimte et gjennomgående argumentasjonsmønster, både med hensyn til i hvilke tilfeller direktekrav skal fremmes og hvilket omfang kravet eventuelt skal ha.¹¹⁷ Mye tyder på at de hensyn som Høyesterett vektlegger ved konstatering av stilltiende cesjon, er de samme hensyn som ligger til grunn for en eventuell ulovfestet lære om direktekrav.¹¹⁸ Blant hensynene som går igjen finner man også mange likheter med de legislative hensyn som har vært bestemmende for de lovfestede regler om direktekrav, herunder hensynet til kreditor, at hjemmelsmannen ikke har noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg direktekrav, hensyn til et rimelig resultat, samt at ansvaret på hjemmelsmannens hånd ikke øker.¹¹⁹ Videre synes Høyesterett å legge til grunn at en eventuell generell regel om direktekrav ikke må bli for omfattende, jf. blant annet uttalelsen i «Veidekkedommen» om at den eventuelle direktekravs-modellen burde basere seg på springende regress (dobbeltbegrensningsmodellen).

Problemstillingen knyttet til direktekrav på ulovfestet grunnlag har lengre vært gjenstand for debatt i juridisk litteratur.¹²⁰ Tørum fører en forsiktig linje i likhet med Høyesterett, men synes likevel å mene at det er anledning til å fremme et direktekrav basert på ulovfestede prinsipper. Han presiserer imidlertid at hvorvidt en slik adgang foreligger må bero på en sammensatt og konkret vurdering. Ifølge ham finnes det ingen eksempel på at Høyesterett har avvist et direktekrav under henvisning til at det ikke foreligger lovhjemmel.¹²¹ Hagstrøm påpeker: «Hvorvidt direktekrav skal anerkjennes, vil vesentlig måtte bero på en avveining av behovet og betenkelighete-

¹¹⁵ Rt-1998-656 s. 661–662. Modellene drøftes nærmere i punkt 3.1.3.

¹¹⁶ Eckhoff (2001) s. 165.

¹¹⁷ Se om dette i Tørum (2011) s. 204.

¹¹⁸ Forskjellen på stilltiende cesjon og en ulovfestet lære vil i all hovedsak være om direktekrav underbygges av en forutsetning om at et krav er overdratt eller et alminnelig prinsipp om at direktekrav kan gjøres gjeldende.

¹¹⁹ Se punkt 2.2.3.

¹²⁰ Se blant annet Lilleholt (2002), Tørum (2007), Aas (2008) og Tørum (2011).

¹²¹ Tørum (2007) s. 293.

ne, herunder om rettsforholdets egenart tilsier at relativitetsgrunnsetningen opprettholdes. Det må ved denne vurderingen ses hen til hvorvidt kontraktstypen er lovregulert, og i tilfelle hvor inngående.»¹²² Hov synes å gå noe lengre enn Hagstrøm, og uttaler at: «retten til å gjøre direkte krav gjeldende har [...] fått lovgiverens anerkjennelse på sentrale rettsområder, og dette er etter min oppfatning et svært tungtveiende argument for å godta direkte krav i misligholdssituasjoner også der vi mangler uttrykkelig lovhjemmel».¹²³ Tørum har i sin doktoravhandling foretatt en utførlig analyse av om det finnes en generell ulovfestet direktekravs-regel, og han oppstiller generelle vilkår for denne adgangen utledet av rettspraksis. Blant annet stiller han krav til 1) at det foreligger en kontraktskjede, 2) at det må foreligge mislighold i kontraktsforholdet mellom A og B og 3) at B må inneha et krav mot A. I tillegg til dette mener han at man må foreta en konkret vurdering, hvor man blant annet legger vekt på om hensynet til konsekvente regler taler for direktekrav, om kreditor har et reelt behov for direktekrav, hvorvidt C har et misligholdskrav mot B, jf. vilkårene som følger av springende regress-modellen og hensynet til A og dennes særlige stilling.

På nåværende tidspunkt og med foreliggende praksis synes det ikke å gjelde en generell adgang til å fremsette direktekrav i norsk rett. Som Høyesterett påpekte i «Veidekke-dommen» i 1998, forelå det ingen dommer som stadfestet en generell ulovfestet regel om direktekrav. Etter mitt skjønn har det heller ikke ettertid kommet noen banebrytende avgjørelser som endrer rettstilstanden. Som det følger av drøftelsen ovenfor, har Høyesterett nokså konsekvent unnlatt å ta stilling til spørsmålet om det foreligger en slik generell regel, og eventuelle underrettsdommer som stadfester en slik rett vil derfor være av mindre verdi.¹²⁴ Det anses derfor ikke hensiktsmessig å foreta en nærmere analyse av lavere domstolars praksis. På den andre siden er det liten tvil om at det samlede rettskildematerialet fra Høyesterett tilkjennegir en klar bevegelse i retning av å akseptere direktekrav på et mer overordnet plan. Hensynet til konsekvente regler kan i seg selv tale for at direktekrav på ulovfestet grunnlag, særlig med tanke på uregulerte tilfeller som ligger tett opp til de lovregulerte områder, burde aksepteres.¹²⁵ Et eksempel på dette kan være tilfeller hvor C mottar en gave fra B, som er kjøpt mangelfull fra A. Mot dette kan det innvendes at nettopp mangel på lovgivning kan tilsi en begrenset direktekravs-adgang, og at lovgiver bevisst har unnlatt å regulere enkelte typetilfeller. Ved vedtagelsen av kjøpsloven § 84, påpekte Justisdepartementet nettopp behovet for å lovregulere direktekrav i kjøpsforhold som følge av at den foreliggende rettstilstand var uklar.¹²⁶ Dette kan tale for at det burde være opp til lovgiver å tillate direktekrav på øvrige kontraktsområder. Etter min mening er det imidlertid ikke grunnlag for så bastante antitese-slutninger, all den tid rettspraksis ikke har avvist direktekrav på ulovfestet grunnlag. Man må likevel ha i mente at direktekrav er et unntak fra den godt etablerte relativitetsgrunnsetningen, noe som tilsier at det kreves klare argumenter for å fravike denne læren.

¹²² Hagstrøm (2011) s. 827.

¹²³ Hov (2002) s. 350–351.

¹²⁴ Aas (2008) s. 195.

¹²⁵ Tørum (2011) s. 205.

¹²⁶ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 45.

2.3.3 Deliktsansvar

Dersom A misligholder overfor B og dette medfører et erstatningsrettslig tap for C, vil det kunne være grunnlag for et alminnelig erstatningskrav fra C mot A.¹²⁷ Direktekrav på deliktsgrunnlag (erstatning utenfor kontrakt) må vurderes etter de alminnelige erstatningsregler som følger av skadeerstatningsloven supplert med ulovfestet rett. Begrepsbruken delikt er noe upresis, ettersom en skadevolder også kan bli ansvarlig for lovlige aktiviteter.¹²⁸

Vilkårene for erstatning er at det må foreligge et *erstatningsrettslig vernet tap, ansvarsgrunnlag* og tilstrekkelig nær *årsakssammenheng* mellom tapet og ansvarsgrunnlaget. Erstatningsplikt kan således pådras selv om det ikke foreligger noe rettsforhold mellom skadevolder og skadelidte.¹²⁹ Det kan både i kjøp og entreprise tenkes at vilkårene for alminnelig erstatningsansvar er tilstede til tross for at partene har en (indirekte) kontraktsrettslig tilknytning.¹³⁰

Typisk vil dette være aktuelt dersom A påfører C en tingsskade som samtidig er en kontraktsrettslig mangel, men det kan også tenkes andre tilfeller, se nærmere om dette i punkt 4.2.

Deliktsansvar (rettsbrudd) kjennetegnes ved at det dreier seg om ansvar for overtredelse av alminnelige samfunnsmessige handlenormer som gjelder *erga omnes* og som påhviler alle og enhver. Erstatning i kontrakt omfatter på sin side ansvar for brudd på de konkrete kontraktsplikter mellom partene.¹³¹ Det kan tenkes ulike situasjoner hvor As kontraktsbrudd mot B medfører et erstatningsrettslig tap for C. Hvis vi tenker oss at entreprenørens medhjelper uaktomt har skadet rørledninger som skal innpasses i et bygg, og disse etter en tid fører til massiv lekkasje, vil det kunne foreligge deliktsansvar. I enkelte tilfeller kan det også tenkes at kontraktsmedhjelperen utfører hærverk på bygget. I de nevnte situasjonene vil ofte forholdet mellom A og B reguleres av kontraktsrettslige regler, mens forholdet mellom A og C bygger på de alminnelige regler om erstatning utenfor kontrakt.¹³² Deliktsansvar vil særlig være aktuelt i

¹²⁷ Jervell (1994) s. 912–913.

¹²⁸ Lilleholt (2002) s. 171. Begrepsbruken er imidlertid innarbeidet i norsk rettsteori, og ettersom avhandlingen fordrer en sontring mellom kontraktsansvar og alminnelig erstatningsansvar, vil begrepet bidra til å klargjøre skillet.

¹²⁹ Augdahl (1978) s. 288.

¹³⁰ Krüger (1989) s. 842–843, Jervell (1994) s. 912 og Hov (2002) s. 325.

¹³¹ Deliktsansvar brukes som betegnelse på erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold, det er imidlertid ikke klare skillelinjer mellom erstatning i og utenfor kontrakt, se blant annet Rt-1993-1201 som bidrar til å illustrere grensdragningen, jf. også Lødrup (2009) s. 55–57.

¹³² Hjelmeng (2007).

tilfeller hvor As mislighold får betydning for sikkerheten ved hans ytelse, et eksempel på dette kan være at A selger en vare med skadelige egenskaper.¹³³

Dersom både vilkårene for deliktskrav og kontraktskrav er oppfylt på samme tid, blir det spørsmål om hvilken virkning det får for kreditor å fremme sitt krav ut fra det ene eller det andre grunnlag. Dette kan blant annet påvirke hvilken betydning en ansvarsfraskrivelse får eller hvilke foreldelsesregler som gjelder. Videre blir det et spørsmål om kreditor kan velge mellom de ulike kravsgrunnlagene.¹³⁴

Det kan oppstå vanskelige grensdragninger mellom erstatning i og utenfor kontrakt. Et eksempel på dette kan man finne i tilknytning til produktansvarsloven, dersom salgsgjenstanden har egenskaper som fører til skade på person eller ting. Produktansvarsloven gjelder det ansvar produsent har for skade som voldes av produkt (salgsting) som er fremstilt eller satt i omsetning av ervervsvirksomhet.¹³⁵ Ansvarer gjelder såkalte sikkerhetsmangler, hvor skaden skyldes at produktet har en skadevoldende egenskap som overstiger det man rimeligvis må kunne vente av tilsvarende vare. I forarbeidene til kjøpsloven antok Justisdepartementet at kjøpsloven omfatter tilfeller ved *direkte* produktskader, typisk skader som er en nærliggende følge av at produktet er mangelfullt. Departementet påpeker imidlertid, med henvisning til rettspraksis, at det er vanskelig å trekke et klart skille mellom kjøpsloven og produktansvarslovens virkeområde.¹³⁶

2.3.4 Ugrunnet berikelse

I litteraturen er det av enkelte forfattere lagt til grunn at også berikelsessynspunkter kan tjene som grunnlag for direktekrav.¹³⁷ Dette vil typisk være aktuelt hvor verken kontrakt eller delikt gir tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for et krav. Det kan tenkes at en person har dekket en annens pengeforpliktelse, og således har et regresskrav mot den egentlige skyldneren.¹³⁸ Med hensyn til direktekrav er tanken at A ikke burde slippe unna ved å levere en mangelfull vare til B, bare fordi B har videresolgt til C.¹³⁹ Salget fra B til C vil kunne føre til en ugrunnet fordel på As hånd, noe som i seg selv kan tale for direktekrav fra C mot A.

¹³³ Hagstrøm (2011) s. 834.

¹³⁴ I punkt 4.5 ses det nærmere på situasjoner med konkurrerende ansvarsgrunnlag.

¹³⁵ Produktansvarsloven § 1-1.

¹³⁶ Ot.prp.nr.25 (1973-1974) s. 18.

¹³⁷ Krokeide (1982) s. 449 og Tørum (2011) s. 430 flg.

¹³⁸ Hagstrøm (2011) s. 681.

¹³⁹ Tørum (2011) s. 220.

Berikelseskrav favner en rekke ulike regelsett og typetilfeller, og det har derfor vært vanskelig å utforme standardiserte vilkår for når berikelseskrav kan fremsettes.¹⁴⁰ Kjente eksempel på berikelseskrav er tilbakesøkningskrav (*condictio indebiti*) og uanmodet forretningsførsel (*negotiorum gestio*).¹⁴¹ Ved direkte berikelseskrav er betraktningen at dersom C ikke på annet grunnlag kan gjøre sitt krav gjeldende mot A, og av denne grunn blir skadelidende, får A en berikelse på Cs bekostning. Dette kan være tilfellet dersom B er konkurs.¹⁴²

I norsk rett er det noe omstridt om ugrunnet berikelse *i seg selv* kan fungere som selvstendig rettsgrunnlag.¹⁴³ Det finnes ingen norske Høyesterettsdommer som uttrykkelig legger til grunn et berikelsesprinsipp som selvstendig hjemmelsgrunnlag. I Rt. 1940 s. 48 synes det imidlertid som om Høyesterett holder døren delvis åpen. Saken dreide seg om en arkitekt som utformet tegninger til et prosjekt, og satt som vilkår at tegningene kunne benyttes dersom han ble utførende arkitekt. Dersom tegningene ikke ble benyttet, skulle han ikke ha betaling for arbeidet. I sammenheng med salg av tomten, ble arkitektens tegninger overlevert til den nye eieren, som ble gjort kjent med arkitektens betingelser. Arkitektens tilbud om å være utførende arkitekt ble avslått, men deler av tegningene ble likevel brukt. Høyesterett kom til at arkitekten hadde krav på vederlag, og begrunnet dette med at den nye eieren uberettiget hadde «skaffet seg en vesentlig økonomisk fordel» ved å uberettiget utnytte en annens arbeid til egen fordel.¹⁴⁴ Dommen synes å begrunne arkitektens krav i berikelsesgrunnsetninger.

Det at en person har oppnådd en berikelse er selvsagt ikke tilstrekkelig for at et berikelseskrav skal oppstå. I litteraturen har blant andre *Krokeide* forsøkt å utforme bestemte kriterier for ugrunnet berikelse som selvstendig hjemmelsgrunnlag. Han oppstiller kriterier om at 1) det må være oppstått en fordel, 2) denne fordelten må være oppstått på grunn av en annen manns arbeid eller utnyttelse av en annen manns gods, 3) fordelten må være oppstått på en tilfeldig måte som gjør at mottakeren ikke har noe rimelig krav på å få beholde den og 4) det må ikke foreligge noe annet grunnlag, kontraktsrettslig eller erstatningsrettslig, som kan gi hjemmel for tilbakesøkningskravet.¹⁴⁵

Når det tas stilling til om et berikelseskrav skal føre frem eller ikke, må det i følge Høyesterett foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle samt legges vekt på hva som vil føre til et

¹⁴⁰ Tørum (2007) s. 430.

¹⁴¹ Hagstrøm (2011) s. 683 og 700.

¹⁴² Hagstrøm (2011) s. 840.

¹⁴³ Hagstrøm (2011) s. 684.

¹⁴⁴ Rt-1981-1215 s. 49.

¹⁴⁵ Krokeide (1982) s. 449.

rimelig resultat.¹⁴⁶ Disse noe uklare og skjønnsmessige vilkår for hva som kan anses som berikelseskrav, er nok bakgrunnen for at ugrunnet berikelse som rettslige grunnlag bare påberopes i begrenset utstrekning.¹⁴⁷ Selv om rettstilstanden er uklar på dette området, ser man at berikelsesbetraktninger ofte benyttes som *støtteargument* for krav som bygges på andre rettslige grunnlag. Et eksempel på dette finner man i den overnevnte «Davanger-dommen», hvor huskjøperen C på bakgrunn av stilltiende cesjon kunne fremsette sitt krav direkte mot tidligere salgsledd. I domspremissene uttaler førstvoterende: «Etter min mening ville den ankende parts synpunkter lede til at Davanger fikk en ugrunnet berikelse på Holmes bekostning».¹⁴⁸

Som vi kan se er det ikke alltid tydelige grensedragninger mellom de ulike hjemmelsgrunnlag som direktekrav kan basere seg på, og Høyesterett synes til tider å kombinere ulike grunnlag for å komme frem til sin konklusjon. Etter dette kan man konstatere at ugrunnet berikelse kan være ett av flere viktige *momenter* for direktekrav.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Rt-1985-290 s. 294.

¹⁴⁷ Ulfbeck (2000) s. 183.

¹⁴⁸ Rt-1981-445 s. 451 og Hagstrøm (2011) s. 840.

¹⁴⁹ Dette skiller seg fra dansk rett der blant annet Vinding Kruse har ansett ugrunnet berikelse som et *vilkår* for direktekrav, jf. Ulfbeck (2000) s.175–176.

3 Kontraktsrettslig perspektiv

3.1 Innledning

Denne delen av oppgaven har et kontraktsrettslig perspektiv, og det forutsettes dermed at kreditor C gjør sitt direktekrav gjeldende på kontraktsrettslig grunnlag.¹⁵⁰ Som vi har sett, kan adgangen til å fremsette direktekrav være med på å skape usikkerhet rundt rettsstillingen til hjemmelsmannen A. I denne delen ses det på hvordan A kan gå frem for å sikre sin forutberegnelighet på best mulig måte. Dette kan han blant annet gjøre ved å regulere sitt ansvar overfor C gjennom avtalen med B (ved avtaleinngåelse), eller påberope seg ansvarsbegrensninger som eventuelt måtte foreligge i kontrakten mellom B og C (etter at avtalen er inngått). Det er imidlertid ikke gitt at en ansvarsbegrensning som reflekterer ansvarsforholdet mellom A og B og som partene uttrykkelig har akseptert, kan gjøres gjeldende overfor tredjeparten C. Hensikten med dette kapittelet er ikke å drøfte domstolenes kontroll med urimelige avtalevilkår, men å se nærmere på i hvilken grad adgangen til å fremsette direktekrav kan begrenses ved avtale. Det ses herunder på hvorvidt avtaler i henholdsvis kontraktsforholdet A-B og B-C får betydning for Cs direktekravsrett.

3.1.1 Problemstillingene

Den sentrale problemstillingen som vil være gjennomgående i de ulike drøftelser, er om A kan unngå et direktekrav fra C ved å påberope seg ansvarsbegrensninger i kontraktskjedens regulering. I *punkt 3.2* ses det på As stilling i kjøpsrettslige forhold, herunder i hvilken grad produsenten A kan påberope seg ansvarsbegrensninger, i henholdsvis kontraktsforholdet A-B og B-C, overfor senere kjøper C. Ettersom entreprise representerer en noe særegen kontraktsform, vil problemstillingens anvendelse på entrepriseforhold bli behandlet i *punkt 3.3*. Videre ses det, i *punkt 3.4*, på hvilken betydning det får at kontraktskjeden består av ulike kontrakstyper, for eksempel en kjøpekontrakt i kontraktsforholdet A-B og en entreprisekontrakt i forholdet B-C. Spørsmålet er om direktekrav vil kunne gå på tvers av de ulike kontraktstypene.

Tidligere salgsledd A kan som alminnelig hovedregel ikke holdes ansvarlig for mangler som har oppstått senere i omsetningsrekken, jf. Bergem og Rognlien.¹⁵¹ I den videre fremstilling forutsettes det derfor at det dreier seg om en mangel som har sin opprinnelse hos hjemmelsmannen (eller hos tidligere salgsledd) og som har fulgt hele kontraktskjeden.

¹⁵⁰ Jf. punkt 2.3.2.

¹⁵¹ Bergem og Rognlien (1995) s. 392.

3.1.2 Avtale ansvarsfritak

Prinsippet om kontraktsfrihet innebærer at avtalepartene i utgangspunktet kan forhåndsregulere sitt avtaleforhold på den måten de anser mest hensiktsmessig. Reglene vedrørende misligholdsvirkninger er som alminnelig hovedregel deklarasjon, noe som innebærer at partene står fritt til å avtale kontraktsbestemmelser som gjør unntak fra bakgrunnsretten.¹⁵² Dersom de kontraherende parter A og B inngår en avtale om at det ordinære misligholdsansvar ikke skal inntre, eller at ansvaret skal begrenses på annen måte, dreier det seg om såkalte ansvarsfritak. Hvorvidt man anvender begrepet «ansvarsbegrensning» eller «ansvarsfraskrivelse» har bare betydning for arten og omfanget av ansvarsfritaket.¹⁵³ Denne typen klausuler går som regel ut på å avskjære eller begrense de misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende av den andre parten i kontraktsforholdet.¹⁵⁴ For at klausulen skal kunne gis virkning må den være en gyldig del av avtalen og ordlyden må være dekkende for den situasjonen som har funnet sted.¹⁵⁵ Det nærmere innhold og rekkevidden av et ansvarsfritak fastslås etter en konkret tolkning av klausulen som partene har inntatt i sin avtale. I mangel av en felles partsoppfatning, må det legges en objektiv tolkning til grunn. I praksis vil imidlertid mange av klausulene som anvendes i profesjonelle kontraktsforhold være standardiserte.¹⁵⁶

Fraskrivelsen av ansvar kan både ta sikte på *partenes ansvarsgrunnlag, kravets art og kravets omfang*. Den kan blant annet gå ut på avskjære eller begrense adgangen til å fremsette et erstatningskrav.¹⁵⁷ Videre kan ansvarsfraskrivelsen omfatte retten til å gjøre andre misligholdsbeføyelser gjeldende, herunder retten til å heve kontrakten eller kreve prisavslag. Partene står også fritt til å sette betingelser for at misligholdsbeføyelser skal kunne gjøres gjeldende. Det kan for eksempel være inntatt en klausul om at heving forutsetter at det er utvist skyld fra realdebitors side eller partene kan ha blitt enige om en kortere reklamasjonsfrist.

Hensikten med å avtale ansvarsbegrensning er å unngå misforhold mellom den fortjeneste kontrakten gir og den juridiske risiko som kontrakten representerer. De mange ansvarsbegrensningene som er å finne i kontraktspraksis, tilsier at det foreligger et reelt behov for partene å begrense eget ansvar.¹⁵⁸

¹⁵² Avtalefriheten gjelder imidlertid ikke på rettsområder hvor det foreligger preseptorisk lovregulering, som for eksempel i forbrukerforhold, jf. Hagstrøm (2011) s. 642.

¹⁵³ Hole (1959) s. 3–4. Begrepene vil i denne oppgaven brukes om hverandre.

¹⁵⁴ Hagstrøm (2002) s. 623.

¹⁵⁵ Hov (2002) s. 276.

¹⁵⁶ Augdahl (1978) s. 292.

¹⁵⁷ Denne formen for ansvarsfraskrivelse behandles nærmere i punkt 4.3.2.

¹⁵⁸ Simonsen (1999) s. 377.

Etter gjeldende rett er det anledning til å fraskrive seg enhver form for ansvar, med mindre dette skyldes eget forsett eller egen grov uaktsomhet.¹⁵⁹ Hvorvidt ansvarsfraskrivelsen burde opprettholdes vil likevel bero på en sammensatt vurdering av om begrensningen ligger innenfor skjønnsregelen avtaleloven § 36 og den absolutte grense som følger av NL 5-1-2.¹⁶⁰ Av nyere praksis kan det vises til Rt. 2014 s. 656, hvor førstvoterende på generelt grunnlag uttaler: «jeg anta[r] at ansvarsfraskrivelser - avhengig av karakter og omfang - i det minste må ivareta tungtveiende saklige behov, og dessuten ikke må avskjære ansvar i en slik utstrekning at man i realiteten rokker ved den grunnleggende risikofordelingen som det objektive ansvaret er et uttrykk for». Sensur av ansvarsfraskrivelser vil typisk være aktuelt i tilfeller hvor klausulen fører til at kontraktens formål forfeiles og den ene part blir stående rettsløs.¹⁶¹

Beskjæring av kontraktsrisiko i form av ansvarsbegrensninger og ansvarsfraskrivelse er svært utbredt og forekommer i de fleste kontraktstyper.¹⁶² I det følgende ses det nærmere på hvorvidt avtalt ansvarsbegrensning i kontraktskjeden vil påvirke adgangen til å fremsette direktekrav. Ved vurderingen er det to grunnleggende hensyn som støter mot hverandre, nemlig hensynet til forutberegnelighet for A, og det faktum at A og B gjennom avtale ikke burde kunne binde C, jf. relativitetsprinsippet. Drøftelsene foretas i dette kapittelet ut fra et kontraktsrettslig perspektiv, og deretter vil det i kapittel 4 vurderes ut fra et erstatningsrettslig perspektiv. Som nevnt vil direktekrav normalt kunne basere seg på disse ulike grunnlagene, jf. punkt 2.3.

3.1.3 Struktur i direktekrav basert på kontrakt

De ulike hjemmelsgrunnlag for kontraktsbaserte direktekrav kan struktureres ut fra tre forskjellige modeller: *subrogasjon*, *springende regress* og *tredjemannsløfte*. Med hensyn til avhandlingens tema, er det subrogasjons-modellen og springende regress-modellen som vil være de mest sentrale. Det avgrenses derfor mot tredjemannsavtaler i denne delen.¹⁶³ Hvorvidt C baserer sitt direktekrav på subrogasjon eller springende regress vil ha betydning for i hvilken grad A kan gjøre gjeldende de ulike ansvarsbegrensninger i kontraktskjeden. Avhandlingens problemstilling fordrer derfor at det ses nærmere på sontringen mellom disse modellene i sin rene form. Dette vil kunne avdekke eventuelle ulikheter som følger av at C bygger på et hjemmelsgrunnlag som baserer seg på den ene eller andre direktekravs-modellen.

¹⁵⁹ Dette følger blant annet av Rt-1948-370, se også Hagstrøm (2011) s. 644–645. Hva som karakteriseres som grovt uaktsomt må vurderes konkret i hver sak, men her gir Høyesterett visse retningslinjer, se blant annet Rt-1989-1318 s. 1322.

¹⁶⁰ Se Hagstrøm (2011) s. 646. I praksis vil det imidlertid kunne foretas en innskrenkende tolkning slik at klausulen snevres inn og dermed ikke omfatter det aktuelle typetilfellet, se Rt-1911-1037.

¹⁶¹ Se blant annet Augdahl (1978) s. 294–295 og Solvang (2009) s. 27.

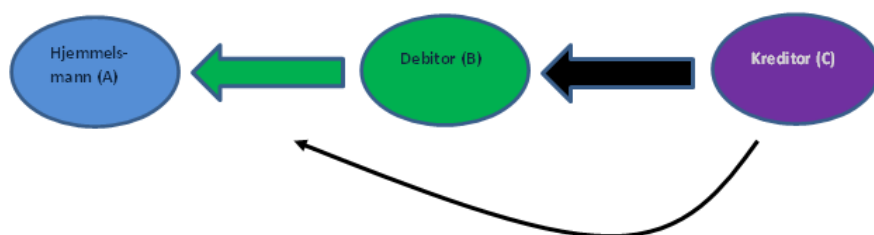
¹⁶² På den andre siden er det heller ikke uvanlig med garantitilsagn som gir kreditor flere rettigheter enn han normalt ville hatt etter avtalen. Se Simonsen (1999) s. 318.

¹⁶³ Det vises for øvrig til behandlingen i punkt 2.3.2.2.

Kort fortalt innebærer subrogasjon at C *trer inn* i Bs krav mot A, mens C etter springende regressmodellen gjør gjeldende *sitt eget krav* mot A innenfor rammen av det krav B har mot A. Enkelte teoretiske fremstillinger er noe misvisende i den forstand at de ulike direktekravsmodellene, herunder subrogasjon og springende regress, blir omtalt som selvstendige grunnlag for direktekrav. Modellene definerer ansvarets struktur og form, men er ikke i seg selv rettskildemessige grunnlag for direktekrav. Som *Arnholm* påpeker, må de ulike betegnelsene ikke forstås som en begrunnelse for at subrogasjon eller springende regress skal inntre, men som navn på et resultat.¹⁶⁴

3.1.3.1 Subrogasjon

Etter kjøpsloven § 84 kan «[k]jøperen [...] gjøre krav som følge av mangel gjeldende mot et tidligere salgsledd, for så vidt *tilsvarende krav* på grunn av mangelen kan gjøres gjeldene av selgeren» (min kursivering). Ordlyden kan forstås slik at kreditor *trer inn* i debtors krav mot tidligere salgsledd. Tanken er at det foreligger en form for automatisk overdragelse av selgeren Bs krav på tidligere salgsledd A til kjøperen C. Det tilfellet bestemmelsen tar sikte på kan illustreres slik:



Cessio legis eller subrogasjon er betegnelsen på situasjoner hvor en fordring blir overført fra en part til en annen uten at det foreligger en uttrykkelig avtale mellom partene. Med cessio legis menes «overdragelse i kraft av loven», mens subrogasjon betyr «å tre inn i en annens sted».¹⁶⁵ Subrogasjon betegner effekten av at C automatisk (uten foregående avtale) trer inn i kravet som debitor har mot hjemmelsmannen, uten hensyn til om C har et selvstendig krav mot debitor.¹⁶⁶ Normalt må det imidlertid være en foranledning til at C ønsker å tre inn i Bs krav, nemlig at C har mottatt en mangelfull ytelse. Videre medfører subrogasjonsmodellen at det krav C ønsker å fremme mot A, vil bli avgrenset, både i art og omfang, innenfor rammen av det krav som B har mot A. Kreditor C kan for eksempel ikke kreve A for et beløp som

¹⁶⁴ Arnholm (1978) s. 151.

¹⁶⁵ Hov (2002) s. 312–313.

¹⁶⁶ Det er imidlertid lite praktisk at C skal fremsette direktekrav mot A uten å ha et krav mot B, da mangelen som regel vil forplante seg gjennom samtlige omsetningsledd. Mer praktisk er det at Cs krav mot B av ulike årsaker kan ha falt bort, eller at B er konkurs.

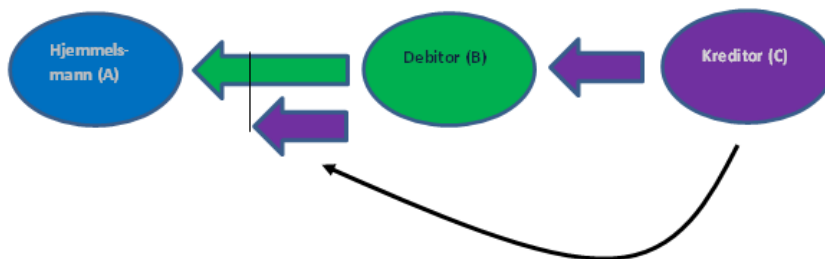
overstiger den beløpsgrense som gjelder i avtaleforholdet mellom A og B. Videre vil det være en forutsetning at B har overholdt reklamasjonsreglene for at C skal kunne fremme sitt krav. Hvis Bs krav mot A er tapt, vil også C tape sin rett til å fremsette direktekrav mot A.

Den overføringssituasjon som subrogasjon er betegnelse på, finner man flere steder i lovgivningen. Kjøpsloven § 84 (1) og avhendingslova § 4-16 er klare eksempler på direktekrav som bygger på subrogasjonsbetraktninger. Innen entrepriseretten kan man finne bestemmelser basert på subrogasjonsmodellen i den tidligere NS 34-serien. Sedvane kan også bygge på subrogasjonsprinsipper. Et eksempel på dette finner man i tilfeller hvor en kausjonist har innfridd overfor kreditor, og deretter gjør gjeldende kreditors rettigheter overfor hoveddebitor. Det er et alminnelig prinsipp at den som har oppfylt en annens forpliktelse, etter omstendighetene kan søke utlegget dekket av hoveddebitor, da ved å tre inn i kreditors krav på hoveddebitor. Det er tilstrekkelig å konstatere at A har misligholdt overfor B.¹⁶⁷

For å illustrere situasjonen kan det tenkes tilfeller hvor A har solgt en mangelfull vare til B uten å informere B om denne mangelen. Dersom B blir kjent med feilen og informerer om dette ved salg til C, foreligger det ikke mislighold i kontraktsforholdet B-C. Det foreligger likevel en mangel ved Cs vare og et krav på Bs hånd mot A. I slike tilfeller kan C etter ovennevnte lovgivning gjøre gjeldende Bs krav mot A.

3.1.3.2 Springende regress

Subrogasjonsmodellen er som nevnt ikke enerådende, i flere tilfeller baseres direktekravet på det man kaller springende regress.¹⁶⁸ Direktekrav basert på springende regress skiller seg fra subrogasjon ved at kreditor C gjør sitt *eget* misligholdskrav – innenfor rammen av Bs misligholdskrav – gjeldende mot det tidligere salgsledd A. Situasjonen kan illustreres slik:



Et eksempel på dette finner man i forbrukerkjøpsloven § 35 første ledd hvor det fremgår at «Forbrukeren kan gjøre sitt mangelskrav mot selgeren gjeldende mot et tidligere yrkessalgs-

¹⁶⁷ Se nærmere Hov (2002) s. 313.

¹⁶⁸ Begrepet har i tidligere juridisk teori blitt brukt i samme betydning som «direktekrav», jf. Bergem og Rognlien (1995) s. 389. I NOU 1993: 27 blir imidlertid begrepet anvendt i sin snevrere betydning, jf. blant annet forbrukerkjøpsloven § 35. Det er den snevre begrepsbruken som vil bli lagt til grunn i denne oppgaven.

ledd for så vidt *tilsvarende krav* på grunn av mangelen kan gjøres gjeldende av selgeren eller en annen som ervervet tingen fra det tidligere leddet» (min kursivering). Etter ordlyden er det forbrukerens eget krav mot selgeren som gjøres gjeldende mot tidligere ledd innen for rammene av selgerens krav mot denne.

Det økonomiske resultatet blir det samme som om C retter sitt krav mot medkontrahent B, og B deretter søker regress hos egen medkontrahent A. Ifølge *Ulfbeck* hviler denne formen for direktekrav «på en trang til reelt at søge relativitetsprincippet opretholdt».¹⁶⁹ Som vi ser fra tidligere fremstilling med hensyn til direktekrav på ulovfestet grunnlag, synes Høyesterett å mene at det er lettere å akseptere en generell ulovfestet regel om direktekrav dersom denne bygger på en springende regress-modell fremfor en subrogasjonsmodell.¹⁷⁰ Modellen kan på mange måter sies å være en forenklet form for regress – man slipper krav i flere omganger. Springende regress blir av *Tørum* nokså treffende betegnet som en dobbeltbegrensningsmodell.¹⁷¹ Bakgrunnen for dette er at det foreligger en dobbelt begrensning i den forstand at det både må foreligge et gyldig krav i kontraktsforholdet A-B og i kontraktsforholdet B-C. Direktekravet som har sin opprinnelse i kontraktsforholdet B-C vil imidlertid aldri kunne bli større enn det krav som foreligger i forholdet A-B, dette på lik linje med det som er sagt om subrogasjon i forrige avsnitt.

Dette innebærer at det må foreligge rettidig reklamasjon med hensyn til begge kravene og kravene kan ikke være foreldet. Videre kan kravet tenkes å bli påvirket av eventuelle klausuler i kontraktskjeden.¹⁷²

Som eksempel på situasjonen kan man tenke seg at A har solgt en mangelfull vare til B for 2000 kroner, og at B deretter videreselger varen for 2200 kroner til C. Dersom skaden fører til 10 % prisavslag, vil kravet på Cs hånd være på 220 kroner, mens kravet som B har mot A bare vil være på 200 kroner. Hvis C fremsetter et direktekrav, vil Cs krav på prisavslag være begrenset til 10 % av det beløp som B har betalt til A, nemlig 200 kroner. Dette er en konsekvens av dobbeltbegrensningsmodellen. På den andre siden, hvis C fremsetter sitt krav på 220 kr mot B, vil B, under gitte forutsetninger, kunne kreve regress av A for den samme summen.¹⁷³ I slike tilfeller vil det være mer lønnsomt for partene å fremsette krav mot sine respektive medkontrahenter.

¹⁶⁹ Ulfbeck (2000) s 186.

¹⁷⁰ Se punkt 2.3.2.4.

¹⁷¹ Tørum (2007).

¹⁷² Mer om dette i punkt 3.2, 3.3 og kapittel 4.

¹⁷³ Se Lilleholt (2009).

Springende regress-modellen fremgår blant annet av direktekravsbestemmelsene i forbrukerkjøpsloven (2002) og håndverktjenesteloven (1989). I forbrukerlovgivningen er det imidlertid forutsatt at forbrukeren kan velge den direktekravsmodellen som innebærer den største fordel.¹⁷⁴ Dette vil med andre ord si at forbruker kan velge mellom å benytte seg av subrogasjonsmodellen i kjøpsloven § 84 første ledd eller springende regress-modellen i forbrukerkjøpsloven § 35. I entrepriseretten er springende regress-modellen å gjenfinne i NS 8405.¹⁷⁵ Ettersom direktekravs-adgangen i forbrukerlovgivningen bygger på en slags hybrid, hvor forbrukeren kan velge kravsgrunnlag, vil det med hensyn til avhandlingens problemstilling være best å ta utgangspunkt i den rene springende regress-modell som fremgår av NS 8405, se punkt 3.3.

3.1.3.3 Sammenfatning

I drøftelsen har det blitt sondret mellom direktekravsmodellene subrogasjon og springende regress. Modellene er ulike på vesentlige punkter. Subrogasjonsmodellen bygger på et overdragelsessynspunkt, hvoretter C kan gjøre Bs krav gjeldende mot A uavhengig av om C har et eget krav mot B.¹⁷⁶ Ved springende regress gjør C *sitt* krav gjeldende mot tidligere salgsledd A, innenfor rammene av det krav som foreligger i avtaleforholdet mellom A og B. Etter subrogasjonsmodellen har direktekravet sin opprinnelse i kontraktsforholdet A-B, mens det ved springende regress stammer fra kontraktsforholdet C-B, samtidig som det begrenses av kravet i kontraktsforholdet A-B.

Det følger av dette at kravet i tidligere kontraktsledd (forholdet A-B) etter begge modellene vil være en forutsetning for og eventuelt en begrensning for direktekravet.¹⁷⁷ Dette vil i praksis kunne medføre at kravet blir mindre jo lengre bak i kontraktskjeden man kommer. Hvis man tenker seg en kjede som er lengre enn tre ledd, vil eventuelle ansvarsbegrensninger i de ulike ledd samlet sett føre til at C sitter igjen med et mye mindre krav enn vedkommende opprinnelig hadde.

Marthinussen m.fl. bruker som eksempel et tilfelle hvor entreprenøren skal levere en varmtvannsbereder på 400 liter, mens underentreprenøren bare skal levere en bereder på 300 liter. I dette tilfellet er bygg-

¹⁷⁴ Jf. forbrukerens adgang til å velge grunnlag etter kjøpsloven, jf. Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 136 avsnitt 1 og s. 138 avsnitt 1. Se også Tverberg (2008) s. 560–562.

¹⁷⁵ Direktekravs-adgangen er imidlertid subsidiær, jf. NS 8405 punkt 37, som krever at det «*må anses godtgjort at kravet ikke kan gjennomføres mot entreprenøren, eller det i høy grad blir vanskeliggjort på grunn av konkurs eller klar insolvens*» for at byggherren skal kunne fremsette krav direkte mot entreprenørens medkontrahent.

¹⁷⁶ Dette følger uttrykkelig av et obiter dictum i Rt-1998-656. Obiter dictum tillegges imidlertid mindre vekt enn ratio decidendi i rettsanvendelsen.

¹⁷⁷ Dette er tilsynelatende en konsekvens av relativitetsgrunnsetningen.

herrens direktekrav beløpsmessig og fysisk begrenset til en varmtvannsbereder på 300 liter. Dersom byggherren har mottatt en varmtvannsbereder på 300 liter, vil det derfor ikke foreligge noe mangelskrav som kan fremmes mot underentreprenøren.¹⁷⁸ Byggherrens direktekrav vil også være begrenset av eventuelle reklamasjonsfrister og foreldelsesregler knyttet til kravet i tidligere kontraktsledd.¹⁷⁹

Etter subrogasjonsmodellen er det tilstrekkelig at det foreligger mislighold i kontraktsforholdet mellom A og B. Springende regress fordrer på sin side at det foreligger misligholdsansvar i begge leddene. Ved springende regress må det derfor foreligge et krav også i kontraktsforholdet B-C, og det er dette kravet som fremsettes innenfor rammene av det krav som foreligger i kontraktsforholdet A-B. Denne modellen krever med andre ord at det foretas to kravsvurderinger. Et kontraktsrettslig direktekrav, enten det baserer seg på subrogasjon eller springende regress, kan aldri være mer omfattende enn det krav som følger av kontraktsforholdet A-B.¹⁸⁰ Begrunnelsen for dette synes å ligge i det faktum at direktekrav representerer et unntak fra relativitetsgrunnsetningen. Dersom man åpner for et mer omfattende direktekrav enn det som følger av avtalen i forholdet A-B, vil det medføre en større forpliktelse for A enn det man har kontraktsrettslige holdepunkter for. Begrensningen gir A anledning til å forutberegne sin rettsstilling, og det var blant annet dette som ble anført som et argument for å lovfeste direktekravsregelen i kjøpsloven § 84 første ledd.¹⁸¹

Det faktum at C ikke kan kreve mer enn det B kunne kreve av A, kan også underbygges av et generelt prinsipp som blant annet kommer til uttrykk i Gjeldsbrevloven § 25. Det følger av bestemmelsen at «mottakaren [ikke får] bedre rett enn avhendaren, om inkje anna fylgjer av serlege rettsreglar».¹⁸² Kreditors krav mot hjemmelsmannen kan således ikke være av en annen art, for eksempel et prisavslag i stedet for erstatning, eller annet omfang, herunder et annet beløp, enn det debitor selv kunne kreve.¹⁸³

Spørsmålet er hvorvidt overnevnte direktekravs-modeller fører til at Cs direktekrav begrenses av henholdsvis As ansvarsfraskrivelse overfor B, og Bs ansvarsfraskrivelse overfor C. Det ses først på direktekravs-bestemmelsen i kjøpsloven, som bygger på en subrogasjonsmodell, deretter vurderes problemstillingen i tilknytning til NS 8405 som bygger på en springende regress-modell.

¹⁷⁸ Marthinussen m.fl. (2010) s. 623.

¹⁷⁹ Se punkt 4.3.

¹⁸⁰ Dette er forutsatt i kjøpsloven, forarbeidene, Ot.prp. nr 80 (1986-1987) samt rettspraksis jf. punkt 2.3.2.4.

¹⁸¹ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 137.

¹⁸² Lov om Gjeldsbrev (Gjeldsbrevloven) av 17. februar 1939.

¹⁸³ Se Lilleholt (1986) s. 134.

3.2 Kjøpsrett

3.2.1 Innledning

En kjøpsavtale vil som regel gå ut på at et formuesgode overføres fra selgeren til kjøperen mot betaling. Etter § 3 er kjøpsloven deklarasjonsrett, noe som innebærer at partene kan avtale seg bort fra det som fremgår av lovens bestemmelser. Ofte vil A være en produsent som selger varer til B (ulike grossister), som igjen selger varen til sluttkunden C. I slike tilfeller kjøper B varen med sikte på videresalg. Men det kan også tenkes tilfeller hvor B er en forbruker eller bedrift som kjøper varen til eget bruk, og deretter selger den brukte gjenstanden til kjøperen C. Dersom kjøperen C blir utsatt for kontraktsbrudd som ikke skyldes forhold på hans side, kan C gjøre ulike misligholdsbeføyelser gjeldende mot B. Misligholdsbeføyelser innen kjøpsretten kan for eksempel være krav om prisavslag, retting, erstatning, omlevering, tilbakeholdsrett eller heving. Kjøpslovens virkeområde omfatter bare avtaler om løsørekjøp, herunder tilvirkningskjøp jf. kjøpsloven §§ 1 og 2. Entreprisekontrakter vil dermed falle utenfor.

3.2.2 Direktekrav etter kjøpsloven § 84 første ledd

Kjøpsloven § 84 første ledd er en hovedregel som gjelder for alle former for kjøp. Etter § 84 kan C gjøre mangelen gjeldende mot «*tidligere salgsledd*». Ordlyden innebærer at C bare kan fremme et krav mot A dersom kontraktsforholdet A-B også faller inn under *kjøpslovens* virkeområde.¹⁸⁴ Dette skiller seg fra andre kontraktslover, hvor kontrakten mellom A og B ikke trenger å være av samme art som kontrakten mellom B og C. Se som eksempel avhendingslova § 4-16 som tillater direktekrav mot tidligere selger eller «*annen tidligere avtalepart*». Avhendingslova stiller med andre ord ikke krav om at det foreligger en homogen kontraktskjede. Forarbeidene til avhendingslova presiserer at kjøperens rett, i motsetning til kjøpsloven, ikke er avgrenset til tidligere salgsledd. Krav kan også gjøres gjeldende mot andre avtaleparter, herunder håndverkere eller entreprenører som har utført arbeid på eiendommen.¹⁸⁵

Til tider kan det imidlertid være en flytende overgang mellom de ulike kontraktslovene. Særlig ved kjøp av fast eiendom kan det oppstå vanskelige grensedragninger mellom tjenesteytelse og entreprise på den ene siden og alminnelig kjøpsrett på den andre siden. Fra lovgivers side synes det forutsatt at lovene ikke skal overlappe hverandre, men være gjensidig avgrensende. Dersom avhendingslova får anvendelse på kontraktsforholdet, kan man ikke kombinere med regler fra for eksempel kjøpsloven eller håndverkertjenesteloven.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Det er få holdepunkter i gjeldende rett for å fastslå direktekrav som et alminnelig prinsipp, jf. punkt 2.3.2.4.

¹⁸⁵ Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 112.

¹⁸⁶ Se blant annet Selvig (1999) s. 409–410.

Etter § 84 første ledd kan C gjøre gjeldende et direktekrav i de tilfeller «tilsvarende krav» på grunn av mangelen kan gjøres gjeldende av selgeren B. Ordlyden innebærer at bestemmelsen bygger på et rent subrogasjonssynspunkt.¹⁸⁷ Dette medfører at C trer inn i selger Bs krav mot tidligere salgsledd A. Bestemmelsen oppstiller ingen begrensninger med hensyn til hvor langt bakover i salgskjeden C kan rette sitt direktekrav.

I de nordiske forarbeidene benyttet man uttrykket «samme rett som selgeren».¹⁸⁸ I praksis medfører dette at C bare kan fremsette et krav som ligger innenfor rammene av Bs krav mot A. Dersom tidligere salgsledd A har fraskrevet seg ansvar, for eksempel etter kjøpsloven § 19, kan det tenkes at Cs direktekrav blir mindre enn det krav C kan fremsette mot sin medkontra-hent B, se punkt 3.2.3. Videre kan det tenkes at selgeren B ikke har reklamert i tide overfor A, i slike tilfeller vil Cs adgang til å fremsette direktekrav mot A være tapt. Som det fremgår av bestemmelsen er det en forutsetning at tilsvarende krav «kan» gjøres gjeldende av B. Det stil-les således ikke krav om at B faktisk har benyttet seg av retten til å gjøre mangelskrav gjel-dende mot A.¹⁸⁹ Reglene bygger på tanken om at selgeren Bs krav mot hjemmelsmannen A i mangel av andre holdepunkter må anses å ha gått over til kjøperen C som en konsekvens av kjøpsavtalen mellom B og C.¹⁹⁰

3.2.2.1 Reklamasjon

Reklamasjonsreglene for kontraktsrettslige direktekrav fremgår av kjøpsloven § 85 første ledd, og bygger i likhet med den materielle regelen i kjøpsloven § 84 på subrogasjonsprinsip-pet.¹⁹¹ Dette innebærer at C må reklamere overfor hjemmelsmannen A innen de frister som gjelder i kontraktsforholdet mellom A og B. Det at C må reklamere overfor A gjelder gene-relt, det vil si både etter bestemmelser som bygger på subrogasjon og springende regress. Et-ter kjøpsloven § 33 kan ikke A påberope seg reklamasjonsreglene overfor B dersom mislig-holdet skyldes As grove uaktsomhet. Henvisningen i kjøpsloven § 85 til «*de reklamasjonsfris-ter som gjelder i forholdet mellom forgjengeren og det tidligere salgsledd*», tilsier at C også kan gjøre kjøpsloven § 33 gjeldende mot A. Dersom direktekravet bygges på springende re-gress-modellen, er direktekrav i tillegg betinget av at C reklamerer rettidig overfor B.

¹⁸⁷ Dette er slått fast i praksis fra Høyesterett. I den overnevnte «Veidekke-dommen» uttalte Høyesterett: «Pa-ragraf 84 første ledd gir kjøperen adgang til også utenfor forbrukerforhold å gjøre gjeldende «krav som følge av mangel» mot tidligere salgsledd. Denne bestemmelsen bygger på subrogasjonsmodellen: Kjøperen trer inn i selgerens krav mot sin hjemmelsmann uten hensyn til om kjøperen har noe krav mot selgeren». Se Rt-1998-656 s. 661.

¹⁸⁸ NU 1984:5 § 90 (1).

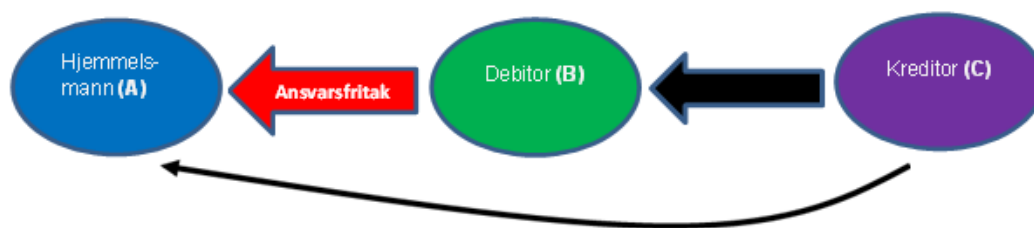
¹⁸⁹ Det kan oppstå situasjoner hvor både B og C gjør krav gjeldende mot A, i slike tilfeller må det foretas en vurdering av hvem som er best berettiget eller legitimert til å motta oppgjør, jf. Hagstrøm (2011) s. 816.

¹⁹⁰ Krüger (1999) s 487. Se for øvrig punkt 2.3.2 om stilltiende cesjon.

¹⁹¹ NU 1984: 5 s. 388 og Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 139, 2. spalte.

3.2.3 Ansvarsfritak i kontraktsforholdet mellom A og B

Problemstillingen er om produsenten A og selgeren B kan inngå en gyldig avtale som begrenser kjøperen Cs direktekravsrett. Ofte vil kontrakten mellom A og B inneholde en beskrivelse av hvilket kontraktsrettslig ansvar A har overfor B, herunder avgrensninger mot hva som *ikke* er As ansvar. I det følgende tas det sikte på situasjoner hvor det er inntatt en gyldig ansvarsbegrensning i tidligere salgsledd (forholdet A-B), men hvor det ikke foreligger en tilsvarende begrensning i neste salgsledd (forholdet B-C).



Hjemmelsmann A vil ofte ønske å begrense sitt ansvar over for debitor B. I kjøpsforhold vil A for eksempel kunne innta en klausul om at tingen er solgt «som den er» jf. kjøpsloven § 19. I noen tilfeller vil debitor B ha videresolgt gjenstanden uten å innta tilsvarende klausul i kontrakten med sin nye kontraktspart C.¹⁹² Dersom C ønsker å holde A direkte ansvarlig for mangelen vil det kunne oppstå tvist mellom C og A. Hjemmelsmann A vil som regel argumentere for at ansvarsbegrensningen som følger av avtalen med B også må gjelde overfor C. Kreditor C vil på sin side mene at han ikke er bundet av avtalen i tidligere salgsledd.

Spørsmålet i dette tilfellet er om C må respektere avtalen mellom A og B.

Det kan oppstå ulike situasjoner. I det følgende skal noen praktiske tilfeller eksemplifiseres. For det første kan det tenkes at det i kontraktsforholdet A-B er inngått en avtale som *begrenser As ansvar overfor B*. Videre kan det tenkes tilfeller hvor A og B gjennom sin avtale *begrenser Cs rett til å fremsette direktekrav*, uten at avtalen har noen innvirkning på Bs rettsstilling. For å kunne legge til grunn det ene eller det andre typetilfellet, må det i praksis foretas en tolkning av avtalen mellom A og B. Ansvarsfritaket kan følge av en uttrykkelig bestemmelse eller være forutsatt mellom partene. I det følgende legges det imidlertid til grunn at rekkevidden av ansvarsfraskrivelsen allerede er klarlagt.

¹⁹² Bergem og Rognlien (1995) s. 391.

3.2.3.1 Avtale som begrenser As ansvar overfor B

Ordlyden i kjøpsloven § 84 krever at C må ha et «*tilsvarende krav*» som B. Dette kan tyde på at en avtalt ansvarsbegrensning mellom A og B også vil virke inn på Cs direktekrav. Som nevnt bygger kjøpsloven § 84 på et subrogasjonssynspunkt, noe som innebærer at kjøperen C trer inn i selgeren Bs krav mot A, og således ikke får bedre rett enn B.¹⁹³ Dette fremstod som en klar forutsetning under lovgivningsarbeidet:

«Arbeidsgruppen mener videre at heimelsmannen neppe har noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg et slikt krav fra et seinere salgsledd, *forutsatt at det begrenses til det som heimelsmannen må finne seg i fra sin kontraktmotpart*. Det foreslås derfor i NU 1984:5 en generell regel som for ”mangelkrav” fullt ut bygger på et subrogasjonssynspunkt. Det vil si at kjøperen får *samme rett* overfor selgerens heimelsmenn som han ville fått ved en overdragelse av selgerens krav på disse» (mine kursiveringer).¹⁹⁴

Dette trekker i retning av at en ansvarsbegrensning mellom A og B også må gjelde overfor C. Bakgrunnen for at utvalget valgte å bygge på en subrogasjonsmodell synes nettopp å ligge i hensynet til forutberegnelighet for produsenten A. Som vi har sett fra redegjørelsen i punkt 3.1.3 ville imidlertid en bestemmelse som bygger på *springende regress* gitt A en desto større «beskyttelse» i den forstand at det ville foreligget en dobbelt begrensning på Cs direktekrav.

Det fremgår av forarbeidene at: «[s]iden bestemmelsen bygger fullt ut på et subrogasjonssynspunkt, vil imidlertid selgeren i det tidligere salgsledd ikke risikere noe videre krav enn han ellers kunne fått i form av *regresskrav* fra sin kontraktmotpart» (min kursivering).¹⁹⁵ Regress er betegnelsen på et gjensøkningskrav, det vil si et økonomisk etteroppgjør hvor man kan kreve tilbakebetalt det man selv har måttet betale.¹⁹⁶ Ved alminnelig regress vil situasjonen være at C gjør gjeldende sitt krav mot B, uavhengig begrensningene som foreligger i kontraktsforholdet A-B. Dersom B snur seg til A for å kreve regress, vil A kunne påberope seg begrensningene overfor B. Debitor B vil således bli sittende igjen med svarteper, og As ansvar vil ikke bli mer omfattende enn det som følger av avtalen.

¹⁹³ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 45.

¹⁹⁴ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 136.

¹⁹⁵ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 45.

¹⁹⁶ Jervell (1994) s. 922.

Utvalget forutsetter videre at «[A] vil også kunne sikre seg ved en ansvarsfraskriving i forhold til sin motpart [B], jf NU 1984:5 s 387»¹⁹⁷, hvorvidt dette også skal gjelde med hensyn til senere kjøper C er noe uklart. Gode grunner taler imidlertid for at dette har vært hensikten.

Til tross for at forarbeidene på enkelte steder er noe uklare, taler både ordlyden i bestemmelsen og forarbeidene samlet sett for at As ansvarsfraskrivelse overfor B også får virkning for C. Hvis vi tenker oss et tilfelle hvor A har fraskrevet seg ansvar for funksjonsfeil overfor B, vil ikke C ha noe «tilsvarende krav» å fremme mot A dersom denne typen feil skulle oppstå etter at C har kjøpt gjenstanden fra B. Direktekrav er i slike tilfeller avskåret.¹⁹⁸

Dette kan umiddelbart virke urimelig overfor C, særlig i tilfeller hvor B bare fungerer som mellomledd (grossist), og dermed ikke har noen reell interesse i å kunne fremme et eventuelt misligholdskrav mot A. Debitor B vil i slike tilfeller kunne få en gunstig pris i avtaleforholdet A-B, og selge varen videre til en høyere pris i avtaleforholdet B-C. Mot dette kan det imidlertid innvendes at C likevel vil kunne holde B ansvarlig for funksjonsfeilen, da det ikke foreligger noen begrensning i avtaleforholdet B-C. Kjøperen Cs interesser vil således bli ivaretatt ved at han kan gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende mot B. Videre vil en klausul som åpner for omfattende ansvarsfritak kunne sensureres etter alminnelige avtalerettslige prinsipper.¹⁹⁹

Det at A kan begrense sitt ansvar overfor B med virkning for C, er også lagt til grunn i teorien, Bergem og Rognlien påpeker: «At en avtale mellom selgeren og det tidligere salgsledd får virkning for kjøperen følger for så vidt av at kjøperen etter bestemmelsen bare kan gjøre gjeldende tilsvarende krav som selgeren. Har selgeren fraskrevet seg krav overfor det tidligere salgsledd, er kjøperen altså bundet av det.»²⁰⁰

Etter dette er konklusjonen at A kan begrense sitt ansvar overfor B med virkning for Cs direktekrav. Dette vil følgelig medføre at C må respektere en avtale mellom A og B om at tingen er solgt «som den er» etter kjøpsloven § 19, jf. eksemplet over.²⁰¹

¹⁹⁷ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 45.

¹⁹⁸ Jervell (1994) s. 959.

¹⁹⁹ Rt-1994-626 samt Augdahl (1978) s. 294–295, Solvang (2009) s. 27 og Hagstrøm (2011) s. 646.

²⁰⁰ Bergem og Rognlien (1995) s. 391.

²⁰¹ Hvorvidt C må akseptere en avtale mellom A og B som begrenser Cs adgang til å fremsette et deliktskrav drøftes nærmere i punkt 4.3.2.2.

3.2.3.2 A og B har avtalt begrensninger for C

Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor A ikke har fraskrevet seg ansvar overfor B, men hvor partene (A og B) i stedet har avtalt en begrensning i senere kjøper Cs adgang til å fremsette direktekrav mot A. I et slikt tilfelle kan det reises spørsmål om hvor bokstavelig man skal tolke ordlyden i kjøpsloven § 84 første ledd. Som nevnt innebærer «*tilsvarende krav*» i § 84 første ledd at C trer inn i Bs krav mot A gjennom subrogasjon. Dersom A ikke har begrenset sitt ansvar overfor B, er det – ut fra en streng tolkning av ordlyden – mest nærliggende å legge til grunn at C fortsatt kan tre inn i Bs krav mot A, og således fremsette et direktekrav på tross av den avtalte begrensning mellom A og B.²⁰² En slik tolkning samsvarer også med relativitetsgrunnsetningen, som taler mot en slik adgang for A og B til å avtale begrensninger i Cs rettigheter.

Forarbeidene til kjøpsloven synes imidlertid å forutsette at tidligere salgssledd kan inngå en avtale som utelukkende går ut på å begrense Cs rett til å fremsette direktekrav:

«Etter forslaget i NU 1984:5 hadde kjøperen «samme rett som sin selger» til å gjøre mangelkrav gjeldende. Selv om formuleringen i proposisjonsutkastet er endret, er meningen den samme. Kjøperen [C] har derfor ikke uten videre samme krav mot de tidligere salgssledd [A] som mot selgeren [B].

Kjøperens rett kan på den ene side bli mindre enn overfor selgeren, f.eks. på grunn av ansvarfraskrivninger eller salgsklausuler i tidligere omsetningsledd. Dersom f.eks. en produsent har tatt inn *forbehold i sin kontrakt med grossisten mot krav fra seinere omsetningsledd*, vil dette derfor kunne påropes både overfor *detaljisten og dennes kjøper*, også om den siste er forbrukerkjøper.» (mine kursiveringer)²⁰³

Uttalelsen synes å forutsette en 4-ledds kontraktskjede, hvor produsenten A selger til grossisten B, som igjen selger til detaljhandleren C, som atter igjen selger til kjøperen D. Som det fremgår kan hjemmelsmannen A innskrenke både detaljisten Cs så vel som kreditor Ds direktekravsrett gjennom avtale med debitor B. Forarbeidene påpeker videre at «avtaler mellom *tidligere ledd* som avskjærer seinere *forbrukerkjøperes* krav etter bestemmelsen, vil ikke kunne gjøres gjeldende» (min kursivering).²⁰⁴ Det er ikke inntatt en tilsvarende reservasjon med

²⁰² Jervell (1994) s. 960 understreker at subrogasjonsprinsippet ikke innebærer at B *overfører* kravet til C, men at C automatisk *trer inn* i Bs krav mot A.

²⁰³ Ot.prp.nr.80 (1986-87) 137, 2. spalte.

²⁰⁴ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 137.

hensyn til kjøpere som ikke er forbrukerkjøpere, noe som styrker inntrykket av at A og B kan avtale begrensninger i Cs rett, forutsatt at C ikke er forbrukerkjøper.

Dette er også lagt til grunn av Bergem og Rognlien som uttaler «[h]ar selgeren og det tidligere salgsledd avtalt en begrensning i kjøperens krav som ikke er bindende mellom dem selv, vil dette i alle fall binde kjøperen når selgeren tar forbehold om det i sin avtale med kjøperen. Ut fra alminnelige subrogasjonssynspunkter har det de beste grunner for seg at kjøperen *også ellers* vil være bundet av en avtale mellom selgeren og det tidligere salgsledd» (min kursivering).²⁰⁵ Forarbeidene og juridisk teori trekker således i retning av at A og B kan begrense Cs direktekravsrett gjennom avtale.

Hensynet til kjøperen C kan imidlertid tale for at forarbeidenes synspunkt bare bør opprettholdes i de tilfeller hvor C har blitt *opplyst* om den aktuelle ansvarsbegrensning. I slike tilfeller må C anses, uttrykkelig eller stilltiende, å ha akseptert begrensningen, og han har dermed ingen beskyttelsesverdig interesse i å kunne holde hjemmelsmannen ansvarlig.²⁰⁶

Det er mer tvilsomt om forarbeidenes synspunkt burde opprettholdes i de tilfeller kjøperen C *ikke* har blitt opplyst om ansvarsbegrensningen. En avtale som kun begrenser C direktekravsrett vil ikke ha noen realitet for debitor B, all den tid B selv vil ha i behold sin rett til å fremme misligholdskrav mot hjemmelsmannen A. Den avtalefrihet som forarbeidene åpner for, fører til at tidligere salgsledd uten virkning for sitt eget rettighetsforhold, gjennom avtale kan innskrenke rettighetene til en senere kjøper. Det at to parter skal kunne avtale å fravike kjøpslovens ordning til ugunst for en tredjepart virker lite rimelig.

Løsningen harmonerer også dårlig med relativitetsgrunnsetningen som tilsier at en avtale bare danner rettigheter og plikter mellom partene. Mot dette kan det kanskje innvendes at direktekrav er et unntak fra dette utgangspunkt. Loven gir imidlertid bare adgang til å fremsette direktekrav, og ikke anledning til å frata tredjemanns rettigheter gjennom avtale.²⁰⁷ Videre innebærer subrogasjonsprinsippet at kjøperen *automatisk* trer inn i det krav som *debitor* har mot hjemmelsmannen. Dette kan stille seg annerledes ved avtalt cesjon, hvor kreditor får *overdratt* kravet fra debitor.²⁰⁸ Dersom man åpner for å modifisere adgangen som følger av kjøpsloven § 84 første ledd, vil det gi anledning til å undergrave de prinsipper som direktekrav-instituttet

²⁰⁵ Bergem og Rognlien (2008) s. 393.

²⁰⁶ Se tilsvarende synspunkt hos Jervell (1994) s. 960 og Tørum (2007) s. 206. Dette tenkte tilfellet har en side til punkt 3.2.4, og behandles derfor nærmere der.

²⁰⁷ Se tilsvarende hos Jervell (1994) s. 961 og motsatt hos Bergem og Rognlien (1995) s. 427–428.

²⁰⁸ Jervell (1994) s. 961.

hviler på.²⁰⁹ Jeg mener derfor at de beste grunner taler for å tolke uttalelsen i forarbeidene innskrenkende i tilfeller hvor avtalen mellom A og B utelukkende begrenser Cs rett, og C ikke har blitt opplyst om dette.

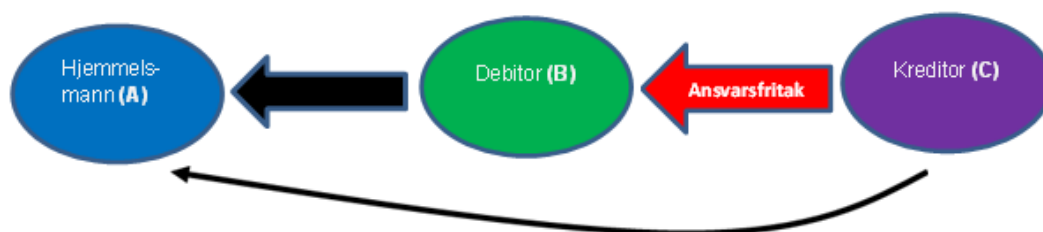
3.2.3.3 Sammenfatning

Dersom A og B har blitt enige om å begrense As ansvar, må denne begrensningen som hovedregel gjelde for C. Dette er en naturlig konsekvens av at C ikke har større rett enn B overfor A, jf. subrogasjonsprinsippet i § 84 første ledd. En avtale som begrenser As ansvar overfor B, vil derfor samtidig medføre en begrensning på Cs direktekrav, dette gjelder både direktekravets art og omfang. Denne tolkningen synes å være i tråd med forarbeidenes forutsetning om å skape forutberegnelighet for A.

Etter min mening taler imidlertid hensynet til C for å foreta en streng ordlydsfortolkning av § 84 første ledd, slik at «tilsvarende krav» tas på ordet. Dette fører til at avtalte begrensninger i kontraktsforholdet A-B bare får betydning for C i den grad de også har en reell innvirkning på Bs rettsstilling. Dette innebærer i praksis at tidligere kontraktsledd (A-B) ikke kan inngå en avtale som utelukkende går ut på å hindre Cs lovfestede rett etter § 84 første ledd, med mindre C uttrykkelig eller stilltiende har godkjent en slik begrensning. En slik tolkning harmonerer godt med relativitetsgrunnsetningen og kjøpslovens system, som innebærer at lovens deklatoriske regler bare kan fravikes av de kontraherende partene selv.

3.2.4 Ansvarsfritak i kontraktsforholdet mellom B og C

Vurderingen blir imidlertid en annen dersom det i avtalen mellom B og C er inntatt en ansvarsbegrensning, men tilsvarende begrensning ikke foreligger i forholdet mellom A og B. Problemstillingen er i det følgende om A kan påberope seg en begrensning som foreligger i kontraktsforholdet mellom B og C.



²⁰⁹ Det samme legges til grunn av Jervell (1994) s. 959–962, Hov (2002) s. 346–347 samt Tørum (2007) s. 201 og s. 424–425. Motsatt Bergem og Rognlien (1995) s. 427 og 428.

Kjøperen C kan i avtalen med B ha fraskrevet seg retten til å fremsette misligholdskrav både mot selgeren B og hjemmelsmannen A. Videre kan det tenkes tilfeller hvor kjøperen C direkte overfor tidligere selger A fraskriver seg retten etter kjøpsloven § 84 første ledd.²¹⁰ I slike tilfeller må det antas at ansvarsbegrensningen kan gjøres gjeldende av A. Mer problematisk er det imidlertid dersom avtalen mellom B og C ikke nevner forholdet til A.

Problemstillingen blir da om A kan påberope seg ansvarsbegrensningen mellom B og C for å unngå Cs direktekrav. Skal Cs aksept av en ansvarsfraskrivelse fra Bs side være til hinder for at C kan fremsette et direktekrav mot A?

Kjøpsloven § 84 regulerer ikke uttrykkelig denne typen tilfeller. Etter sin ordlyd regulerer den bare tilfeller hvor det foreligger en begrensning med hensyn til Bs «*tilsvarende krav*». I dette tilfellet kan det likevel påpekes at relativitetsgrunnsetningen som sådan ikke setter like åpenbare begrensninger på adgangen til å fremme direktekrav, snarere tvert imot. Hjemmelsmannen A har utfra sin avtale med B ingen berettiget forventning om å bli fritatt for ansvar, og det er heller ingen selvfølge at A skal nyte godt av den avtale som er inngått i avtaleforholdet B-C. Hensynet til A kan derfor ikke i seg selv begrunne As adgang til å påberope seg ansvarsbegrensningen, jf. forutsetningen i lovens forarbeider.

På den andre siden har C ved kalkulering av sitt kontraktsansvar hensyntatt den foreliggende ansvarsbegrensning. Videre kan det tenkes at ansvarsbegrensningsklausulen har påvirket kontraktsprisen eller øvrige vilkår i avtalen mellom C og B. Kjøperen C har da som følge av ansvarsbegrensningen sannsynligvis fått en avtale på bedre vilkår, noe som kan tilsi at han burde godta at også tidligere salgsledd påberoper seg den aktuelle ansvarsbegrensning overfor ham.

Av forarbeidene fremgår det at «[b]estemmelsen inneholder for det første et forbehold for det som måtte følge av avtale. Det følger allerede av § 3 at kjøperen [C] ikke kan gjøre krav gjeldende mot tidligere salgsledd [A] dersom han har fraskrevet seg *dette* i forhold til selgeren [B]». ²¹¹ Det er mest nærliggende å tolke uttalelsen slik at den tar sikte på tilfeller hvor C gjennom avtale med B har fraskrevet seg retten til å fremsette direktekrav mot A. Det synes imidlertid ikke som om uttalelsen tar sikte på tilfeller hvor det *kun* foreligger en ansvarsfraskrivelse fra B overfor C. Et mer konkret svar på spørsmålet får man i neste avsnitt, hvor det påpekes at:

²¹⁰ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 137, 1. spalte.

²¹¹ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 137, 2. spalte.

«På den annen side kan kjøperenes krav mot det tidligere salgsledd gå lenger enn kravet mot selgeren. Det vil være tilfelle f eks hvor tingen er solgt fra selgeren til kjøperen «som den er», mens det ikke foreligger tilsvarende forbehold i foregående ledd. *Forutsetningen er at selgerens forbehold ikke kan tolkes som en avskjæring av krav også mot tidligere salgsledd, jf det som er sagt foran om forholdet til avtale*» (min kursivering).²¹²

Dette taler for at en ansvarsbegrensning i avtaleforholdet mellom B og C ikke nødvendigvis kan påberopes av A. *Jervell* påpeker at det «[i] enkelte tilfeller kan [...] bli vanskelig å avgjøre hvorvidt en ansvarsfraskrivelse fra selgeren kun skal anses å gjelde selgerens eget ansvar, eller om det også omfatter hjemmelsmannens ansvar. I utgangspunktet kan det ikke være nok at selgeren har fraskrevet seg sitt eget ansvar for mangler eller har solgt gjenstanden «som den er». Hvis selgeren ønsker å verne tidligere salgsledd gjennom sine ansvarsfraskrivelser, bør dette fremgå av ordlyden i ansvarsfraskrivelsen».²¹³

Et krav om at selgeren uttrykkelig må inkludere tidligere salgsledd i sin ansvarsfraskrivelse overfor kjøperen, har gode grunner for seg. Hvorvidt man kan oppstille et slikt kriterium vil imidlertid etter min mening bero på hvilket grunnlag Cs direktekrav mot A baserer seg på. Ved den konkrete vurderingen kan det sondres mellom krav fremsatt etter subrogasjonsmodellen (for eksempel kjøpsloven § 84) og krav fremsatt etter springende regress modellen (jf. for eksempel forbrukerkjøpsloven § 35 og Norsk standard 8405 punkt 37).

Ved springende regress foreligger det en dobbeltbegrensning i den forstand at C fremsetter sitt eget krav mot B innenfor rammen av det krav som B har mot A. Dersom det foreligger en gyldig ansvarsbegrensning i kontraktsforholdet B-C og det ikke er avtalt noe annet mellom partene, vil Cs krav være begrenset av dette forhold. Det kan i dette tilfellet ikke stilles noe krav om at B har inkludert A i sin avtale med C, jf. overnevnte. Ansvarsbegrensningen vil i alle tilfelle kunne gjøres gjeldende av hjemmelsmannen.

Dette stiller seg annerledes dersom det direkte krav bygger på subrogasjonsmodellen. Under slike omstendigheter trer C inn i Bs krav mot A. I dette tilfellet foreligger det ingen begrensning i avtaleforholdet A-B. Ansvarsbegrensningen i kontraktsforholdet B-C vil således være uten betydning. Som det fremgår av forarbeidene til kjøpsloven har man i norsk rett akseptert direktekrav med den begrunnelsen at A ikke pålegges et større ansvar enn det han har overfor B. Dette av hensyn til As forutberegnelighet. Ut fra dette synspunkt er det lite betenkelig å

²¹² Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 137.

²¹³ Jervell (1994) s. 959.

begrense As adgang til å påberope seg ansvarsbegrensninger i kontraktsforholdet B-C, så lenge direktekravet ikke pålegger A et større ansvar enn det han opprinnelig hadde overfor B.

Som vi har sett, synes norsk rettspraksis generelt å føre en forsiktig linje med hensyn til å anvende direktekrav som et selvstendig kravgrunnlag. Man finner derfor få eksempler på at domstolene har behandlet spørsmålet knyttet til om en kjøper C, i tilfeller hvor selger B har fraskrevet seg ansvar, i stedet kan rette kravet mot selgerens hjemmelsmann A. Det foreligger imidlertid to avgjørelser som kan illustrere den aktuelle problemstillingen.

I Rt. 1981 s. 445 «Davanger-dommen» dreide det seg om salg av bolig, men avgjørelsen har likevel rettskildemessig interesse med hensyn til alminnelige kjøpsforhold.²¹⁴ I saken hadde byggmester A oppført en rekke boliger på egen eiendom, hvorav én ble solgt til B. Boligen ble deretter videresolgt fra B til C ved standardkontrakt som inneholdt ansvarsfraskrivelse for skjulte feil og mangler. Etter en 4-5 års periode utviklet det seg sprekkdannelser i forstøtningsmuren på eiendommen. Sprekkdannelsen skyldtes svakheter og feil ved oppføringen av muren. Dette medførte at forstøtningsmuren måtte rives og gjenoppbygges. Kjøperen C fremholdt at det var A som var ansvarlig for skadene, og krevde erstatning eller prisavslag. Hjemmelsmannen A anerkjente at han kunne vært kontraktsrettslig ansvarlig overfor den første kjøperen B, men bestred at han kunne holdes ansvarlig overfor C. Han begrunnet dette med at han ikke stod i noe kontraktsforhold til C, og at C heller ikke hadde noe krav mot B ettersom B hadde fraskrevet seg ansvaret i kontrakten med C. A mente derfor at C måtte anses å ha akseptert eiendommen med de mangler som måtte foreligge.

Høyesteretts flertall konkluderte med at de misligholdsbeføyelser som B kunne gjøre gjeldende mot A, måtte anses å være overført til C. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av dommen, synes det forutsatt at den avtalte begrensningen mellom B og C ikke var til hinder for Cs direktekrav mot A. Hvorvidt dette skyldes at retten bygger på en subrogasjons-tankegang er imidlertid noe uklart.

I en dom avsagt i Borgarting lagmannsrett var spørsmålet om bilkjøperen C kunne rette et krav direkte mot bilimportøren A, eller om han måtte holde seg til selgeren B som hadde inn tatt en ansvarsbegrensning i salgsavtalen.²¹⁵ Ansvarsbegrensningen innebar at bilen var solgt «som den er» og den presiserte at eventuelle tidligere skader, tidligere reparasjoner og spesiell-

²¹⁴ Dette begrunnes med at direktekravsbestemmelsen i avhendingslova § 4-16 er tilsvarende den bestemmelse man finner i kjøpploven § 84 første ledd. Dommen er således ikke et prejudikat, men det er likevel relevant å trekke analogislutninger, jf. Eckhoff (2001) s. 171. I den aktuelle dom la Høyesterett til grunn at det forelå et regulært salg mellom A og B (ikke et entrepriseforhold). Dommen er avsagt før avhendingslova trådte i kraft. I dag ville et lignende saksforhold trolig blitt behandlet etter avhendingslova § 4-16.

²¹⁵ RG-2010-555.

le påkostninger var ukjent. Importøren A anførte at C ikke kunne ha bedre rett overfor A enn han hadde overfor selgeren B, og at ansvarsbegrensningen derfor fungerte til hinder for As direktekrav. Kjøperen C mente på sin side at han hadde trådt inn i det krav som B hadde mot A, og påpekte at det i tidligere salgsledd ikke var inntatt noe forbehold. Lagmannsretten konstaterte at det dreide seg om et kjøp mellom to forbrukere og at forholdet derfor var regulert av kjøpsloven.²¹⁶ Retten konkluderte med at C i medhold av kjøpsloven § 84 første ledd kunne gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende direkte mot A, ettersom As salgsavtale ikke inneholdt et tilsvarende forbehold.

Lagmannsrettsdommer har i utgangspunktet en mer begrenset rettskildemessig betydning. Denne dommen er likevel nyttig da den sammenlignet med «Davanger-dommen» både er nyere og mer treffende for problemstillingen. Dommen viser tydelig at lagmannsretten bygget på subrogasjonsprinsippet i kjøpsloven § 84 første ledd, og at A derfor ikke kunne påberope seg ansvarsbegrensningen i kontraktsforholdet mellom B og C. Det er imidlertid interessant å spørre seg om løsningen ville blitt en annen dersom retten hadde anvendt en bestemmelse som bygget på springende regress (dobbeltbegrensningsmodellen). I nevnte dom anførte den ankende part A at lagmannsretten måtte legge til grunn dobbeltbegrensningsmodellen etter forbrukerkjøpsloven § 35. Ettersom den aktuelle hjemmelen i denne saken var kjøpsloven § 84, tok ikke retten stilling til dette spørsmålet.

Det kan stilles spørsmål ved om resultatet i denne saken hadde blitt et annet dersom lagmannsretten hadde bygget sin avgjørelse på forbrukerkjøpsloven § 35. Spørsmålet må trolig besvares benektende. Bakgrunnen for dette er at forbrukerkjøpsloven § 35 femte ledd synes å forutsette at forbrukeren har anledning til å gjøre gjeldende direktekrav på to ulike grunnlag – enten etter springende regress-regelen i forbrukerkjøpsloven § 35 første ledd eller etter subrogasjonsregelen i kjøpsloven § 84 første ledd.²¹⁷ Hensikten bak bestemmelsen var å gi forbrukeren større rettigheter, ved at han kan velge det grunnlag for direktekrav som fremtrer som mest fordelaktig for ham. Det synes lite rimelig at forbrukeren ikke skal kunne påberope seg kjøpsloven dersom denne loven vil være mer gunstig for forbrukeren. Adgangen til å velge mellom subrogasjon og springende regress ved fremsettelsen av direktekrav, må trolig gjelde også for de andre forbrukerkjøpslovene.²¹⁸ Etter forbrukerkjøpsloven er det generelt en snevrere adgang til å avtale begrensninger i forbrukeres direktekravsrett.²¹⁹

Konklusjonen er etter dette at A ikke kan påberope seg ansvarsbegrensningen mellom B og C for å unngå Cs kjøpsrettslige direktekrav.

²¹⁶ Forbrukerkjøpsloven omfatter bare «salg av ting til en forbruker når selgeren eller selgerens representant opptre i næringsvirksomhet.» jf. forbrukerkjøpsloven § 1 annet ledd.

²¹⁷ Jf. Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 136 avsnitt 1 og s. 138 avsnitt 1. Se Tverberg (2008) s. 560–562.

²¹⁸ Håndverkertjenesteloven (1989) § 27 første ledd og Bustadoppføringslova (1997) § 37 første ledd.

²¹⁹ Se om dette i Tverberg (2008) s. 571–573.

Det kan problematiseres om A kan påberope seg den avtalte begrensning mellom B og C i tilfeller hvor direktekravet bygger på en *renspikket* dobbeltbegrensningsmodell, det vil si i tilfeller hvor det ikke alternativt kan påberopes en hjemmel som bygger på en subrogasjonsmodell. Eksempler på denne direktekravs-modellen finner man blant annet i de nye norske standardkontraktene innen entreprise, som vi skal se nærmere på i det følgende.

3.3 Entrepriserett

3.3.1 Innledning

Kjøpsloven kommer ikke til anvendelse på entreprisekontrakter, jf. kjøpsloven § 2 første ledd annet punktum. Det følger av lovens forarbeider at dette også gjelder i tilfeller hvor entreprenøren skaffer alt av nødvendige materialer.²²⁰ Utgangspunktet er derfor at de overnevnte kjøpsrettslige reglene vedrørende direktekrav ikke får (direkte) anvendelse i kontraktsforhold mellom entreprenør og byggherre.²²¹

Entreprise er betegnelsen på bygge- og anleggsoppdrag på fast eiendom, og reguleres hovedsakelig av standardkontrakter utviklet og fastsatt av Standard Norge. I Norge finner man flere ulike former for entreprise, herunder det som betegnes som delentreprise, hovedentreprise, generalentreprise og totalentreprise.²²² I motsetning til kjøpsforhold er ikke entreprise mellom profesjonelle parter lovregulert. Dette innebærer at det er overlatt til partene å avtaleregulere sitt forhold. Det kan ta flere år fra planlegging av et anlegg eller bygg starter til prosjektet er ferdigstilt, og ofte kan det oppstå uforutsette forhold som påvirker fremdriften. Dette fordrer at standardkontraktene er tilpasningsdyktig til endrede og uforutsette situasjoner.

Som følge av sin kompliserte og sammensatte art, vil en entreprise sjelden bestå av ett enkelt kontraktsforhold, men vil som regel omfatte en kjede av kontrakter mellom ulike kontraktsparter. Det kan tenkes at byggherren har inngått avtale med en hovedentreprenør, som igjen har kontrahert med en underentreprenør, som atter igjen får sine leveranser fra en materialleverandør. Dersom entreprenørens kontraktsmedhjelper begår en feil som fører til mislighold,

²²⁰ Se NU 1984:5 s. 164 og 198 og Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 22–23 og 49, andre spalte. Dette gjelder likevel ikke totalkontrakter hvor «leveransedelen» er mer fremtredende enn «tjenestedelen». Et eksempel på dette finner man i såkalte EPC/EPCI-kontrakter, der leverandøren sørger for vesentlige deler av prosjektering og innkjøp. Se mer om dette i Kaasen (2005) s. 26–27 og Tørum (2007) s. 229–231.

²²¹ Kjøpsloven (som uttrykk for en mer generell bakgrunnsrett) kan likevel være relevant ved tolkning og utfylling av standardkontrakten.

²²² Normalt sett sonderer man imidlertid bare mellom *utførelsesentrepriser* (delentreprise, hovedentreprise, generalentreprise) og *totalentrepriser*. Forskjellen ligger i at entreprenøren ved totalentreprise også er ansvarlig for selve prosjekteringen. Se nærmere Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 63 flg.

vil entreprenøren identifiseres med sin medhjelper.²²³ Hvis det foreligger en mangel i kontraktskjeden (underentreprenøren har for eksempel utført et mangelfullt arbeid) kan byggherren likevel ha en særlig interesse i å gjøre sitt krav gjeldende direkte mot den medhjelper som er årsaken til mangelen.²²⁴ Dette vil typisk være aktuelt i tilfeller hvor entreprisekontrakten må heves på grunn av at hovedentreprenøren er konkurs.

Ved å fremsette direktekrav kan byggherren kreve at underleverandøren til tross for konkursten oppfyller sine forpliktelser. Dersom byggherren ikke kan fremsette direktekrav mot underentreprenøren, vil byggherren i verste fall risikere at underentreprenøren krever betalt for å rette opp egne feil og mangler. Det kan tenkes at hovedkontrakten (mellom byggherre og entreprenør) reguleres av NS 8405, mens underentreprisen (mellom entreprenør og dennes medhjelper) reguleres av NS 8415. Ettersom avhandlingen tar for seg mangelskrav fra *byggherre* mot underentreprenør, er det direktekrav etter NS 8405 som er aktuelt i det følgende.²²⁵

3.3.2 Direktekrav etter NS 8405 punkt 37

Adgangen til å fremsette direktekrav i entrepriseforhold ble for første gang innført i NS 3430 punkt 38, og er senere fulgt opp i NS 8405 punkt 37. Standarden regulerer utførelsesentrepriser, noe som innebærer at byggherren leverer det vesentligste av tegninger, beskrivelser og beregninger.

Etter dagens bestemmelse har byggherren «rett til å benytte sine mangelskrav [...] direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende mot entreprenøren». Adgangen til å fremsette direktekrav gjelder mot alle entreprenørens *kontraktsmedhjelpere*, herunder leverandører og underentreprenører. Direktekravs-adgangen er imidlertid begrenset til første salgsledd, noe som innebærer at byggherren ikke kan fremsette sitt krav mot underleverandørens medkontrahent. Hvem som er å anse som «kontraktsmedhjelper» følger av NS 8405 punkt 2.7. Etter NS 8405 ligger prosjekteringsansvaret hos byggherren selv, noe som medfører at byggherren har ansvar for det arbeid som gjøres av arkitekter og tilsvarende aktører.²²⁶

²²³ Regulert i NS 8405 punkt 15.1, men er også ansett for å være et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp, jf. Hagstrøm (2011) s. 487. Dette bekreftes også indirekte i CISG art 79 annet ledd om dobbel force majeure.

²²⁴ Mangler er definert i NS 8405 punkt 36.1. Bestemmelsen definerer følgeskader som mangler, og går derfor lengre enn bakgrunnsretten som normalt karakteriserer ansvar utover utbedringsansvaret som et erstatningsansvar. Se kjøpsloven (1988) § 34 første ledd jf § 40 første ledd.

²²⁵ Det vises til avgrensningene i punkt 1.3.2.

²²⁶ Marthinussen mfl. (2010) s. 624.

Direktekravs-adgangen er subsidiær, jf. NS 8405 punkt 37 første ledd annen setning. For at byggherren skal kunne fremsette krav direkte mot entreprenørens medkontrahent må det «*anses godtgjort at kravet ikke kan gjennomføres mot entreprenøren, eller det i høy grad blir vanskeliggjort på grunn av konkurs eller klar insolvens*». Subsidiaritetsregelen er ikke å gjenfinne i de lovfestede reglene om direktekrav, og medfører en snevrere direktekravs-adgang i entreprise. Hvis entreprenøren er betalingsdyktig, men avviser kravet, må byggherren gjennomføre kravet mot denne gjennom søksmål. I slike tilfeller «*kan*» kravet gjennomføres, jf. bestemmelsens ordlyd.²²⁷

Det følger av NS 8405 punkt 37 at byggherren kan fremsette «*sine*» mangelskrav direkte mot entreprenørens underentreprenører eller kontraktsmedhjelpere. Bestemmelsen slår uttrykkelig fast at det må foreligge et mangelskrav i kontraktsforholdet mellom byggherren og entreprenøren (B-C), i tillegg må entreprenøren ha et krav mot sin kontraktsmedhjelper (A-B).²²⁸ Standarden baserer seg således på springende regress (dobbeltbegrensningsmodellen), noe som innebærer at det må foretas to mangelsvurderinger.²²⁹

Dette skiller seg fra NS 3430 punkt 38 (og NS 3431 punkt 43) hvor ordlyden tilsa at byggherren trådte inn i entreprenørens krav mot tidligere kontraktsledd. Den tidligere bestemmelsen synes å bygge på et subrogasjons-prinsipp tilsvarende det vi finner i kjøpsloven § 84 første ledd.²³⁰ Et obiter dictum i «Veidekke-dommen» underbygger denne forståelsen: «Bestemmelsen må forstås slik at det er entreprenørens krav som overdras til byggherren».²³¹ Jeg har ikke lyktes med å finne noen begrunnelse for hvorfor man i nyere tid har gått over til en springende regressmodell i entreprise. Ettersom kontraktene i de ulike leddene i entreprise ofte er harmoniserte, vil det likevel ikke få avgjørende betydning at man bygger på springende regress, all den tid det uansett vil være samme reguleringer i de ulike kontraktene. Med hensyn til heterogene kontraktskjeder, det vil si kjeder hvor man ikke har harmonisert kontraktene, vil det derimot være av betydning med hensyn til eventuelle ansvarsbegrensninger.

Dobbeltbegrensningsmodellen i NS 8405 medfører at byggherrens direktekrav ikke bare begrenses til den kravspesifikasjon som foreligger mellom entreprenøren og hans kontraktsmedhjelper, men også av eventuelle begrensninger som følger av kontrakten mellom byggherre og entreprenør. Kontraktsmedhjelperen trenger dermed ikke å finne seg i et direkte mangelskrav som går utover de spesifikasjoner som følger av de ulike kontraktsleddene.

²²⁷ Marthinussen mfl. (2010) s. 624.

²²⁸ Det er tilstrekkelig at entreprenøren har et krav mot tidligere salgsledd, det kreves ikke at han faktisk har gjort dette kravet gjeldende, jf. ordlyden i punkt 37 «kunne vært gjort gjeldende».

²²⁹ Mangelen må foreligge i begge ledd og være av samme art og omfang, jf. Marthinussen m.fl. (2010) s. 622.

²³⁰ Kolrud mfl. (1992) s. 355–357.

²³¹ Rt-1998-656 s. 661.

3.3.2.1 Reklamasjon

Etter NS 8405 punkt 37 fjerde ledd må byggherre C reklamere overfor entreprenøren B dersom han skal fremsette et krav overfor A. Etter bestemmelsens ordlyd stilles det ikke krav om at C eller B må reklamere overfor A. Dette kan imidlertid ikke ha vært hensikten med bestemmelsen. I følge juridisk litteratur er det ikke tilstrekkelig at entreprenøren B har reklamert overfor sin kontraktspart A – byggherren C må også ha reklamert i tide overfor B.²³² Det vises til at andre springende regress-modeller, blant annet i avhandlingslova § 4-16 og bustadoppføringslova § 37, bygger på prinsippet om at reklamasjon må skje i begge kontraktsledd. Ettersom en slik løsning følger av den alminnelige obligasjonsrett, burde eventuelle avvik fremgå uttrykkelig av bestemmelsen. Dersom reklamasjonen ikke er fremsatt i tide, vil C miste sin rett til å gjøre direktekrav gjeldende.²³³

3.3.3 Ansvarsfritak i entrepriseforholdet

I standardkontrakten mellom byggherre og entreprenør vil det ofte være inntatt bestemmelser som har til hensikt å begrense partenes ansvar. Denne hovedkontrakten vil som regel angi de rammer som entreprenørens kontraktsmedhjelpere skal arbeide innenfor. Kontraktsmedhjelperne er likevel ikke part i hovedkontrakten. Underentrepriseforholdet, det vil si forholdet mellom entreprenør og dennes medhjelpere, vil som regel være regulert av en annen standard. Noen ganger vil imidlertid bestemmelsene i hovedkontrakten og underentreprisekontrakten være harmoniserte, jf. *back-to-back prinsippet*.²³⁴ I slike tilfeller vil ansvarsbegrensningene være tilnærmet like i de ulike kontraktsledd. Hvis underentreprisekontrakten ikke er harmonisert, noe som ofte kan være tilfellet i forhold til materialleverandører, kan det imidlertid tenkes å foreligge avtalte ansvarsfritak i ett kontraktsledd, men ikke i et annet. Det kan for eksempel tenkes at man ved bygging av en boligblokk benytter NS 8405 for selve byggeprosjektet, men at man for leveransenes vedkommende benytter andre standardavtaler som inneholder andre former for ansvarsbegrensninger. Innen entrepriseretten har man et avansert og gjennomarbeidet forsikringssystem, noe som tidvis vil redusere behovet for avtalte ansvarsbegrensninger. Dersom potensielle tap kan forsikres på en rimelig måte, vil dette gjerne være det første alternativet partene vurderer.²³⁵

²³² Marthinussen (2010) s. 628–629.

²³³ I likhet med kjøpsloven gjelder det etter NS 8405 unntak for tilfeller hvor det foreligger forsettlig eller grovt uaktsomme forhold på As side, se nærmere Kolrud mfl. (2004) s. 427.

²³⁴ Hensikten er å speile vilkårene i hovedkontrakten slik at hovedentreprenørens rettigheter og forpliktelser etter hovedkontrakten overføres til underentreprenøren. Dette er også vanlig i offshore-industrien.

²³⁵ Simonsen (1999) s. 377.

I likhet med kjøpsforhold kan avtalte ansvarsfritak i entreprise knytte seg til mangelskravets art og omfang. Entreprenørens medhjelper har for eksempel tatt forbehold om at bare bestemte misligholdsbeføyelser skal kunne gjøres gjeldende eller avtalt en beløpsmessig begrensning for sitt ansvar.²³⁶ Videre er det ikke uvanlig å innta såkalte *cut off-klausuler*, som blant annet kan medføre en snevrere mangeldefinisjon og kortere reklamasjonsfrister.²³⁷ Ofte vil ansvarsfritakene gå ut på beløps- eller prosentbegrensninger. En annen form for ansvarsbegrensning som er svært utbredt og som regel nokså vidtgående, er begrensningen i adgangen til å få dekket konsekvenstap.

Det er ikke uvanlig at partene avtaler begrensninger også i entreprenørens krav på erstatning for tap som skyldes fremdriftsendringer. Etter den deklarasjonens bakgrunnsretten vil entreprenøren ha krav på erstatning for tapet, forutsatt at det foreligger et ansvarsgrunnlag og tapet anses adekvat. Partene kan imidlertid avtale ansvarsbegrensninger som fraviker det deklarasjonens utgangspunkt.²³⁸

Spørsmålet er hvordan avtalte ansvarsbegrensninger i entrepriseforholdet virker inn på byggherrens direktekrav. Som nevnt baserer standarden seg på en springende regress-modell, noe som medfører at det må foretas to mangelsvurderinger.

Det tas først stilling til situasjonen hvor kontraktsmedhjelper A har fraskrevet seg ansvar overfor entreprenør B, uten at entreprenøren har inntatt tilsvarende begrensning i avtalen med byggherre C.²³⁹ I et byggeprosjekt kan det påbeløpe store kostnader, det vil derfor ofte være ønskelig for kontraktsmedhjelper A å innta ansvarsbegrensninger i avtalen med entreprenør B, som begrenser As ansvar overfor byggherre C. I dette tilfellet er det nærliggende å legge til grunn en tilsvarende konklusjon som etter kjøpsloven § 84. Som det fremgår av punkt 3.2.3 innebærer dette at ansvarsbegrensninger som hovedregel kan gjøres gjeldende overfor byggherre, såfremt disse også er virksomme overfor entreprenøren B. Dette begrunnes med at byggherrens direktekrav etter NS 8405 punkt 37 ikke kan gjøres mer omfattende enn det krav entreprenøren har mot sin kontraktsmedhjelper, jf. ordlyden i bestemmelsen. Byggherren må derfor respektere avtalte ansvarsbegrensninger gjort i tidligere salgsledd. På den andre siden vil en avtale som utelukkende går ut på å begrense byggherrens direktekrav ikke kunne gjøres gjeldende, ettersom byggherren, i henhold til ordlyden i punkt 37, kan fremsette krav «i samme grad» som entreprenøren.

²³⁶ Se punkt 3.1.2.

²³⁷ Marthinussen m.fl. (2010) s. 623.

²³⁸ Barbo (1997) s. 429.

²³⁹ I praksis vil entreprenøren inngå avtale med byggherren før han kontraherer med sine medhjelpere.

Dersom det foreligger en gyldig ansvarsbegrensning mellom byggherren og entreprenøren (forholdet B-C), vil også denne virke begrensende på byggherrens direktekrav. Dette er en naturlig konsekvens av dobbeltbegrensningsmodellen i NS 8405 punkt 37, hvorefter byggherren gjør «*sine mangelskrav*» gjeldende. En kontraktsmedhjelper vil derfor kunne påberope seg ansvarsbegrensningen som er avtalt mellom byggherre og entreprenør, dette til tross for at han ikke har inntatt tilsvarende begrensning i sin egen avtale.

Dette illustrerer en viktig forskjell mellom springende regress-modellen og subrogasjonsmodellen. Etter subrogasjonsmodellen, som blant annet NS 3430 synes å være utformet etter, var direktekravs-adgangen mer omfattende for byggherren. Jeg har ikke funnet noen begrunnelse for endringen. Men mye taler for at man gjennom å endre ordlyden søkte å få en klarere regel for direktekrav i entreprise. Dersom man sammenligner de to direktekravs-modellene, vil jeg tro at springende regress-modellen, i et rettspolitisk perspektiv, oppleves som mindre radikal enn subrogasjonsmodellen.

3.4 Heterogene kontraktskjeder

Spørsmålet er hvilken betydning det får at kontraktskjeden består av ulike kontrakter. Ofte kan det tenkes å foreligge en kjøpsavtale mellom materialleverandør A og entreprenør B, mens forholdet mellom B og byggherre C er regulert av en NS-standard. Det kan problematiseres om byggherren C, som indirekte har mottatt materialer eller utstyr fra A, i slike tilfeller kan påberope seg kjøpslovens bestemmelser om direktekrav.

Som vi har sett vil kjøpslovens regler gi byggherren en videre adgang til å fremsette direktekrav enn reglene som følger av NS 8405. Det vises til at NS 8405 punkt 37 både er subsidiær og bygger på springende regress. Det kan derfor være ønskelig for byggherre å bygge sitt krav på reglene i kjøpsloven. Her må imidlertid utgangspunktet være standardkontrakten mellom B og C, fører til at C uttrykkelig har avtalt seg bort fra kjøpslovens regler.²⁴⁰ Videre vil et mangelskrav fra byggherre C i alle tilfelle falle utenfor kjøpslovens virkeområde, jf. kjøpsloven §§ 1 og 2. Byggherre C kan således ikke fremme et krav mot kontraktsmedhjelper A på bakgrunn av kjøpsloven § 84.

²⁴⁰ Marthinussen m.fl. (2010) s. 625–626.

4 Erstatningsrettslig perspektiv

4.1 Innledning

Fra Høyesteretts praksis ser man flere dommer hvor kreditor i samme sak gjør gjeldende erstatningskrav både i og utenfor kontrakt. I den allerede nevnte «Veidekke-dommen» reiste byggherren krav direkte mot underentreprenøren. Byggherren krevde erstatning *både* etter kontrakterstatningsretten og erstatning utenfor kontrakt. Ettersom Høyesterett kom til at byggherren hadde et krav på kontraktsrettslig grunnlag, ble det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om erstatning utenfor kontrakt.²⁴¹ I denne saken klassifiserte Høyesterett kravet som *kontraktsrettslig*. Klassifikasjonen hadde liten betydning for kreditor all den tid denne uansett fikk dekket sitt tap.

Hvis vi derimot, i forlengelsen av kapittel 3, legger til grunn at A kan påberope seg ansvarsbegrensninger i kontraktskjeden til hinder for Cs direktekrav, vil dette kunne medføre at Cs rett til å få dekket sitt tap fra A enten blir begrenset eller avskåret. Dersom B er slått konkurs, kan det tenkes at et krav mot A er det eneste alternativ C har for å få dekket sitt tap.²⁴² Kreditor C vil dermed søke å finne alternative hjemmelsgrunnlag for å unngå de begrensninger som knytter seg til kontraktsansvaret. Erstatning utenfor kontrakt vil da fremstå som et mulig alternativ forutsatt at vilkårene for slikt ansvar er oppfylt.²⁴³ Ettersom ansvarsfraskrivelsen er et *kontraktsvilkår* som følger av kontraktskjeden, er utgangspunktet at den vil være uten virkning for et direkte deliktskrav med hjemmel i reglene utenfor kontrakt.²⁴⁴

Den alminnelige sondringen mellom et kontraktsrettslig krav og et erstatningsrettslig krav vil basere seg på om kravet springer ut av kontraktsforholdet mellom partene, eller om skaden er påført av en person som ikke nødvendigvis står i kontraktsforhold til skadelidte.²⁴⁵ Tradisjonelt sett har man plassert skader på person og ting innen den alminnelige erstatningsretten, mens skader som forårsaker rene formuestap innpasses under reglene om erstatning i kontrakt.²⁴⁶ Slike vanntette skott mellom de ulike formene for tap kan det i praksis være vanskelig å opprettholde, og i noen tilfeller vil en rettslig problemstilling kunne være regulert både av

²⁴¹ Rt-1998-656.

²⁴² Videre vil en ansvarsbegrensning i kontraktsforholdet mellom A og B kunne oppleves som urimelig for C, all den tid han ikke var med på å avtale den aktuelle begrensning.

²⁴³ Det vises til redegjørelsen i 2.3 om hjemmelsgrunnlag for direktekrav.

²⁴⁴ Ulfbeck (2000) s. 99.

²⁴⁵ Cordero-Moss (2002) s. 461 og Lødrup (2009) s. 55.

²⁴⁶ Ulfbeck (2000) s. 95 og Tørum (2007) s. 490.

kontrakts- og deliktsreglene.²⁴⁷ Et typisk eksempel på dette er tingsskader som på samme tid kan representere en mangel i kontrakt og innebære en skade etter alminnelige regler om erstatning utenfor kontrakt. Bakgrunnen for at det av og til kan være vanskelig å klassifisere et krav som kontraktsrettslig eller deliktsrettslig er at de ulike rettsområdene til dels anvender ensartede begrepsapparater.²⁴⁸ Selvig beskriver det slik: «Det er imidlertid ofte hevdet at selv mellom parter i kontraktsforhold oppstår det ansvars-spørsmål som – uavhengig av reglene om kontraktsansvar – må avgjøres etter de regler som gjelder når intet kontraktsforhold består mellom partene – de såkalte almindelige erstatningsregler».²⁴⁹

Hva gjelder kontraktsrettslige direktekrav, er ikke den kontraktsrettslige bindingen mellom C og A like sterk som i et alminnelig kontraktsforhold (for eksempel forholdet mellom A og B). Typetilfellet vil derfor ofte kunne befinne seg i en mellomposisjon, hvor både vilkårene for kontrakts- og deliktsrettslig ansvar er oppfylt på samme tid. Dette leder til spørsmålet om det ene ansvarsgrunnlaget har forrang fremfor det andre, eller om kreditor kan velge det ansvarsgrunnlag som vil være til størst fordel for ham selv. Dette er temaet i punkt 4.5. Flere forfattere har påpekt at sontringen mellom de ulike ansvarsgrunnlag i stadig større grad har blitt visket ut, ettersom det, under gitte omstendigheter, er anledning til å få erstattet rene formuestap på deliktsgrunnlag.²⁵⁰ Hvorvidt det foreligger en adgang til å få erstattet rene formuestap utenfor kontrakt er grundig behandlet i flere juridiske fremstillinger, og vil ikke bli forfulgt nærmere her.²⁵¹

4.1.1 Problemstillingene

Den første problemstillingen behandles i *punkt 4.2*. Spørsmålet er om et deliktsrettslig direktekrav kan fremmes i en kontraktskjede. Som nevnt legges det til grunn at Cs kontraktsrettslige krav er begrenset som følge av ansvarsbegrensninger i kontraktskjeden, noe som gjør det mer hensiktsmessig for C å bygge sitt krav på deliktsgrunnlag. Det vil under denne problemstillingen foretas en sammenligning mellom vilkårene for erstatning i og utenfor kontrakt. Det vil gis en kort redegjørelse for erstatningsretten som grunnlag for direkte deliktskrav. Hensikten er ikke å gi en uttømmende fremstilling av erstatningsretten, men snarere en fremstilling av de delene av rettsområdet som er relevant for avhandlingens problemstilling.

²⁴⁷ Problemstillinger knyttet til direktekrav og alternative ansvarsgrunnlag er utførlig drøftet i fransk rett, se nærmere Viney (2008) s. 655–670 som kritiserer det anstrengte skille mellom kontrakt og delikt. Se også Zimmermann (1996) s. 904 flg.

²⁴⁸ Andersen (2013) s. 22.

²⁴⁹ Selvig (1968) s. 114.

²⁵⁰ Ulfbeck (2000) s. 112 flg. og Thorson (2010) s. 181 som blant annet viser til Rt-2004-1887 avsnitt 37.

²⁵¹ Det vises blant annet til Tørum (2007) og Thorson (2010).

Det tas også stilling til om As kontraktsrettslige handlinger overfor B som fører til mislighold i kontrakten mellom B og C, etter omstendighetene kan danne grunnlag for at A er ansvarlig overfor C på deliktsgrunnlag. Alternativt om C på andre grunnlag kan fremme deliktskrav mot A.

I *punkt 4.3* ses det på hvilke *virksomheter* det får at C velger å bygge sitt krav på deliktsgrunnlag i stedet for kontraktsgrunnlag. Som vi skal se vil en slik adgang innebære at C ikke trenger å ta hensyn til begrensninger som følger av kontraktskjedens regulering, herunder ansvarsbegrensninger, reklamasjonsfrister og foreldelsesreglene som gjelder i kontraktsforhold.

Videre ses det i *punkt 4.4* på om prosessreglenes begrensninger. Det vurderes hvorvidt et rettsforhold som både gir grunnlag for erstatningsrettslig og kontraktsrettslig ansvar er å anse som ett eller flere krav etter tvisteloven.

Hvis det konstateres at en rettsstiftende kjensgjerning oppfyller vilkårene både for delikts- og kontraktsansvar, blir det et spørsmål om skadelidte kan velge hvilket ansvarsgrunnlag han skal påberope seg. Problemstillingen i *punkt 4.5* er hvordan man løser spørsmålet knyttet til konkurrerende ansvarsgrunnlag, i norsk så vel som i fremmed rett, samt hva som *de lege ferenda* er en god løsning i norsk rett.

4.1.2 Alminnelige bemerkninger om erstatningsrett

Interaksjon mellom ulike aktører kan føre til konflikter som igjen fører til skade, og det er i denne sammenheng behovet for erstatningsretten har oppstått.²⁵² Norsk erstatningsrett har tidligere vært et rettsområde preget av ulovfestet rett, hvor det tillå lovgiver og juridisk litteratur å utvikle rettskildebildet. De siste 50 årene har det imidlertid vært en økende lovgivningsaktivitet, og 13. juni 1969 kom den sentrale lov om skadeerstatning.²⁵³ I tillegg til denne loven finnes det flere spesialbestemmelser i lovverket som tar sikte på bestemte typer skader. Som eksempel kan man nevne bilansvarsloven. De mest fremtredende hensynene i erstatningsretten er prevensjon og reparasjon. Erstatningsplikten innebærer at et tap, så langt det er mulig, blir gjenopprettet økonomisk. Hensikten bak erstatningsrettslige regler er at den som er utsatt for et tap som følge av en skadevoldende handling, skal få dette tapet erstattet. I følge forarbeidene til skadeerstatningsloven synes reglene å hvile på hensynet til folks alminnelige rettferdighetsbetraktninger.²⁵⁴

²⁵² Geistfeld (2009) s. 236.

²⁵³ Lødrup og Asland (2013) s. 21.

²⁵⁴ NOU 1977:33 s. 24.

Hensynet til erstatningsrettens preventive virkning gis til kjenne både i lovens forarbeider og i rettspraksis.²⁵⁵ Tanken er at trusselen om erstatningsansvar skal motivere potensielle skadevoldere til å frstå fra den skadevoldende handling. For selskaper og næringsdrivende er økonomisk prevensjon særlig aktuelt. Det såkalte produktansvaret fungerer som et insitament for bedriftene til å foreta grundigere undersøkelser av de produkter som blir sendt ut i markedet.

Et kjennetegn ved erstatningsrettslig lovgivning er at den har et skjønnsmessig preg, og man vil i mange tilfeller overlates til en konkret helhetsvurdering. Vurderingstemaet er om man har gått utenfor den generelle norm som eksisterer innenfor handlefrihetens grenser. I praksis vil man ofte stå overfor svært ulike typetilfeller, og aktsomhetskravet vil som regel variere fra livsområde til livsområde. De grunnleggende vilkårene for erstatning vil imidlertid være de samme. For denne avhandlingens vedkommende, er det særlig relevant å se nærmere på hvordan erstatningsrettslige regler kommer til anvendelse ved direkte deliktskrav i en kontraktskjede, da dette har betydning for (direktekravs)kreditors valgmuligheter. Erstatningsretten bygger på alminnelige handlenormer som er pålagt alle samfunnsaktører, og er således et ansvarsinstitutt som bygger på andre premisser enn kontraktsretten.

4.1.3 Forholdet til forsikringsretten

Erstatningsretten må ses i sammenheng med forsikringsretten som alternativt kompensasjonssystem. I tilfeller hvor det er avtalt forsikring kan den sikrede kreve erstatning fra forsikrings-selskapet uavhengig av om den som forvoldte skaden har et personlig ansvar. Skadeerstatningsloven § 4-2 fungerer som en kanaliseringsregel, som medfører at man må benytte seg av forsikring *før* det kan kreves erstatning. Fra Cs side spiller det imidlertid liten rolle om det er skadevolderen eller forsikringsselskapet som betaler, Cs krav mot A vil i alle tilfelle være erstatningsrettslig. I tilfeller hvor skaden ikke dekkes av forsikringen, eller vilkårene i § 4-2 nr. 1 er oppfylt, kan man gå direkte på den som har forvoldt skaden. Dette innebærer i praksis at det deliktsrettslige direktekrav vil være mindre aktuelt på områder med avanserte forsikringsordninger, herunder i entrepriseretten. Det kan likevel i entrepriseforhold tenkes å forekomme skader som går utover det som følger av forsikringsavtalen, for eksempel skade for indirekte tap eller skade som skyldes forsett eller grov uaktsomhet. I slike tilfeller vil drøftelsen i denne delen av avhandlingen kunne være relevant også for entreprise.²⁵⁶

²⁵⁵ Lødrup og Asland (2013) s. 31.

²⁵⁶ Utgangspunktet er at skadelidte har rett til å fremsette et direktekrav jf. forsikringsavtaleloven § 7-6, med mindre avtalen inneholder en såkalt «pay to be paid»- klausul.

4.2 Deliktsrettslige direktekrav i kontraktskjeder

4.2.1 Kan alminnelige erstatningsrettslige regler anvendes i kontraktsforhold?

Den alminnelige erstatningsretten har ingen avgrensninger mot skader som oppstår i kontraktsforhold. Utgangspunktet er imidlertid at skader som oppstår i forbindelse med kontraktsforholdet skal behandles etter obligasjons- og kontraktsrettslige bestemmelser. Det er likevel på det rene at tilstedeværelsen av en kontrakt ikke skal kunne frata skadelidte C de rettigheter vedkommende har etter den alminnelige erstatningsretten, med mindre dette er uttrykkelig forutsatt mellom partene.²⁵⁷ Som Selvig påpeker: «Det ansvar som følger av erstatningslovens regler blir derfor et slags minimumsansvar for kontraktsforhold i sin alminnelighet, og dette ansvaret gjelder med mindre særlige lovregler skulle fastsette et mer eller mindre videregående ansvar».²⁵⁸ Mye tyder på at ansvaret i kontrakt mellom to parter ofte vil strekke seg lengre enn ansvar *utenfor* kontrakt, noe som innebærer at kontraktsparten *inter partes* sjelden vil se seg tjent med å påberope seg reglene om erstatning utenfor kontrakt.

En direktekravskreditor vil derimot kunne møte på de utfordringer at det kan foreligge begrensninger i flere kontraktsledd, særlig dersom hjemmelsgrunnlaget for direktekrav bygger på en springende regress-modell. I slike tilfeller, hvor det foreligger ansvarsbegrensninger i kontraktskjeden, vil erstatning *utenfor* kontrakt kunne innebære det mest vidtrekkende ansvar for A.

Et eksempel er tilfeller hvor tidligere salgsledd eller underleverandør uaktsomt eller forsettlig har forvoldt skade som fører til tap for direktekravskreditor. Det kan tenkes at entreprenørens materialleverandør uaktsomt leverer defekt materiale som fører til skader på bygningen. Særpreget ved denne situasjonen er at skaden ikke ville oppstått dersom det ikke hadde foreligget et kontraktsforhold mellom A og B. Hvis denne kontrakten tenkes borte ville ikke direktekravskreditor vært i samme skadelidteposisjon. På den andre siden er direktekravskreditor C utenforstående med hensyn til kontrakten, noe som fører til at situasjonen i større grad minner om et deliktsrettslig forhold. Ettersom kontrakten kan karakteriseres som utløsende faktor, kan det spørres om kontrakten har innvirkning på fastleggelsen av As ansvarsgrunnlag overfor C. Spørsmålsstillingen fordrer en sammenligning av *ansvarsgrunnlagene* i og utenfor kontrakt.

²⁵⁷ Rt-1995-1350 s. 1357 og Rt-2008-1078 samt Thorson (2010) s. 186.

²⁵⁸ Selvig (1993) s. 603.

4.2.1.1 Uaktsomhet (*culpa*) i og utenfor kontrakt

I erstatningsretten tales det gjerne om at man flytter tapet over fra skadelidte til skadevolder.²⁵⁹ I stedet for at den som er utsatt for en skade skal bære tapet, er det den som står bak den skadevoldende handling som holdes ansvarlig. En forutsetning for at man skal kunne flytte ansvaret, er blant annet at det foreligger et *ansvarsgrunnlag* på skadevolders side. Dersom man ikke hadde lagt til grunn en slik forutsetning, ville erstatningsretten fort fått et vilkårlig preg.

Erstatningsansvar i og utenfor kontraktsforhold forutsetter at de samme grunnvilkårene er oppfylt, herunder *erstatningsrettslig skade* (tap som kan måles i penger), *ansvarsgrunnlag* og *adekvat årsakssammenheng* mellom skaden og det ansvarsbetingende forhold. I tillegg er det en forutsetning for erstatning i kontrakt at ansvarsgrunnlaget representerer et *kontraktsbrudd*.²⁶⁰ Et kontraktsbrudd kjennetegnes ved at det foreligger et avvik fra partenes avtale.

Strukturelt sett er grunnvilkårene for erstatning i og utenfor kontrakt noenlunde ensartede. De to erstatningssystemene har imidlertid, som vi skal se, enkelte ulikheter, noe som til dels skyldes at de bygger på ulike legislative hensyn. Den alminnelige erstatningsrett har som formål å ivareta samfunnsmessige hensyn ved å flytte tapet fra skadelidte til skadevolder, mens kontrakterstatningsretten har til hensikt å skape et oppfyllellespress. Et kontraktsbrudd representerer ikke nødvendigvis et brudd på de alminnelige handlenormer i samfunnet. I kontraktsretten er forutberegnelighet en sentral faktor, og man har derfor søkt å lage erstatningsreglene i kontraktsforhold så enkle og klare som mulige. I den alminnelige erstatningsrett er forutsetningen at det allerede har oppstått et tap, og man tar derfor sikte på å finne den beste løsningen i det konkrete tilfellet. Reglene i den alminnelige erstatningsrett har derfor fått et mer skjønnsmessig preg. Noe som etter min mening kan være uheldig, all den tid prevensjonshensynet også spiller en viktig rolle i erstatningsretten.

I norsk erstatningsrett sondres det mellom to hovedformer for ansvar: culpa-ansvaret og det objektive ansvaret.²⁶¹ Culpa-ansvaret, som er mest aktuelt i vårt tilfelle, forutsetter at skadevolderen, da skaden fant sted, opptrådte på en subjektivt klanderverdig måte, herunder uaktsomt eller forsettlig. Vurderingstema, både i deliktsretten og kontraktsretten, er om skadevolder *burde og kunne ha handlet annerledes enn han gjorde*, skadevolder må med andre ord ha hatt et handlingsalternativ.²⁶² Ved vurderingen av om ansvar skal pålegges, må det konstateres

²⁵⁹ Nygaard (2000) s. 18.

²⁶⁰ Bruserud (2002) s. 12.

²⁶¹ Lødrup (2009) s. 51.

²⁶² Nygaard (2007) s. 174.

hvilken norm som gjelder på det aktuelle livsområdet. Hvis man kommer til at skadelidte har handlet avvikende fra normen, og det ikke foreligger noen unnskyldningsgrunn, har vedkomende handlet culpøst. Graden av culpøs adferd kan ligge et sted mellom simpel uaktsomhet (*culpa levis*), grov uaktsomhet (*culpa lata*) og forsett (*dolus*). Simpel og grov uaktsomhet kjennetegnes ved at skadevolder bevisst eller ubevisst har handlet avvikende fra aktsomhetsnormen. Ved forsett har den handlende regner med eller holdt det sannsynlig at skade ville oppstå.²⁶³ I denne sammenheng har det liten betydning å gå nærmere inn på nyansene i culpa-vurderingen.²⁶⁴ De overnevnte utgangspunkter er lik i kontrakts- og deliktsretten. Det er imidlertid ved fastleggelsen av culpanormen at forskjellene særlig gir seg til kjenne.

For at *deliktsansvar* skal pålegges må det foreligge et brudd på alminnelige handlenormer. Utgangspunktet for vurderingen er hvorvidt As handlemåte kan anses forsvarlig i den konkrete situasjon og på det aktuelle livsområdet. Dersom A har handlet i overenstemmelse med det som anses rettmessig, vil handlingsalternativet normalt sett ikke kunne karakteriseres som culpøst. I Rt. 1973 s. 1364 «ubåtdommen» ble en ubåtfører frikjent for å ha seilt inn i og ødelagt en nederlandsk trål han ikke hadde sett. Besetningen på ubåten hadde stolt på at sonarutstyret ville registrere en tråler, noe det ikke gjorde. De sakkyndige i saken mente at ubåtføreren hadde "handlet i overenstemmelse med gjeldende bestemmelser, vanlig praksis og god skikk. Andre ubåtsjåfører ville ikke ha kommet til andre konklusjoner og trolig handlet på samme måte". Høyesterett sluttet seg til denne vurderingen, og la til at ubåtbesetningen "slik som de måtte se situasjonen, har opptrådt normalt og forsvarlig, og således ikke kan bebreides noen uaktsomhet". Dommen viser tydelig at culpanormen er knyttet til det forventede adferdsmønsteret på det aktuelle livsområdet.

Av rettspraksis fremgår det flere momenter som er viktig i uaktsomhetsvurderingen. Hvis det foreligger en skaderisiko, forventes det at skadevolderen har tatt de nødvendige forholdsregler. Videre vil det være et moment at det er gitt regler som søker å fremme sikkerheten. Dersom det foreligger lover eller forskrifter som gir anvisninger på hvordan man skal handle, vil dette normalt måtte tillegges vekt. Avgjørende vil være regelens klarhet og om lovgivningen er relevant for den aktuelle konflikt. Hvis A hadde ulike handlingsalternativer, men valgte det alternativ som medførte skade, er det et moment for å pålegge ansvar. Skadeevnen må ha vært påregnelig og synbar for den som forvoldte skaden. Hovedregelen er at culpanormen er objektivisert, noe som betyr at den samme normen gjør seg gjeldende for alle som beveger seg på tilsvarende livsområde.

²⁶³ Lødrup (2009) s. 127–128.

²⁶⁴ Sondringen har imidlertid avgjørende betydning for hvorvidt skadelidte skal tilkjennes oppreisning etter skadeerstatningsloven § 3-5 og for forsikringsselskapenes regressadgang etter skadeerstatningsloven § 4-2 nr. 1 pkt. a.

Ved mislighold av *kontrakt* er det derimot kontrakten som sådan som avgjør hvilke handleplikter som foreligger mellom partene.²⁶⁵ I kontraktsforhold sondres det mellom uaktsomhet som knytter seg til avtaleinngåelsen (*culpa in contrahendo*) og uaktsomhet som finner sted underveis i kontraktsperioden (*culpa in contracto*). Hensikten med kontrakten vil som regel være å frembringe et bestemt resultat eller bidra med en bestemt innsats for å gjøre oppfyllelsen mulig. Dersom en kontraktspart foretar uaktsomme handlinger (eller unnlatelser) som avviker fra denne rolleforventningen, vil det kunne foreligge culpaansvar i kontraktsforholdet.²⁶⁶ Culpaansvaret i kontrakt kan på den ene siden anses som strengere enn den alminnelige culpanormen utenfor kontrakt, all den tid den omfatter forhold som normalt sett ikke er å anse som culpøse utenfor kontrakt. Som nevnt vil ansvar i kontraktsretten knytte seg til kontraktsbruddet, for eksempel en mangelfull vare. Dersom C gjør gjeldende et kontraktsrettslig direktekrav, for eksempel etter kjøpsloven § 84, fremfor et deliktsrettslig krav basert på den alminnelige erstatningsrett, kan det tenkes at A vil bli vurdert ut fra en strengere aktsomhetsnorm enn det vedkommende ville blitt etter deliktsretten. Forutsetningen i denne sammenheng er imidlertid at det foreligger ansvarsbegrensninger i kontraktskjeden som fører til at deliktsansvaret blir mer vidtrekkende enn kontraktsansvaret.

4.2.1.2 *Hva skal til for at A holdes ansvarlig overfor C på deliktgrunnlag?*

Som vi ser er fastleggelsen av ansvarsgrunnlaget (culpanormen) forskjellig i og utenfor kontraktsforhold. En forutsetning for at A skal holdes ansvarlig på deliktgrunnlag er selvsagt at vedkommende har overtrådt de handlenormer som gjelder for erstatning utenfor kontrakt. Hvis vi tenker oss at underentreprenøren har gjort et ufullstendig arbeid med grunnmuren og unnlatt å varsle entreprenøren B om forholdene, vil det foreligge kontraktsrettslig culpa i forholdet mellom A og B. Underentreprenøren A er kjent med at bygget skal overleveres til C etter ferdigstilling, og må således skjønne at svakheter i grunnmuren kan føre til tap for C. I dette eksemplet dreier det seg om en typisk tingsskade og mangel, hvor det ikke er vanskelig å se at A overfor C både kan pådra seg deliktsansvar og kontraktsansvar for samme forhold.²⁶⁷ Bakgrunnen for dette er at A har fremkalt en risiko som han har unnlatt å forebygge og har således, isolert sett, handlet deliktuelt overfor C.

²⁶⁵ Hagstrøm (2011) s. 468.

²⁶⁶ Etter kontraktsrettslige regler kan eventuelle krav mot tidligere ledd gå tapt som følge av forsømt undersøkelsesplikt, enten fra B eller Cs side. Fra et erstatningsrettslig ståsted kan kravet fortsatt bestå, med mindre det åpnes for lemping av ansvaret.

²⁶⁷ Mellom C og A foreligger det ikke noe kontraktsforhold, men som vi har sett fra tidligere kan C gjøre krav gjeldende etter de kontraktsrettslige reglene om direktekrav, jf. punkt 2.3.2.

Til illustrasjon kan det vises til den såkalte «Lørenskog-dommen».²⁶⁸ I denne saken hadde en entreprenør, som hadde i oppdrag å støpe fundamentet til en bygning, blitt klar over at grunnforholdene var for dårlige. Entreprenøren utførte likevel arbeidet, uten å varsle byggherren. Da huset etter hvert slo sprekker, anla byggherren sak mot entreprenøren. Høyesterett understreket at det ikke var tilstrekkelig at entreprenøren hadde innfridd avtalen om å støpe grunnmuren, han hadde også en varslingsplikt overfor byggherren. Høyesterett mente at entreprenøren kunne bebreides for ikke å ha varslet om grunnmurens beskaffenhet, og han ble derfor kjent erstatningsansvarlig på *deliktsrettslig* grunnlag. Det er ingen tvil om at varslingsplikten stod i nær sammenheng med kontraktsforholdet, noe som illustrerer at det ofte kan bli en flytende overgang mellom ansvarsreglene.

Et spørsmål som har vært oppe i flere juridiske fremstillinger er om As kontraktsbrudd overfor B som fører til tap for C *i seg selv* kan gi C et alminnelig krav om erstatning utenfor kontrakt mot A.²⁶⁹ Det tas her sikte på tilfeller hvor det ikke kan påvises deliktuekt ansvar i forholdet mellom A og C. Ettersom lovgivningen ikke gir noe presist svar på dette spørsmålet, er det nødvendig å se hen til rettspraksis og juridisk litteratur, og hvilken løsning som er lagt til grunn der.

Et eksempel på at A ble holdt ansvarlig for kontraktsbrudd med B som førte til tap for C, finner vi i Rt. 1989 s. 1318 «Testament-dommen». I denne saken hadde en advokat som skulle utforme et testamente til sin klient, oversett bestemmelsen i arveloven § 7 om at testators ektefelle skal varsles. Forsømmelsen medførte at testamentet ble ugyldig, og førte til tapt arv for testamentsarvingene. Advokaten erkjente at han hadde handlet uaktsomt. Både flertallet og mindretallet i dommen synes å legge til grunn at A (advokaten) hadde opptrådt uaktsomt overfor C (testamentsarvingene), ved å bryte sin avtale overfor B (arvelater).

Dommen taler for at man ved å bryte en kontrakt med sin medkontrahent kan pådra seg ansvar overfor tredjepart. Hvis man tenker seg at det ikke forelå noe kontraktsforhold mellom advokaten A og arvelater B, ville ikke skadelidte C hatt noe erstatningskrav. Dommen tilsier at erstatning utenfor kontrakt i denne typen tilfeller ikke generelt kan avvises.²⁷⁰ Faktum i dommen dreide seg imidlertid ikke om en kontraktskjede (det var ingen kontrakt mellom B og C), og det var dermed ikke anledning for C å fremme krav på annet grunnlag enn delikt. Dette skiller seg fra situasjonen med direktekrav, hvor det tross alt er mulig å fremme et kontraktskrav. Jeg kan imidlertid ikke se noen grunn til at resultatet skulle blitt annerledes dersom det hadde foreligget en kontrakt mellom arvelateren B og testamentsarvingene C.²⁷¹

²⁶⁸ Rt-1967-1248.

²⁶⁹ Tørum (2007) s. 497 flg. og Hagstrøm (2011) s. 831 flg.

²⁷⁰ Hagstrøm (2011) s. 833.

²⁷¹ I følge Nygaard (2007) s. 63 forelå det lovnad om arv fra B til C, men dette er uansett av mindre betydning, all den tid det ikke er vektlagt av Høyesterett i saken.

I dansk rett har enkelte juridiske forfattere lagt til grunn et såkalt *kontraktsavhengig rettsbruddsansvar*, som ligger i grenseland mellom erstatning i og utenfor kontrakt.²⁷² Ansvarsnormen fastlegges ut fra kontrakten mellom A og B, men kan altså medføre at A er ansvarlig for et senere ledd i kontraktskjeden.²⁷³

Gomard uttaler: «På grænseområdet mellem delikt og kontrakt bør man forsøge både at subsumere de forekommende typetilfælde under delikts- og kontraktsreglerne og derefter tage stilling til, hvilken regel der er bedst egnet. [...] Det kan ikke anses for udelukket på grænseområder at danne regler, der verken stemmer overens med de typiske delikts- eller kontraktsregler».²⁷⁴ Nørgaard beskriver at ansvarsgrunnlaget «befinder sig i grænseområdet mellem delikt og kontrakt og er et eksempel på erstatningsregler, der verken stemmer overens med de typiske delikts- eller kontraktsregler». Forfatterne mener det foreligger et kombinert ansvarsgrunnlag, hvorefter C kan gjøre gjeldende et deliktsansvar mot A som utelukkende bygger på As forpliktelser etter kontrakten med B.

I følge Hagstrøm er det en forlokkende tanke at A kan pålegges ansvar overfor C i tilfeller hvor det er påregnelig for A at C blir skadelidende.²⁷⁵ Han påpeker imidlertid at det som regel må kreves noe mer enn at A har brutt sine kontraktsplikter overfor B. Det vises blant annet til at det i norsk rett er forsøkt oppstilt kvalifikasjoner, som for eksempel et krav til at det foreligger grov uaktsomhet ved kontraktsbruddet. En slik kvalifikasjon kan likevel ikke, på generelt grunnlag, sies å transformere et kontraktsbrudd til et deliktueft forhold.

Som vi ser fra tidligere drøftelse, krever deliktsansvar at det foreligger brudd på *alminnelige handlenormer*. Normene som følger av et kontraktsforhold kan sjelden karakteriseres som alminnelige, all den tid normene ligger tett opp til kontraktens formål, nemlig å frembringe kontraktsgjenstanden. Det kan likevel ikke utelukkes at det kan forekomme tilfeller hvor kontraktsrettslig mislighold i praksis vil ha betydning for påleggelse av deliktsansvar, jf. den overnevnte «Testament-dommen». Det danske *kontraktsavhengige rettsbruddsansvar* har møtt noe kritikk i danske juridiske miljøer, blant annet som følge av at reglene anses som kompliserte. I tillegg må det utvises varsomhet med å overføre denne typen regler til norsk rett. Bakgrunnen for dette er at man i dansk rett ikke har like omfattende lovgivning som åpner for direktekrav på kontraktsgrunnlag, noe som skaper et større behov for denne typen reguleringer i dansk rett.

²⁷² Gomard (1958), Nørgaard (1995) og Ulfbeck (2000).

²⁷³ Nørgaard (1995) s. 387.

²⁷⁴ Gomard (1958) s. 77.

²⁷⁵ Hagstrøm (2011) s. 831.

Konklusjonen er etter dette at C, etter norsk rett, som hovedregel ikke kan bygge et deliktsrettslig vern på kontrakten mellom A og B.²⁷⁶

For at A skal kunne pålegges deliktsansvar overfor C, må det i utgangspunktet kreves at As handlinger (eller unnlatelser) har brutt med de alminnelige handlenormer som følger av reglene om erstatning utenfor kontrakt. Etter norsk rett kan imidlertid deliktsansvar også begrunnes etter reglene om *informasjonsansvar*.²⁷⁷

Informasjonsansvar innebærer at A har misligholdt, gjennom feilaktige opplysninger, overfor sin kontraktspart B, og at dette misligholdet medfører tap overfor C.²⁷⁸ Ansvarer er særlig aktuelt i byggeprosjekter, hvor entreprenøren ofte vil innhente informasjon fra sakkyndige konsulenter, for eksempel ingeniører eller arkitekter. Ansvarer kan også aktualisere seg ved salg av fast eiendom. Det kan for eksempel tenkes at selgeren B overfor kjøper C har tatt forbehold om at han ikke kan holdes ansvarlig for opplysninger gitt av takstmann A. I slike tilfeller vil C ofte være henvist til å rette sitt krav direkte mot A.

Vilkårene for informasjonsansvar var lenge uavklart i norsk rett. I 2008 kom det en avgjørelse fra Høyesterett som bidro til å klargjøre rettstilstanden. I den aktuelle saken hadde selgerens medhjelper – takstmannen – begått feil ved måling av areal som førte til tap for kjøperen. Siden kjøperen hadde tegnet eierskifteforsikring fikk han tapet dekket av forsikringsselskapet, som deretter fremsatte krav mot takstmannen. Høyesterett konkluderte enstemmig med at det var grunnlag for kravet. Retten viste til det strenge profesjonsansvaret i norsk rett, og bygget sin konkrete vurdering på Tørum's sammendrag av vurderingstemaet for informasjonsansvar i amerikansk rett.²⁷⁹ Fra sammendraget kan det utledes tre grunnvilkår: for det første må informasjonen være villedende som følge av uaktsomhet hos den som har avgitt informasjonen og den må være gitt i en profesjonell sammenheng. Videre må den skadelidte ha en berettiget grunn til å stole på informasjonen. Endelig må informasjonen ha vært ment for skadelidte. Begrunnelsen for dette siste vilkåret er det såkalte flodbølgeargumentet, som oppstiller et behov for å avgrense ansvaret av hensyn til skadevolder.²⁸⁰

²⁷⁶ Se i samme retning Thorson (2010) s. 191.

²⁷⁷ Ansvarsformen blir betegnet som *deliktsansvar*, jf. Hagstrøm (1989) s. 214 og har i likhet med mye av erstatningsretten vokst frem uten hjemmel i formell lov.

²⁷⁸ Tørum (2007) s. 504.

²⁷⁹ Rt-2008-1078 avsnitt 23.

²⁸⁰ Tørum (2007) s. 505.

4.2.1.3 Sammenfatning

Som vi kan se, vil det ikke alltid vil være vanntette skott mellom de ulike ansvarsgrunnlagene. I praksis vil som regel saksøker anføre alle ansvarsgrunnlag som kan tenkes å føre frem, og domstolen vil deretter bygge på det grunnlag som fremtrer som mest hensiktsmessig uten å ta stilling til spørsmålet om overlapp.

Hva gjelder kontraktsrettslig mislighold mellom A og B, må utgangspunktet være at dette *i seg selv* ikke kan danne grunnlag for et deliktskrav fra C mot A etter norsk rett. Dersom C baserer sitt krav på de alminnelige reglene om erstatning utenfor kontrakt, herunder informasjonsansvaret, vil konsekvensen imidlertid være at C kan fremme et deliktskrav og dermed ikke trenger å ta hensyn til kontraktkjedens regulering.²⁸¹

4.3 Hvilken betydning får adgangen til å fremsette deliktskrav i en kontraktskjede?

4.3.1 Innledning

I det følgende ses det på hvilke rettslige *virksomheter* det får at C fremsetter et deliktskrav fremfor et kontraktskrav. Som vi skal se, har sonderingen mellom deliktsrettslige og kontraktsrettslige direktekrav en vesentlig betydning med hensyn til avtalte reguleringer i kontraktskjeden.

Dersom C bygger sitt krav på delikt, er utgangspunktet at A ikke kan påberope seg eventuelle begrensninger som foreligger i kontraktskjeden. Ved å basere sitt krav på delikt fremfor kontrakt, vil C således kunne omgå de avtaleklausuler som følger av kontraktskjedens regulering.

Videre har det betydning for hvilket krav C kan gjøre gjeldende mot A. Innen erstatningsretten er det for eksempel ikke rom for å kreve retting, omlevering eller heving. Tilsvarende vil det ikke stilles noe krav om at det er reklamert rettidig, verken i kontraktsleddet A-B eller B-C. Endelig vil vi se at det også er andre foreldelsesregler som kommer til anvendelse på direkte deliktskrav, og det kan tenkes situasjoner hvor det for C er mer fordelaktig at retten bygger på den deliktsrettslige foreldelsesfrist. Det er nettopp disse forskjellene som gjør sonderingen mellom kontrakt og delikt interessant.

²⁸¹ Se nærmere om virkning av å bygge på delikt i punkt 4.3.

4.3.2 Avtalte ansvarsfritak

4.3.2.1 Alminnelige ansvarsbegrensninger

Utgangspunktet er at klausuler som begrenser As ansvar er underlagt kontraktsrettslige regler som innebærer at avtalevilkår må aksepteres uttrykkelig for at de skal være gjeldende mellom partene.²⁸² Hvis C ikke er part i avtalen, er han som hovedregel ikke bundet av kontrakten. Som det fremgår av kapittel 3, vil imidlertid C være bundet av avtalte begrensninger i kontraktskjeden dersom han bygger sitt direktekrav på kontraktsgrunnlag. Bakgrunnen for dette er at et kontraktuelt direktekrav springer ut av partenes avtale (enten som følge av subrogasjon eller springende regress). Det er derfor naturlig at C, som bygger sin rett på avtalen, må forholde seg til eventuelle klausuler og reguleringer som følger av kontrakten.

Dette stiller seg annerledes dersom C gjør gjeldende et (direkte) deliktskrav etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. I slike tilfeller avleder ikke C sin rett fra avtalen mellom A og B. Deliktskrav betegnes som selvstendige krav med grunnlag i den skadevoldende handling – ansvaret representerer et brudd på alminnelige handlenormer.²⁸³ De to ansvarsformer (delikt og kontrakt) har fundamentalt forskjellige stiftelsesgrunnlag. Utgangspunktet er således at en avtale om ansvarsfritak mellom partene, ikke vil ha innvirkning på et selvstendig direktekrav på deliktsgrunnlag.²⁸⁴

I en dansk Høyesteretsdom U 1973.413 H slås det klart fast at en vedtatt ansvarsfraskrivelse mellom A og B ikke utelukker at A kan holdes ansvarlig overfor C på deliktsgrunnlag. I denne saken hadde A solgt en eiendom til B, hvor A i kjøpet hadde inntatt forbehold om at han ikke kunne holdes ansvarlig for eventuelle ekstraavgifter ved stabilisering av grunnen. B solgte deretter eiendommen videre til C. Som følge av ekstraavgifter ved stabilisering av grunnen krevde C erstatning fra B og A. Høyesteret konkluderte med at C hadde krav på erstatning fra A.

Man kan si at det selvstendige deliktskravet «skjærer gjennom» ansvarsbegrensningen. Videre vil det i motsetning til kontraktsrettslige direktekrav ikke stilles noe krav om at B har et tilsvarende krav mot A, og heller ikke at C har et krav mot B.²⁸⁵ Kreditor vil således gjennom et deliktsrettslig direktekrav kunne unngå partenes avtalte risikofordeling og dermed de begrensninger som følger av relativitetsgrunnsetningen.²⁸⁶

²⁸² Nygaard (2007) s. 311.

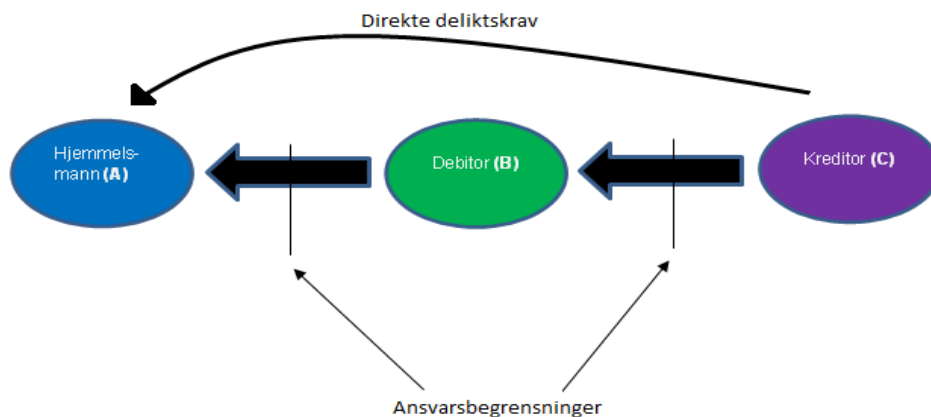
²⁸³ Hagstrøm (1989) s. 216 og Ulfbeck (2000) s. 95.

²⁸⁴ Se blant annet Hagstrøm (1989) s. 216, Tørum (2007) s. 489 og Stenvik (2010) s. 288.

²⁸⁵ Se motsatt for kontraktuelle krav i kapittel 3.

²⁸⁶ En kjøper kan således omgå As ansvarsfraskrivelse overfor B gjennom å bygge kravet på culpa (utenfor kontrakt) i stedet for kjøpsloven § 84. Dette skiller seg fra engelsk rett hvor direktekrav på deliktsgrunnlag delvis kan være avledet, slik at As ansvarsfraskrivelse overfor B stenger for direkte deliktskrav fra C mot A, se nærmere Tørum (2007) s. 200.

Situasjonen kan illustreres slik:



Dette kan umiddelbart fremstå som urimelig overfor A. Selvstendige deliktskrav som strider mot det som er avtalt i kontraktsforholdet A-B, kan medføre rettsusikkerhet og utvidet ansvarseksposering for hjemmelsmannen A. Dette kan by på utfordringer for A all den tid det vil være vanskelig å kalkulere risiko og forutberegne sitt ansvar overfor C. På den andre side vil det virke desto mer urimelig dersom A og B i sitt kontraktsforhold skal kunne begrense Cs rettigheter som følger av de alminnelige prinsipper om erstatning. Deliktsansvar forutsetter jo at A har opptrådt culpøst, noe som kan tilsi at han i mindre grad har en beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg krav. Utgangspunktet er at ansvarsbegrensninger i kontraktskjeden ikke får innvirkning på adgangen til å fremsette direkte deliktskrav.²⁸⁷

4.3.2.2 Avtaleklausul om at erstatning utenfor kontrakt ikke skal kunne gjøres gjeldende

Det tas her sikte på tilfeller hvor det er en avtaleklausul mellom A og B om at C ikke skal kunne gjøre gjeldende et deliktskrav mot A. Utgangspunktet i norsk rett er at partene kan fraskrive seg enhver form for ansvar, også det ansvar som følger av regler utenfor kontrakt, for eksempel erstatningsansvar.²⁸⁸ Dette er en konsekvens av den kontraktsrettslige partsautonomi, som innebærer at partene står fritt til å avtale innskrenkninger i sine egne rettigheter.²⁸⁹ Et eksempel på dette finner man i NS 8405 art. 42.2 tredje ledd, hvor det fremgår at alminnelig erstatningsansvar (ansvar utenfor kontrakt) ikke kan gjøres gjeldende dersom skaden skyldes

²⁸⁷ I tilfeller hvor en skade er voldt ved forsett eller grov uaktsomhet, vil det ikke ha noen betydning om C baserer sitt krav på kontrakt eller delikt. Utgangspunktet er da at både lovmessige og avtalte ansvarsbegrensninger ikke står seg, Se blant annet U-2004-2496-V og U-2004-114-H.

²⁸⁸ Se punkt 3.1.2 og Sandvik (1964) s. 532 jf. Rt-1948-370. Klausuler som begrenser ansvar er imidlertid underlagt en rimelighetssensur i domstolene. Det er derfor ingen selvfølge at en avtale om at man fraskriver seg rett til å fremsette alminnelig erstatningsansvar vil stå seg for domstolene.

²⁸⁹ Se punkt 3.1.2.

mangel ved kontraktarbeidet. I slike tilfeller er kontraktspartene avskåret fra å påberope seg erstatning etter alminnelige deliktsrettslige regler.

Situasjonen er imidlertid en annen i direktekravstilfeller. Når det kommer til direktekrav, er det på det rene at C ikke er part i avtalen mellom A og B. Med mindre avtalene er harmoniserte etter «back to back»-prinsippet, vil ikke A og B gjennom sin avtale kunne frata C retten til å fremsette et erstatningskrav *utenfor* kontrakt. Til tross for at kontraktene er harmoniserte vil det likevel ikke foreligge en avtale mellom A og C. Kreditor C må gjennom avtale frafalle sitt deliktskrav overfor A. Dette er en naturlig konsekvens av relativitetsgrunnsetningen, som innebærer at man ikke kan inngå avtaler med virkning for tredjepart. Utgangspunktet er da at C kan gjøre et alminnelig erstatningskrav gjeldende mot A. Ettersom C ikke baserer sitt krav på kontrakt, vil han ikke være bundet art. 42.2 tredje ledd som er inntatt i kontrakten mellom tidligere kontraktsledd.²⁹⁰

I norsk transportrett er denne problemstillingen uttrykkelig regulert i sjøloven § 282 annet ledd. Bestemmelsens første ledd regulerer forholdet mellom hovedtransportøren B og godseieren C. Etter bestemmelsen kan C holde B ansvarlig på ikke-kontraktsrettslig grunnlag, men det presiseres likevel at de ansvarsbegrensningene som fremgår av sjøloven skal gjelde til tross for at Cs krav mot B «*ikke grunnes på transportavtalen*». Dette innebærer at C som godseier ikke vil ha anledning til å omgå sjølovens ansvarsgrenser ved å bygge på et deliktsrettslig ansvarsgrunnlag.²⁹¹ Paragraf 282 andre ledd utvider bestemmelsen til også å omfatte tilfeller hvor krav rettes fra godseier C mot transportørens medkontrahent A (direktekrav). Godseier C kan således ikke omgå sjølovens ansvarsbegrensninger ved å fremsette et deliktsrettslig direktekrav mot transportørens medhjelpere. Sjøloven er i hovedsak preseptorisk, i den forstand at man ikke kan avtale seg bort fra dens bestemmelser.²⁹² For tilfeller som faller utenfor lovgivningen må man falle tilbake på relativitetsgrunnsetningen nemlig at kontraktsrettslige bestemmelser bare får anvendelse mellom partene.²⁹³ Tilfeller som ikke reguleres av sjøloven, for eksempel forholdet til en terminal operatør A, fordrer at det foreligger begrensninger i kontraktsforholdet mellom B og C, hvor C fraskriver seg retten til å fremsette et deliktskrav mot A.

²⁹⁰ Se tilsvarende i Marthinussen m.fl. (2010) s. 708.

²⁹¹ Det gjøres imidlertid unntak fra dette dersom det er tale om forsett eller grov uaktsomhet, jf. sjøloven § 283.

²⁹² Sjøloven § 254 forutsetningsvis og The Haag-Visby Rules art. IV bis 1.

²⁹³ Et eksempel er tilfeller hvor A er en terminal operatør som ikke omfattes av sjøloven § 282.

4.3.3 Misligholdsbeføyelser

En viktig forskjell mellom et deliktsrettslig krav og et kontraktuelt krav ligger i hvilke beføyelser kreditor kan gjøre gjeldende. En misligholdt kontrakt utløser som kjent en adgang for (direktekravs)kreditor til å gjøre ulike misligholdsbeføyelser gjeldende mot hjemmelsmannen, herunder erstatnings-, prisavslags- og avhjelpskrav (retting eller omlevering). Dette forutsetter imidlertid at mangelen ikke skyldes forhold på kreditors side.²⁹⁴ Hvis vilkårene for erstatning i kontrakt ikke er oppfylt, vil kreditor likevel ha mulighet til å kreve delvis kompensasjon gjennom andre beføyelser, for eksempel et avhjelpskrav. Dette vil kunne være aktuelt i tilfeller hvor det foreligger en kontraktsrettslig mangel, men skyldkravet eller kravet til adekvat årsakssammenheng ikke er oppfylt.

Dersom kreditor bygger sitt direktekrav på delikt er det derimot utelukkende et erstatningsrettslig pengekrav som kan gjøres gjeldende. I tillegg må kravet beregnes etter vanlige prinsipper for erstatning utenfor kontrakt.

Oppgjørsformen er også ulik etter kontraktsretten og erstatningsretten. Dersom C fremmer et deliktsrettslig direktekrav må det påvises et økonomisk tap, mens det i kontraktserstatningsretten kan kreves erstatning til tross for at det ikke har skjedd en forringelse av Cs formue. Ved et kontraktsrettslig erstatningskrav sier man at kreditor får dekket enten den positive eller negative kontraktsinteresse. Dette kan i praksis føre til at C får ulik kompensasjon alt etter hvilket grunnlag han baserer sitt krav på.

Positiv kontraktsinteresse representerer det tap kreditor har lidt som følge av kontraktsbruddet, som for eksempel tapt fortjeneste. Erstatningskravet skal stille kreditor i samme økonomiske stilling som om riktig oppfyllelse hadde funnet sted. Kravet svarer da til differansen mellom Cs situasjon med og uten kontraktsbruddet. Etter de fleste kontraktslovene vil bare «direkte tap» være omfattet, med mindre det foreligger garanti eller uaktsomhet hos den ansvarlige.²⁹⁵ Den negative kontraktsinteresse representerer det tap som kreditor har lidt som følge av at kontraktsforholdet ikke kom i stand (negativ kontraktsinteresse). Hensikten er å stille kreditor i samme økonomiske situasjon som han ville stått i dersom avtalen ikke hadde kommet i stand.²⁹⁶ Det tap som er pådratt vil normal være en følge av at kreditor har handlet i tillit til avtalen.

²⁹⁴ Se blant annet kjøpsloven § 30 første ledd.

²⁹⁵ Dette fremgår av kjøpsloven § 27 fjerde ledd og § 40 andre og tredje ledd, avhendingslova § 4-5 fjerde ledd og § 4-14 andre ledd, håndverkertjenesteloven § 28 tredje ledd, bustadsoppføringslova § 35 tredje ledd samt husleieloven § 2-13 femte ledd og § 5-8 fjerde ledd. Se Hov (2002) s. 222 flg.

²⁹⁶ Hov (2002) s. 225.

4.3.4 Reklamasjonsfrister

Et annet viktig skille mellom de ulike ansvarsgrunnlagene for direktekrav er *reklamasjonsreglene*. Hovedhensikten bak reklamasjonsreglene er at selgeren skal bli informert om eventuelle mangler ved handelen innen rimelig tid. På den måten kan selgeren etter en viss periode anse seg ferdig med kjøpsforholdet. For at et kontraktsrettslig direktekrav skal kunne gjøres gjeldende, må derfor kravet til rettidig reklamasjon være oppfylt. Deliktsrettslige direktekrav fordrer på sin side ikke at kreditor har reklamert før han fremsetter sitt krav.²⁹⁷ Denne forskjellen vil i praksis kunne ha stor betydning med hensyn til om C kan fremsette sitt krav eller ikke. Noen av de hensyn som underbygger reklamasjonsreglene vil imidlertid være ivaretatt gjennom foreldelsesreglene, herunder innrettelseshensyn og bevishensyn.

4.3.5 Foreldelse av direktekrav

Dersom hjemmelsmannen A har misligholdt sine kontraktsrettslige forpliktelser, er det flere regelsett som kan bidra til å påvirke (direktekravs)kreditors rettsstilling. Et eksempel på dette er foreldelsesreglene, som virker uavhengig av de kontraktsregulerte reklamasjonsfristene.²⁹⁸

Foreldelsesloven gjelder "*fordringer på penger eller andre ytelser*" og omfatter alle typer pengekrav eller krav på leveranser av ytelser, jf. foreldelsesloven § 1 nr. 1. Virkningen av foreldelsesreglene er at fordringshaver "*taper sin rett til oppfyllelse*", jf. § 24 nr. 1. Dersom foreldelse har inntrådt er det uten betydning om kreditor har vært i god tro eller debitor har handlet klanderverdig, retten til å gjøre krav gjeldende vil uansett være tapt.²⁹⁹

Loven har ikke spesielle regler for direktekrav. Hvilke foreldelsesregler som kommer til anvendelse beror derfor på hvilket grunnlag direktekravet baserer seg på.³⁰⁰ Kontraktsrettslige direktekrav foreldes som alminnelige kontraktskrav etter foreldelsesloven § 3 og § 2 jf. § 10.³⁰¹ Deliktsrettslige direktekrav vil derimot foreldes på samme måte som erstatningskrav, jf. foreldelsesloven § 9. Dette innebærer at foreldelsesfristens *lengde* kan være ulik alt ettersom kreditor baserer sitt direktekrav på delikt eller kontrakt. Videre vil kravgrunnlaget ha betydning for *hvilket tidspunkt* foreldelsesfristen skal regnes fra.

²⁹⁷ Se om reklamasjonsreglene for direktekrav i punkt 3.2.2.1 og punkt 3.3.2.1.

²⁹⁸ Krüger (2002) s. 135.

²⁹⁹ Motregningsretten vil imidlertid kunne være i behold etter foreldelsesloven § 26.

³⁰⁰ Tørum (2007) s. 623.

³⁰¹ Foreldelsesloven § 3 omfatter også krav om erstatning i kontrakt, jf. Rt-2006-1705 (38) og (39).

I Rt 2000 s. 679 kom Høyesterett til at DnB ASA var erstatningsansvarlig overfor Ideal Eien-
dom AS som følge av uaktsomhet ved finansiell rådgivning. Med hensyn til foreldelsesspør-
smålet la retten til grunn at kravet sprang ut av kontrakt, men uttalte likevel i et obiter dictum:

«Forholdet kan stille seg annerledes dersom vurderingen av medkontrahentens erstat-
ningsbetingende atferd mer har karakter av å stå på egne ben - uavhengig av den inn-
gåtte kontrakt. Avgjørelsen i Rt-1998-740 der foreldelse av et erstatningskrav mot en
advokat på grunn av hans uaktsomme forhold ble bedømt etter § 9, kan være et ek-
sempel på dette.»

Dommen gir anvisning på en konkret skjønnsmessig vurdering av hvorvidt kravet kan anses
selvstendig eller knyttet opp mot et kontraktsforhold.³⁰²

4.3.5.1 Foreldelse av kontraktsrettslige direktekrav

For krav som springer ut av kontrakt er hovedregelen at foreldelsesfristen løper 3 år fra det
tidspunkt kreditor «*tidligst har rett til å kreve oppfyllelse*», jf. § 3 nr. 1, jf. § 2. Dette utgangs-
punktet presiseres nærmere i § 3 nr. 2 hvor det fremgår at foreldelsesfristen regnes fra det
tidspunkt «*misligholdet inntreffer*».

Ordlyden(e) kan imidlertid by på tolkningstvil – skal det legges til grunn en subjektiv forstå-
else av friststart, som innebærer det tidspunkt kreditor får kunnskap om misligholdet? Eller
skal det tolkes slik at fristen løper fra det tidspunkt når misligholdet objektivt sett inntreffer? I
følge Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 53 er nr. 1 bare ment som en klargjøring av hovedregelen,
noe som tilsier at § 3 nr. 1 og nr. 2 må leses som et objektivt kriterium.³⁰³

Marthinussen (2007) har kritisert bestemmelsen, da han mener den er uklar og kan føre til
ulike resultater. Marthinussen underbygger dette med at bestemmelsen har skapt grunnlag for
en rekke tvister, og henviser blant annet til Rt. 2000 s. 679, Rt. 2002 s. 286 og Rt. 2005 s. 16.
Nyere praksis fra Høyesterett³⁰⁴ synes imidlertid å klargjøre rettstilstanden, slik at materialise-
ringstidspunktet (tidspunkt for objektivt mislighold) er det tidspunkt som blir avgjørende.
Dette synes også å være i tråd med Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 53.

³⁰² For en nærmere redegjørelse for hvordan krav i grenseland mellom kontrakt og erstatning skal klassifiseres i
forhold til foreldelsesloven, se Simonsen (1997) s. 430–436.

³⁰³ Tilsvarende med reklamasjon etter NS 8405 36.7 annet ledd, se Hagstrøm (2011) petit s. 762.

³⁰⁴ Rt-2006-1705 og Rt-2007-1236.

Dette innebærer at foreldelsesfristen ved mislighold av kontrakt løper fra det tidspunktet da kontrakten blir misligholdt. Ved mangelskrav vil fristen starte å løpe ved risikoens overgang fra selger til kjøper – typisk ved levering av varen. Fristen løper således ikke fra det tidspunkt mangelen ble oppdaget, men fra det tidspunkt da kreditor tidligst kunne gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende. Denne forståelsen underbygges blant annet i Rt. 2006 s. 1705 og Rt. 2007 s. 1236.

I Rt. 2006 s. 1705 dreide det seg om et elektrisk anlegg som på grunn av feilmontering førte til brann i kjelleren på Asker politistasjon. Spørsmålet i saken var hvorvidt foreldelsesfristen startet å løpe fra leveringen av anlegget eller fra det tidspunkt brannskadene oppstod. Høyesterett kom, med henvisning til lovens forarbeider, til at den ordinære foreldelsesfristen skal løpe fra leveringstidspunktet. I Rt. 2007 s. 1236 ble en buss, som følge av en skjult mangel, brannskadet ca 12 måneder etter levering. Høyesterett bygget sin drøftelse på Rt. 2006 s. 1705, og kom til at foreldelsesfristen begynte å løpe allerede fra det tidspunkt bussen ble overlevert.

Med hensyn til *direktekrav* kan det imidlertid problematiseres om det skal tas utgangspunkt i fristen som løper fra As oppfyllelse til B, eller fra Bs oppfyllelse til C.

Både etter subrogasjons-modellen og springende regress-modellen må den fristen som løper fra As oppfyllelse til B legges til grunn. Bakgrunnen for dette er, som det fremgår av tidligere drøftelser, at C etter begge modellene vil være begrenset av det krav som foreligger i kontraktsforholdet A-B.³⁰⁵ For springende regress-modellen vil det i tillegg være et vilkår om at kravet i kontraktsforholdet B-C ikke er foreldet. En slik forståelse samsvarer også god med hensynet bak foreldelsesreglene, nemlig ønsket om å avvikle utestående krav innen rimelig tid, innrettelseshensyn, rettssikkerhetshensyn (overfor debitor) samt bevishensyn.³⁰⁶ I dette tilfellet er det nettopp hensynet til A som skal ivaretas etter foreldelsesreglene.

Utgangspunktet er som nevnt at fordringer foreldes etter 3 år, jf. foreldelsesloven § 2. For at bestemmelsen ikke skal føre til urimelige resultater, har man imidlertid inntatt en sikkerhetsventil i § 10. Bestemmelsen gir kreditor en tilleggsfrist på 1 år dersom han er unnskyldelig uvitende om kravet. *Krüger* betegner denne såkalte benådningsregelen som et kompromiss mellom kunnskapsregelen i § 9 og den strenge objektiviserte hovedregel i § 3.³⁰⁷ Foreldelsesloven § 10 nr. 4 setter imidlertid en maksgrense for tilleggsfristen på 10 år. Dette betyr i praksis at et kontraktsrettslig direktekrav har en absolutt foreldelsesfrist på 13 år.

³⁰⁵ Jf. avhandlingens punkt 2.3.2.

³⁰⁶ Røed (2010) s. 50 flg., Hagstrøm (2011) s. 762 og Ot.prp. nr. 76 (1994-1995) punkt 3.2 forutsetningsvis.

³⁰⁷ *Krüger* (2002) s. 142.

4.3.5.2 Foreldelse av erstatningsrettslige direktekrav

Foreldelsesloven § 9 gjelder generelt for erstatningskrav utenfor kontrakt. Etter bestemmelsen løper foreldelsesfristen 3 år fra den skadelidte «*fikk eller burde skaffet seg*» informasjon om den oppståtte skade og skadevolder.

Etter bestemmelsen er det således skadelidtes kunnskap som er grunnlag for friststart. Ordlyden «*burde skaffet seg*» taler for en normativ aktsomhetsvurdering av når kreditor objektivt sett burde fått kjennskap til skaden.

Høyesterett har lagt til grunn at skadelidte burde ha tilstrekkelig kunnskap til at han har oppfordring til å gå til søksmål.³⁰⁸ I Rt. 2007 s. 1479 avsnitt 39 ble det lagt til grunn at utgangspunktet for friststart er «om bevissituasjonen var slik at det objektivt sett kunne konstateres grunnlag for å reise sak, det vil si at det var eller kunne være skaffet til veie bevis som gjorde det forsvarlig å anlegge sak». Det kan tenkes tilfeller hvor skaden ikke har materialisert seg før etter en tid, i slike tilfeller vil ikke skadelidte ha noen oppfordring til å anlegge sak. Bestemmelsen vil også kunne få anvendelse dersom skadelidte retter et direktekrav mot forsikringsselskap etter forsikringsavtaleloven § 7-6, jf. 8-6 annet ledd.³⁰⁹

Fristen som følger av § 9 skaper ikke noen spesielle tolkningsproblemer med hensyn til direktekrav, all den tid det er (direktekravs)kreditors kunnskap som danner grunnlag for friststart. I likhet med foreldelsesloven § 10 nr. 4, har også § 9 en absolutt foreldelsesfrist, denne er imidlertid satt til 20 år jf. § 9 nr. 2.³¹⁰ Direkte deliktskrav har dermed en absolutt foreldelsesfrist på 20 år. Dette innebærer at C, dersom alminnelige vilkår for erstatning foreligger, vil kunne fremme et direkte deliktskrav mot A til tross for at Bs krav mot A er foreldet etter foreldelsesloven § 3.

4.3.5.3 Sammenfatning

Som følge av kunnskapsregelen i § 9 nr. 1 og den forlengede maksfristen i § 9 nr. 2, vil det i mange tilfelle være hensiktsmessig for C å gjøre gjeldende et deliktuet direktekrav overfor A, fremfor et direktekrav som er avledet av kontrakt. I noen tilfeller vil valget mellom grunnlag i eller utenfor kontrakt kunne være avgjørende for om kravet er foreldet. Hvorvidt kreditor har anledning til å velge ansvarsgrunnlag, er behandlet i foreldelseslovens forarbeider.³¹¹

³⁰⁸ Rt-1972-965, Rt-1975-82, Rt-1982-588 og Rt-2001-1702.

³⁰⁹ Se Engh (1997).

³¹⁰ Bestemmelsen oppstiller imidlertid unntak i bestemte tilfeller, jf. § 9 nr. 2 bokstav a og b.

³¹¹ Ot.prp.nr.38 (1977-1978) s. 26.

Det fremgår av forarbeidene at det etter forholdene kan foreligge ansvar både på deliktsrettslig og kontraktsrettslig grunnlag for samme skade. I slike tilfeller vil kravet først være foreldet når det er foreldet etter samtlige regler. Hensynet bak en slik løsning er at skadelidte ikke skal stilles svakere som følge av at skadevolder også kan holdes ansvarlig på andre grunnlag. En slik forståelse av foreldelsesreglene er også slått fast i Rt. 2012 s. 1444, hvor førstvoterende uttalte:

«Jeg nevner først at når et krav kan baseres på flere rettsgrunnlag, er kravet ikke foreldet før det er foreldet etter samtlige grunnlag, jf. forutsetningsvis Ot.prp. nr. 38 (1977-78) side 26 - del av forarbeidene til foreldelsesloven: En skadelidt som fremmer et erstatningskrav på ett grunnlag, bør ikke stilles svakere fordi skadevolder også er ansvarlig på et annet grunnlag.»³¹²

Gjeldende rett er dermed at kreditor, dersom han både kan gjøre erstatningsrettslige og kontraktsrettslige regler gjeldende, kan *velge* den foreldelsesfrist som fremtrer som mest fordelaktig for ham selv. Som vi ser er kreditors valgrett mellom ansvarsgrunnlag uttrykkelig fastslått med hensyn til foreldelse. I punkt 4.5 ses det nærmere på om kreditor kan tilkjennes en slik valgrett generelt sett, eller om denne retten er forbeholdt foreldelsesspørsmålet.

4.4 Prosessuelle begrensninger – rettskraftens objektive grenser

Dersom Cs kontraktsrettslige direktekrav ikke kan gjøres gjeldende på grunn av ansvarsbegrensninger, og dette er slått fast ved dom, kan det stilles spørsmål om C kan reise ny sak for domstolene med krav om erstatning utenfor kontrakt.³¹³ Det forutsettes, i tråd med tidligere drøftelser, at kravene bygges på omtrent det samme saksforholdet.

Det følger av tvisteloven § 19-15 (3) at dersom et materielt krav er rettskraftig avgjort, må retten avvise ny sak mellom samme parter om det samme kravet. Retten foretar en prejudisiell prøving av om det dreier seg om samme krav i saken. Paragraf 19-15 (3) sier imidlertid ingenting om hvordan identifisering av kravet skal foregå, og spørsmålet synes å være overlatt til rettspraksis og juridisk litteratur.³¹⁴ Tvistelovens forarbeider gir en liste over ulike typetilfeller, med anvisning på hvordan identitetsspørsmålet skal løses i de konkrete tilfellene.³¹⁵ Forarbeidene nevner ikke problemstillingen som er skissert her, noe som trolig skyldes at kontrakts- og deliktsretten normalt ikke ses i sammenheng med hverandre.

³¹² Rt-2012-1444 avsnitt 28.

³¹³ Spørsmålet blir sjelden satt på spissen i praksis, da begge ansvarsgrunnlag som regel vil bli anført og behandlet i samme sak. Problemstillingen er likevel av teoretisk interesse.

³¹⁴ Robberstad (2012) s. 343.

³¹⁵ NOU 2001: 32 s. 383 til 387.

I følge forarbeidene er det grunnleggende vurderingstemaet om det nye kravet har en annen identitet enn det kravet som allerede er rettskraftig avgjort. Spørsmålet må vurderes ut fra en konkret helhetsvurdering.³¹⁶ Momenter i vurderingen vil være om det foreligger nye faktiske omstendigheter, et annet rettslig grunnlag, ulike rettsfølger og om rettsreglene tar sikte på å beskytte samme interesser.³¹⁷

Som vi har sett i punkt 4.2.1 er vilkårene som må foreligge for å få tilkjent erstatning i og utenfor kontrakt noe forskjellige, mye av bakgrunnen for dette er at kontrakts- og deliktsretten søker å ivareta ulike interesser. Videre er det vesensforskjell mellom rettsvirkningene som følger av at man bygger på det ene eller andre grunnlag – ved kontraktskrav kan man blant annet kreve prisavslag og retting. Dette kan tale for at det dreier seg om to ulike krav. På den andre siden dreier det seg i all hovedsak om samme saksforhold. Videre kan ikke en part ved å anføre ansvar både som følge av delikt og erstatning, få dekket samme tap to ganger. Dette tilsier at kravene er alternative, noe som kan tale for at det dreier seg om samme krav.

Som et tilleggsvilkår til totalvurderingen må det foretas en vurdering av om de forhold det er tale om tradisjonelt sett har vært sett på som samme eller forskjellige rettsforhold.³¹⁸ Det er ingen tvil om at man tradisjonelt sett har ansett kontraktskrav og deliktskrav som ulike rettsforhold. *Skoghøy* påpeker:

«I visse tilfeller vil krav kunne fremmes både på grunnlag av avtale og fordi vilkårene for erstatningsansvar er til stede. De faktiske og rettslige betingelser for at det skal oppstå en forpliktelse på grunnlag av avtale, og for at det skal oppstå en forpliktelse på erstatningsrettslig grunnlag, er imidlertid så vesensforskjellige at slike forpliktelser må anses som forskjellige krav, jf. Rt-1965-1362 og Rt-1966-505».³¹⁹

Eksemplene som *Skoghøy* viser til dreier seg om ulike former for kontraktskrav, henholdsvis vederlagskrav og erstatning for mangler ved oppfyllelse. Det faktum at disse, relativt like, kontraktskravene er å anse som ulike krav, tilsier at dette også må være tilfellet med kontrakts- og deliktskrav som i noe større grad er forskjellige og bygger på ulike hensyn.

³¹⁶ NOU 2001: 32 s. 382 og Rt-2012-1138, avsnitt 9–14.

³¹⁷ Identitetsspørsmålet behandles blant annet av Schei mfl. (2013) s. 673 flg. og *Skoghøy* (1995).

³¹⁸ *Skoghøy* (1995) s. 40.

³¹⁹ *Skoghøy* (1995) s. 45. I begge de nevnte sakene dreide det seg om spørsmålet krav om erstatning for mangler ved oppfyllelse av en kontrakt allerede var rettskraftig avgjort i tidligere sak om kontraktsmessig vederlagskrav.

I følge *Hov* kan det dreie seg om ulike krav selv om rettsfølgene utelukker hverandre. Man kan ikke få dom både for prisavslag og omlevering ved mangel. Typetilfellene er likevel ansett som ulike krav.³²⁰

Utgangspunktet er etter min mening at man ikke kan nekte et deliktskrav fremmet dersom tilsvarende saksforhold tidligere har blitt behandlet som kontraktskrav. Men dersom man i den første saken har fått medhold i sitt kontraktskrav, vil dette få *prejudisiell* betydning i den nye erstatningssaken, all den tid tapet allerede har blitt erstattet.

I LB-2012-88290 dreide det seg om kontraktsrettslig direktekrav i en lengre kontraktskjede. I saken hadde Tine meieri lidt tap som følge av ødelagt last ved togavsporing. Saksøker Tine/Landbruksbanken fikk ikke medhold i sitt *kontraktskrav* mot Schenker AS og dennes medhjelper Cargonet AS som følge av avtalte ansvarsbegrensninger. Saksøker Tine/Landbruksbanken valgte derfor å reise ny sak for tingretten med *deliktskrav* mot Norsk Jernbanedrift, som var en del av kontraktskjeden, men som ikke var part i den første saken. Sistnevnte søksmål tas opp til doms desember 2014.

Selv om vi i dette tilfellet har å gjøre med ulike parter i de to sakene, illustrerer det likevel at det ikke er helt upraktisk å underbygge samme krav med ulike ansvarsgrunnlag.

4.5 Konkurrerende ansvarsgrunnlag for direktekrav

4.5.1 Innledning

I norsk rett blir erstatningsbetingende delikt og kontraktsrettslig mislighold ansett for å være to uavhengige og ulike rettsstiftende kjensgjerninger. Som vi har konstatert, vil ansvarsgrunnlaget direktekravet baserer seg på, være av betydning i en rekke henseender. Dette gjelder både med hensyn til om avtalte begrensninger i kontraktskjeden kan gjøres gjeldende, hvilke misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende samt reglene om foreldelse. De nevnte forskjeller reiser spørsmål knyttet til anvendelsesområdet av de to ansvarsgrunnlag i tilfelle (tilsynelatende) overlapp. Det er på det rene at man ikke kan kumulere ansvarsgrunnlagene slik at samme tap blir dekket to ganger.³²¹ Det kan imidlertid spørres om kreditor har anledning til å *velge* det ansvarsgrunnlag som fremtrer som mest fordelaktig fra hans ståsted, eller om norsk rett gir en klar anvisning på hvordan konkurranssituasjonen skal løses.

³²⁰ Hov (2007) s. 440.

³²¹ Gomard og Iversen (2011) s. 185.

I nordisk rett har ikke overlapps-problemet med hensyn til direkte deliktskrav og direkte kontraktskrav vært behandlet i særlig grad, dette til tross for at disse tilfellene ofte vil kunne by på problemer.³²² Dersom konkurrensspørsmålet er drøftet, har det hovedsakelig vært med tanke på tilfellene hvor det er et kontraktsforhold mellom partene, og ikke det problemkomplekset man står overfor når det dreier seg om krav i flere kontraktsledd, slik som tilfellet er med direktekrav.³²³ I andre europeiske land, for eksempel i Frankrike, ser man at spørsmålet i større grad er underlagt juridiske drøftelser.³²⁴

Det skal i det følgende tas stilling til om et av ansvarsgrunnlagene i konkurrenstilfellene gis forrang fremfor det andre i norsk rett, eller om (direktekravs)kreditor står fritt til å velge det ansvarsgrunnlag som vil gi flest fordeler juridisk sett. Dersom C tilkjennes en valgrett, vil han i praksis kunne omgå kontraktens avtalte ansvarsfritak, reklamasjonsfrister og kontraktsrettslige foreldelsesfrister ved å fremsette et *deliktskrav*. Før vi går inn på den norske rettstilstanden, er det interessant å se på hvordan problemstillingen har blitt løst i våre europeiske naboland.

4.5.2 Hvordan løses konkurrens-problematikken i fremmed rett?

Det er ulike måter å løse konkurrensspørsmålet på. Som vi skal se, har man valgt forskjellige måter å tilnærmes seg spørsmålet på i de ulike rettssystemer. Det synes i utgangspunktet å kunne sondres mellom 3 alternative løsningsmodeller.³²⁵

Den første modellen går ut på at deliktsretten må anses som preseptorisk og således gis forrang fremfor kontraktsretten. Etter *den andre modellen* anses kontraktsretten å ha forrang ut fra et *lex specialis*-synspunkt eller prinsippet om avtalefrihet. Ut fra *lex specialis*-synspunktet er tanken at kontraktsretten innehar spesielle bestemmelser på det aktuelle rettsområdet, og dermed må gis forrang fremfor den mer alminnelige erstatningsretten. Prinsippet om avtalefrihet kan på sin side tale for at partene har avtalt en bestemt risikofordeling seg i mellom, og at denne avtalen ikke skal kunne tilsidesettes gjennom bruk av alminnelige erstatningsrettslige regler. Dersom en slik løsning legges til grunn, må det foretas en konkret vurdering med hensyn til direktekravstilfellene, all den tid (direktekravs)kreditor ikke er en del av kontrakten. *Den tredje modellen* bygger på en løsning hvor saksøker tilkjennes en valgrett mellom de to ansvarsgrunnlagene. Sistnevnte modell er blant annet lagt til grunn i dansk rett.³²⁶

³²² Ulfbeck (2000) s. 98 og Tørum (2007) s. 528.

³²³ Ulfbeck (2000) s. 98–109 og Tørum (2007) s. 528.

³²⁴ Det vises til den såkalte non-cumul modellen og Viney (2008) s. 653 flg.

³²⁵ Gomard (1958) s. 69, Ulfbeck (2000) s. 99–100 og Von Bar mfl. s. 280 flg.

³²⁶ Se generelle uttalelser hos Gomard (2006) s. 146 flg

I fransk rett løses konkurransespørsmålet gjennom doktrinen om *non-cumul des responsabilités*.³²⁷ Etter denne regelen vil alle rettsforhold som helt eller delvis har å gjøre med en kontrakt, utelukkende bli regulert av kontraktsretten. Man tvinges med andre ord til å klassifisere grensetilfeller som kontraktsrettslige. Doktrinen er ikke lovfestet, men er utviklet gjennom langvarig rettspraksis.³²⁸ Løsningen må ses i lys av at fransk rett bygger på et system med et klart skille mellom kontrakts- og deliktsretten, hvor det forutsettes at en handling ikke kan være kontraktsrettslig og deliktsrettslig på samme tid.³²⁹ Dette skiller seg fra norsk rett hvor man tilsynelatende har lagt til grunn at to ansvarsgrunnlag kan foreligge på samme tid.³³⁰ Avgjørelsen av hvilket ansvarsgrunnlag som skal anvendes vil i fransk rett basere seg på en ren klassifikasjon av rettsfakta, enten som kontraktsrettslig eller deliktsrettslig. Dersom, tilsynelatende, overlapp likevel skulle finne sted, vil kontraktsretten alltid ha forrang fremfor deliktsretten.³³¹

Et eksempel på dette finner man i en avgjørelse avsagt av Cour de Cassation (Høyestrett) 28. juni 2012.³³² Saken dreide seg om en gutt på 11 år som hadde blitt skadet på en lekeplass i forbindelse med et restaurantbesøk. Foreldrene saksøkte restauranten, og fikk i Cour d'appel (lagmannsretten) medhold i sitt krav på erstatning *utenfor* kontrakt. Avgjørelsen i Cour d'appel ble deretter opphevet i Cour de Cassation på bakgrunn av prinsippet om *non-cumul des responsabilités*. I sin begrunnelse la Cour de Cassation vekt på at lekeplassen utelukkende ble benyttet av de som besøkte restauranten, noe som innebar at gutten og hans familie stod i et kontraktsforhold til restauranten. Som vi kan se tolkes doktrinen om *non-cumul* strengt i den forstand at kreditor er avskåret fra å påberope seg delikt som alternativt kravsgrunnlag. Dette gjelder til tross for at kontraktskravet av ulike årsaker ikke fører frem.

Hvis man ser tilbake på de tre modellene som ble nevnt innledningsvis, faller *non-cumul* doktrinen i fransk rett inn under alternativ 2, som betegner en situasjon hvor kontraktsretten gis forrang. Doktrinen om *non-cumul des responsabilités* synes i stor grad å bygge på hensynet

³²⁷ Von Bar mfl. s. 295. Tilsvarende i belgisk rett. Begrepet «ingen kumulasjon» er noe misvisende, og det hadde vært mer passende å benytte «ingen konkurrans».

³²⁸ Viney (2008) s. 628.

³²⁹ Viney (2008) s. 617–619.

³³⁰ Dette følger av forarbeidene til foreldelsesloven, Ot.prp.nr.38 (1977-1978) s. 26 og forarbeidene til kjøpsloven, Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 45 forutsetningsvis.

³³¹ Mazeaud (1998) s. 402–403 og Von Bar mfl s. 295.

³³² Cour de Cassation (1re chambre civile), 28 juin 2012, N° 10-28492.

til A og respekt for kontrakten.³³³ Gjennom en slik bestemmelse opprettholder man kontraktens reguleringer, herunder avtalte ansvarsbegrensninger.³³⁴

Et interessant spørsmål er om *direktekrav* må anses som kontraktsrettslig eller deliktsrettslig etter fransk rett, all den tid det ikke foreligger noen kontrakt mellom partene A og C. Problemstillingen har ved flere anledninger vært opp til behandling i Cour de Cassation. En sentral dom vedrørende denne problemstillingen ble avsagt 9. oktober 1979.³³⁵

Saken dreide seg om salg av en defekt Lamborghini, og spørsmålet var om et direktekrav fra kjøper til produsent skulle klassifiseres som kontrakt- eller deliktsrettslig. Cour de Cassation konkluderte med at kravet etter fransk rett måtte anses å være kontraktsrettslig. Etter non-cumul doktrinen var det dermed ikke anledning til å fremsette et alminnelig erstatningskrav.³³⁶ Lamborghini-saken dreide seg om en kontraktskjede utelukkende bestående av kjøpekontrakter (homogen kontraktskjede). Nyere praksis synes å legge til grunn at så lenge man er en del av samme kontraktskjede, selv om denne er heterogen, vil eventuelle krav anses som kontraktsrettslige og doktrinen om non-cumul får dermed anvendelse.³³⁷ Dette gjelder likevel ikke krav fra byggherre mot underentreprenør, som av Cour de Cassation har blitt klassifisert som ikke-kontraktuelle.³³⁸ Etter min mening synes det som om fransk rett har strukket seg langt for å kategorisere de ulike ansvarsgrunnlagene, noe som muligens viser seg å ha gått på bekostning av hensynet til rimelige og gode løsninger i praksis.

I *engelsk rett* er utgangspunktet at kontraktsforholdet i seg selv ikke er til hinder for at den skadelidte kan fremsette et deliktskrav.³³⁹ Hvis vilkårene for begge ansvarsformene er oppfylt, er hovedregelen at skadelidte kan velge kravgrunnlag.³⁴⁰ Dette innebærer at dersom As handlinger eller unnlaterse både representerer et kontraktsbrudd og en erstatningsgrettslig skade

³³³ Ulfbeck (2000) s. 101.

³³⁴ Viney (2008) s. 615–617.

³³⁵ Cour de Cassation (1re chambre civile), 9 octobre 1979, N° 78-12502.

³³⁶ Løsningen ville, i denne saken, trolig blitt en annen i dag. Etter at Frankrike implementerte EUs forbrukerdirektiv 19. mai 1998, har man på dette området åpnet for unntak fra prinsippet om non-cumul des responsabilités for forbrukere ved produktskade. Unntaket fremgår av Code civil artikkel 1396-1 til 1386-18. Etter 1386-18 kan den skadelidte velge mellom de to ansvarsgrunnlagene. Lamborghini-saken har imidlertid fortsatt interesse med hensyn til profesjonelle parter.

³³⁷ Se blant annet Cour de Cassation (1re chambre civile), 21 juin 1988, N° 85-12609.

³³⁸ Cour de Cassation (assemblée plénière), 12 juillet 1991, N° 90-13602. Avgjørelsen synes imidlertid ikke å gjelde for krav fra byggherre mot *underleverandør av materialer*, som tradisjonelt sett er ansett som kontraktsrettslige, jf. Cour de Cassation (assemblée plénière), 7 février 1986, N° 84-15189.

³³⁹ Dette ble stadfestet i Henderson v. Merrett Syndicates Ltd (1995) 2 A.C. 145.

³⁴⁰ Dette synes å være reglen i samtlige land som bygger på common law, jf. Viney (2008) s. 614.

overfor B, kan B velge om han vil saksøke A på bakgrunn av det ene eller det andre grunnlag (eller begge).³⁴¹

Med hensyn til *direktekrav* har man i engelsk rett generelt sett vært tilbakeholdne med å anerkjenne direktekrav som sådan, jf. doktrinen om *privity of contracts*.³⁴² Opprinnelig ble *privity* doktrinen tolket så strengt at det verken var anledning til å fremsette direktekrav på kontraktsgrunnlag eller deliktsgrunnlag, jf. *Winterbottom v. Wright* (1842).³⁴³ Nyere praksis har imidlertid slått fast at det er anledning til å fremsette direktekrav på deliktsgrunnlag.³⁴⁴ En tredjemann som ikke står i kontraktsforhold til skadevolder, vil dermed gjennom reglene om delikt, kunne få erstattet sitt tap direkte fra skadevolder. I direktekravstilfellene blir imidlertid valget illusorisk, ettersom det i praksis ikke vil være anledning til å gjøre gjeldende et kontraktskrav mellom parter som ikke står i et direkte kontraktsforhold, jf. den nevnte doktrinen. Kreditors adgang til å fremsette et deliktuekt direktekrav har blitt ytterligere modifisert av House of Lords som har uttalt at:

«A concurrent or alternative liability in tort will *not be admitted* if its effect would be to permit the plaintiff to *circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability* for the act or omission that would constitute the tort» (mine kursiveringer).³⁴⁵

Uttalelsen er et utslag av det man i engelsk rett kaller «*the implied contract exception*», som innebærer at man fingerer at A er part i avtalen mellom B og C.³⁴⁶ Dette betyr at A i egenskap av å være kontraktspart med B, kan gjøre kontraktskjedens ansvarsfraskrivelser gjeldende mot C. *Cane* betegner det slik: «[...] now it seems clear that the courts will enforce such a clause simply on the basis that in the face of such a clause it would not be «just and reasonable» to impose a duty of care in tort on [A]». ³⁴⁷ De ansvarsbegrensninger som eventuelt måtte følge av kontrakten vil derfor stå seg, dette til tross for at C baserer sitt krav på erstatning utenfor kontrakt. Det ansvar A har etter kontrakten kan ikke utvides som følge av et deliktsrettslig

³⁴¹ Cane (1996) s. 311.

³⁴² Ulfbeck (2000) s. 153–156.

³⁴³ jf. *Winterbottom v. Wright* (1842) 10 M. & W. 109. I saken ble kusken Mr. Winterbottom skadet som følge av manglende vedlikehold av vognen. Mr. Wright, som hadde til ansvar å holde vognen ved like, hadde ikke utført sitt arbeid. Begge parter var ansatt av postvesenet. Mr. Winterbottom saksøkte Mr. Wright, men fikk ikke medhold under henvisning til at det ikke forelå noe kontraktsforhold mellom partene.

³⁴⁴ *Hedley Byrne v. Heller* (1964).

³⁴⁵ *Henderson v. Merrett Syndicates* s. 25, hvor en fullmaktsgiver for et syndikatlån kunne fremme et direkte deliktskrav mot fullmektigens medkontrahent med hjemmel i *tort of negligence*. Tilsvarende i *White v. Jones* hvor en testamentsarving kunne fremsette direktekrav mot en advokat som ikke hadde foretatt endringer i et tidligere opprettet testament.

³⁴⁶ Cane (1996) s. 319, jf. *Norwich CC v. Harvey* (1989) og *Pacific Associates Ltd v. Baxter* (1990).

³⁴⁷ Cane (1996) s. 319.

krav fra B.³⁴⁸ Resultatet er at direktekravskreditor kun kan fremsette et deliktskrav, jf. *privity* doktrinen, samtidig som dette deliktskravet, i henhold til praksis i House of Lords, vil kunne bli begrenset av eventuelle ansvarsbegrensninger i kontrakten mellom A og B.

Som vi kan se, er det nokså ulike regler som gjelder i fransk og engelsk rett. Det er likevel påfallende at de ulike reglene i stor grad fører til samme *resultat*, nemlig at de ansvarsbegrensninger som følger av kontraktskjeden ikke kan omgås, dette til tross for at kreditor hjemler sitt krav i alminnelige erstatningsrettslige bestemmelser.

4.5.3 Finnes det en alminnelig lære om konkurrens i norsk rett?

For å belyse problemstillingen om C tilkjennes en valgett etter norsk rett eller ikke, må det først tas stilling til hva som er rettstilstanden mellom kontraktspartene A og B (*inter partes*). Deretter kan det ses nærmere på problemstillingen i tilknytning til direktekrav i forholdet mellom A og C. Dersom man konkluderer med valgett for kreditor B i kontraktsforholdet med A, må dette som alminnelig hovedregel også gjelde for direktekravskreditor C. Hvis man derimot konkluderer med at kontraktsretten skal gis forrang i kontraktsforholdet mellom A og B, fordrer det en særskilt drøftelse av om dette også er hovedregelen i direktekravstilfellene.

I norsk rett finner man enkelte lover hvor konkurransespørsmålet og forholdet til ansvarsbegrensninger i kontraktskjeden er uttrykkelig regulert. Et eksempel er sjøloven §§ 282 og 286 hvor det er slått fast at kontraktsansvaret konsumerer deliktsansvaret, i den forstand at det ikke er anledning til å komme seg rundt de lovregulerte ansvarsbegrensningene ved å fremsette et deliktskrav.³⁴⁹ Det finnes ikke tilsvarende reguleringer i kjøpsloven eller den alminnelige obligasjonsrett for øvrig. Av forarbeidenes omtale av kjøpsloven § 84 fremgår det imidlertid at regelen «[...] utelukker ikke et annet grunnlag for krav mot tidligere salgsledd, f.eks. krav etter alminnelige erstatningsregler».³⁵⁰

I obligasjonsretten og erstatningsretten kan man finne argumenter både for og imot en konkurranselære. Hensynet til kreditor og de alminnelige prinsipper i erstatningsretten tilsier at man burde legge til grunn en regel hvor kreditor selv kan velge hvilket ansvarsgrunnlag som skal gjøres gjeldende. En skadelidt som står i kontraktsforhold til skadevolder er vel så beskyttelsesverdig som den som ikke har en slik relasjon.³⁵¹ Det faktum at det foreligger en kontrakt mellom partene burde ikke frata skadelidte eventuelle krav på erstatning etter alminnelige

³⁴⁸ Cane (1996) s. 311, jf. *Tai Hing Cotton Mill Ltd v. Liu Chong Hing Bank Ltd* (1986).

³⁴⁹ Se punkt 4.3.2. Dette gjelder likevel ikke tilfeller hvor skaden er voldt ved forsett eller grov uaktsomhet, jf. § 283.

³⁵⁰ NU 1984: 5 s. 387.

³⁵¹ Tørum (2007) s. 536.

erstatningsrettslige prinsipper. På den andre siden taler hensynet til A og kontraktens relativitet, herunder kontraktskjedens regulering, for at kontraktsretten burde gis forrang i kollisjonstilfeller. Ut fra en *lex specialis*-tankegang kan man argumentere for at partene gjennom kontrakten uttømmende har avtalt sitt mellomværende.

Norsk rettspraksis synes å løse konkurransproblemet ved å la kreditor velge ansvarsgrunnlag. I Rt. 1993 s. 1201 dreide det seg om Helgeland Betongvarefabrikk som produserte lettbetongblokker til bruk som grunnmur ved bygging av hus. Som følge av for høyt svovelinnhold smuldret blokkene opp etter bare noen få år. Huseierne som var rammet reiste sak mot Helgeland Betongvarefabrikk. Kravet ble dels begrunnet i kontraktsrettslige synspunkter etter kjøpsloven (1907) § 43, og dels i ulovfestede regler om objektivt bedriftsansvar. Helgeland Betongvarefabrikk gjorde forgjeves gjeldende at de samme utgiftene ikke kunne kreves dekket både etter kjøpsretten og ulovfestet erstatningsrett. Høyesterett uttalte:

«Jeg nevner imidlertid at produktansvarslovens forarbeider forutsetter at man kan ha et område som både dekkes av de kjøpsrettslige regler og reglene om erstatning utenfor kontraktsforhold, *og at den berettigede i slike tilfelle kan velge hvilket regelsett som han vil påberope seg [...]*. Uansett hvordan det generelt måtte være med dette, mener jeg at betongvarefabrikken i dette tilfelle må finne seg i at det gjøres ansvar gjeldende mot den som produsent av de omhandlede lettbetongblokker etter reglene om *erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold*. Det forhold at betongvarefabrikken også er selger av blokkene direkte til forbruker, kan ikke føre til at de skadelidtes rettigheter blir mindre enn de ellers hadde blitt. Ankemotpartene kan således ikke på grunn av forholdet til kjøpslovens regler være avskåret fra å fremme sine krav» (mine kursiveringer).³⁵²

Uttalelsen tyder på at kreditor, i tilfeller hvor flere ansvarsgrunnlag er aktuelle, selv kan velge hvilket grunnlag han vil gjøre gjeldende. Dommen gjelder et tilfelle hvor det er et kontraktsforhold mellom partene, og ikke direktekrav som sådan. Hensynet til rettsenhet tilsier likevel at et eventuelt standpunkt om valgrett for B også burde gjelde for C.

Øvrig praksis fra Høyesterett synes også å legge til grunn at et kontraktsforhold ikke utelukker anvendelsen av andre ikke-kontraktuelle ansvarsgrunnlag.³⁵³ Av nyere praksis kan det

³⁵² Rt-1993-1201 s. 1205.

³⁵³ Rt-1948-1111 s. 1113 og Rt-1969-109 s. 112. I LG-1994-00261 påpekte retten: «når ankende parter pretenderer at Elektroinstallasjon AS har foretatt en skadevoldende handling, må et krav om erstatning kunne bygges på det ulovfestede skyldansvaret. Et eventuelt ansvar på grunnlag av reglene om springende regress er ikke til hinder for dette».

vises til Rt. 1998 s. 656 hvor borettslaget hadde adgang til å fremsette et kontraktuelt direktekrav mot veidekke. Høyesterett bemerker at:

«[B]orettslaget må ha adgang til å fremsette sitt erstatningskrav direkte overfor Veidekke. Med de begrensninger med hensyn til kravets innhold som jeg tidligere har påpekt, er det vanskelig å se at underentreprenøren ved dette kan komme i noen dårligere stilling enn den han hadde grunn til å regne med ved kontraktsinngåelsen. *Etter dette blir det ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på spørsmålet om borettslaget har grunnlag for sitt erstatningskrav i reglene om erstatning utenfor kontraktsforhold*» (min kursivering).³⁵⁴

Uttalelsen er vag, og det synes uklart om Høyesterett konkluderer på denne måten som følge av at kontraktsansvaret i dette tilfellet er gitt forrang.³⁵⁵ Mot denne forståelsen kan det bemerkes at borettslaget anførte erstatning utenfor kontrakt som et *atter subsidiært* grunnlag. Ettersom borettslaget får medhold på sitt prinsipale grunnlag, er det ikke nødvendig for retten å ta stilling til om det er grunnlag for et deliktsrettslig direktekrav. Etter min mening er det mest nærliggende å legge til grunn denne siste tolkningen av dommen, noe som taler for at utgangspunktet er en valgt rett for kreditor.

Dette samsvarer også med øvrig rettspraksis, herunder «Siesta-dommen» hvor førstvoterende, etter å ha tilkjent erstatning på kontraktsgrunnlag, påpeker: «Etter dette er det ikke nødvendig å ta standpunkt til om Nya Asfalt AB også hefter for skaden på ikke kontraktsmessig basis, i kraft av skadeserstatningslovens § 2-1. Jeg finner likevel grunn til å bemerke at Nya Asfalt AB etter mitt syn er ansvarlig for skaden *også* på dette grunnlag» (min kursivering).³⁵⁶

Til tross for at delikt- og kontraktsretten i teorien er to adskilte ansvarsgrunnlag, synes det i praksis som om Høyesterett til tider kombinerer grunnlagene i sin faktiske argumentasjon.³⁵⁷ I «Siesta-dommen» kom Høyesterett til at et kontraktsrettslig direktekrav kunne gjøres gjeldende mot kranselskapet, men det ble likevel uttalt: «Det kontraktsmessige ansvar for den løfteoperasjon hvorunder uhellet skjedde, ligger således hos Nya Asfalt AB, og kranføreren var under utførelsen av arbeidet dette selskaps arbeidstaker i den betydning skadeserstatningslovens § 2-1 bruker denne betegnelse». ³⁵⁸ I Rt. 1995 s. 486 uttaler førstvoterende om vurderingen av ansvarsgrunnlaget i kontrakt: «Når det gjelder det nærmere innhold i begrepet grov uaktsomhet slik det er brukt i vegfraktoven § 38, antar jeg at dette må bestemmes som i den alminnelige erstatningsrett». ³⁵⁹

³⁵⁴ Rt-1998-656 s. 663.

³⁵⁵ Se Tørum (2007) s. 533.

³⁵⁶ Rt-1976-1117 s. 1123.

³⁵⁷ Eksempler på dette finner vi blant annet i Rt-1976-1117, Rt-1981-445 og Rt-1995-486.

³⁵⁸ Rt-1976-1117 s. 1122.

³⁵⁹ Rt-1995-486 s. 494.

Konkurrensproblematikken mellom kontrakts- og erstatningsansvar er også drøftet i norsk juridisk teori. Selvig påpeker behovet for konkretisering av spørsmålet om konflikt mellom ulike regelsett, og mener at kontraktsforholdets art må tillegges vekt.³⁶⁰ Han uttaler at det må foretas en vurdering av om «den objektive ansvarsregel naturlig lar seg innpasse i det ansvars-system som ellers gjelder i vedkommende kontraktsforhold» og påpeker videre at slike «ansvarsmessige variasjoner kan lett bli oversett hvis man [...] opererer med såkalte almindelige erstatningsregler ved løsning av ansvarsspørsmål i kontraktsrettslige relasjoner». Argumentasjonsrekken tyder på at det etter hans mening ikke burde være anledning til å fremme deliktskrav i strid med reguleringene i kontraktskjeden.³⁶¹ Dette samsvarer med hensynene som ligger til grunn for den franske *non-cumul des responsabilités*.³⁶² Etter den franske modellen må deliktsrettslige søksmål på kontraktsrettens område avvises med mindre søksmålet kan tas videre på kontraktsgrunnlag.³⁶³ Tilsvarende betraktninger finner man i engelsk rett under henvisning til privity-reglen.³⁶⁴ Krüger synes også å mene at en omgåelse av kontraktsrettslige regler vil være uheldig.³⁶⁵ De nevnte juridiske fremstillingene er imidlertid forbeholdt tilfeller hvor det foreligger kontrakt mellom partene, og tar derfor ikke konkret sikte på direktekravstiltfellene, som etter min mening må sies å stå i en særstilling. Vurderingene må likevel kunne ha en viss overføringsverdi til direktekravssituasjonen.

I nordisk teori er det først og fremst Hellner og Tørum som har drøftet problemstillingen knyttet til direktekrav. I følge Hellner burde man ikke akseptere en utstrakt adgang til å fremsette direkte deliktskrav, all den tid dette vil kunne ha en negativ effekt på den komplekse situasjonen som oppstår i kontraktskjeder.³⁶⁶ Tørum synes å legge til grunn en alminnelig regel om valgtrett i norsk rett, men argumenterer likevel til fordel for en regel om konsumpsjon.³⁶⁷

Mange av de synspunkter og argumenter som fremkommer av juridisk teori har gode grunner for seg, særlig hvis man legger vekt på hensynet til direktekravsdebitor A og det faktum at kontrakter som regel bygger på et balansert ansvarssystem. Etter en gjennomgang av rettspraksis kan jeg imidlertid ikke finne noen holdepunkter for at det – *de lege lata* – foreligger en alminnelig regel om konsumpsjon «*non-cumul*» i norsk rett. Etter min mening er det be-

³⁶⁰ Selvig (1968) s. 114.

³⁶¹ Selvig (1968) s. 122.

³⁶² Unntak gjøres dersom det foreligger en forsettlig eller straffbar handling, Viney (2008) s. 621–622.

³⁶³ Viney (2008) s. 628.

³⁶⁴ Winterbottom v. Wright.

³⁶⁵ Krüger (2002) s. 145.

³⁶⁶ Hellner (1997) s. 184–186

³⁶⁷ Tørum (2007) s. 534.

tenkelig å skulle avskjære adgangen til å fremsette deliktskrav utelukkende med den begrunnelse at det foreligger et kontraktsforhold mellom partene. Erstatningssystemet er en grunnstein i vårt samfunn, og gjenoppretter den misforholdssituasjonen som har oppstått mellom skadelidte og skadevolder. Dette mener jeg taler for at saksøker, dersom vilkårene for begge ansvarsgrunnlag er oppfylt, skal tilkjennes en valgrett. Dette standpunktet samsvarer med de utgangspunkter som fremgår av de nordiske forarbeidene samt den overnevnte rettspraksis.³⁶⁸

Videre må det påpekes at de momenter som taler for en valgrett for kreditor i kontraktsforholdet A-B, får desto større gjennomslagskraft i forholdet mellom C og A. Debitor B som står i et kontraktsforhold til A har valgt å forholde seg til denne, og kan i teorien ivareta sine interesser gjennom kontrakten. Direktekravskreditor C har ikke samme mulighet, og hans situasjon kan i større grad minne om den man ser med en utenforstående skadelidt.³⁶⁹ Mot dette kan det imidlertid innvendes at direktekrav er en supplerende rett for C, all den tid han kan forholde seg til sin kontraktspart B. Etter min mening må det likevel legges til grunn at konkurrans også er utgangspunktet i direktekravssituasjoner. Et avvik fra dette (konsumpsjon) krever derfor en særskilt begrunnelse.

Norsk rett gir ikke en klar anvisning på hvordan konkurranssituasjonen skal løses i alminnelige kontraktsforhold. De mest tungtveiende rettskildene, rettspraksis og forarbeider, synes likevel å trekke i retning av at kreditor skal tilkjennes en valgrett. Konklusjonen er etter dette at kreditor, både inter partes og i direktekravstilfeller, har valgrett med hensyn til hvilket ansvarsgrunnlag som skal påberopes.

³⁶⁸ Se blant annet NU 1984:5 s. 387 og Rt. 1993 s. 1201.

³⁶⁹ I denne sammenheng kan det imidlertid tenkes visse unntak for tilvirkning og entrepriser, hvor tilfellet kan være at Cs interesseorganisasjon har vært med på å fremforhandle standardkontrakten mellom A og B.

5 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har behandlet to hovedproblemstillinger som til dels overlapper hverandre. Ettersom konklusjonene har blitt trukket underveis, tar avslutningen sikte på å gi en kort oppsummering for å samle trådene. Det vil samtidig foretas et par vurderinger av rettstilstanden.

I et europeisk perspektiv, og særlig blant de nordiske landene, fremstår Norge på mange måter som en forløper når det kommer til direktekrav. Tendensen går i retning av en stadig økende aksept av direktekrav både i lovgivningen og i kontraktspraksis. Til tross for dette, synes det fortsatt å foreligge betenkeligheter ved å akseptere direktekrav som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp i norsk rett. På dette punkt er praksis fra Høyesterett illustrerende.

Som det fremgår reiser direktekrav en rekke problemstillinger hvis løsning krever at ulike hensyn veies opp mot hverandre. De mest sentrale hensyn som støter mot hverandre er hensynet til direktekravsdebitor og direktekravskreditor. I et kontraktsforhold vil ofte partene forsøke å kontraktsregulere sitt eget ansvar. Fremstillingen har søkt å gjøre rede for hvordan ansvarsbegrensninger i kontraktskjeden virker inn på adgangen til å fremsette direktekrav. Som det fremgår av kapittel 3, vil den direktekravsmodell som det aktuelle hjemmelsgrunnlaget gir uttrykk for, kunne være avgjørende for om en ansvarsbegrensning kan påberopes eller ikke. Dette er en grunnleggende forskjell som ikke synes – i alle fall ikke uttrykkelig – å ha blitt viet mye oppmerksomhet ved etablering av de ulike kontraktsbestemmelser og standardavtaler. Ved utformingen av et eventuelt obligasjonsrettslig prinsipp om direktekrav burde man ha denne forskjellen i mente.

En direktekravskreditor som bygger sitt krav på et kontraktsrettslig hjemmelsgrunnlag, vil som hovedregel måtte godta eventuelle ansvarsbegrensninger som foreligger i kontraktskjeden. Bakgrunnen for dette er at direktekravskreditor C i slike tilfeller utleder sin rett fra kontraktsforholdet mellom A og B. Et sentralt spørsmål i fremstillingen har vært om denne typen ansvarsbegrensninger kan omgås ved at kravet i stedet baseres på reglene om erstatning *utenfor* kontrakt. På dette punkt er konklusjonene bekreftende. Som fremstillingen har illustrert vil et deliktskrav føre til andre rettsvirkninger enn et kontraktskrav, og i ytterste konsekvens kan et krav som er bortfalt på kontraktsgrunnlag "gjenoppstå" gjennom deliktsreglene. Problemtillingen er ikke upraktisk, og i skrivende stund pågår det som nevnt en sak hvor det aktuelle spørsmålet settes på spissen.³⁷⁰

³⁷⁰ I LB-2012-88290 anførte Tine SA at Schenker var ansvarlig på *kontraktsrettslig* grunnlag som følge av feil begått av dennes kontraktsmedhjelper – Norsk Jernbanedrift AS. Tine fikk ikke medhold i sitt krav som følge av ansvarsbegrensninger i veifraktoven. Tine har nå fremmet et *deliktskrav* mot Norsk Jernbanedrift AS.

Flere forhold taler mot en omgåelse av avtalte ansvarsbegrensninger i en kontraktskjede, herunder hensynet til A og de ofte balanserte klausulene som foreligger i kontraktsforhold. Som det fremgår i kapittel 4 er det imidlertid ingen holdepunkter i norsk rett for at direktekravskreditor ikke har en valgrett med hensyn til hvilket ansvarsgrunnlag som skal gjøres gjeldende. Dette skiller seg blant annet fra rettstilstanden i Frankrike, hvor eksistensen av en kontrakt innebærer at alminnelige erstatningskrav er avskåret.

Det er lite som tyder på at adgangen til å fremsette direktekrav i norsk rett kommer til å bli mindre omfattende, snarere tvert i mot. Dette kan føre til flere tvister vedrørende omgåelse av avtalte kontraktsklausuler. Som vi har sett, inneholder den norske sjøloven bestemmelser som medfører at man unngår en omgåelse av de lovregulerte ansvarsbegrensningene. Kanskje ville det være en god løsning å innta lignende bestemmelser i øvrig kontraktslovgivning. Ettersom entreprise ikke er formell lovgivning, må spørsmålet løses ved standardiserte tredjemannsavtaler til fordel for A. Denne typen justeringer i lovgivningen og i standardavtaler vil sikre at man, i likhet med engelsk og fransk rett, kan opprettholde de avtalte klausuler i en kontraktskjede – også i tilfeller hvor det er grunnlag for kreditor å basere sitt krav på alminnelige erstatningsregler utenfor kontrakt.

Kilderegister

Norske lover

Kjøpsloven (1907)	Lov 24. mai 1907 nr. 2 om kjøb (opphevet)
Gjeldsbrevloven (1939)	Lov 17. februar 1939 nr. 1 om Gjeldsbrev
Skadeerstatningsloven (1969)	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning
Vegfraktiloven (1974)	Lov 20. desember 1974 nr. 68 om vegfraktavtaler
Dekningsloven (1984)	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett
Konkursloven (1984)	Lov 08. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs
Kjøpsloven (1988)	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
Produktansvarsloven (1988)	Lov 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvaret
Håndverkertjenesteloven (1989)	Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere
Forsikringsavtaleloven (1989)	Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler
Avhendingslova (1992)	Lov 03. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom
Sjøloven (1994)	Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten
Bustadoppføringslova (1997)	Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.
Forbrukerkjøpsloven (2002)	Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp
Burettslagslova (2003)	Lov 06. juni 2003 nr. 39 om burettslag

Utenlandske lover

Code civil

Code civil, Version consolidée au 6 août 2014

The Contracts Act 1999

The Contract Bill (Rights of Third Parties) Bill of 14, June 1999

Forarbeider

Norges offentlige utredninger

NOU 1993:4

Lov om husleieavtaler (husleieloven)

NOU 1993:27

Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

NOU 1977:33

Lov om skadeerstatning (skadeerstatningsloven)

NOU 2001:32

Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr.25 (1973-1974)

Om lov om endringer i kjøpsloven 24 mai 1907 nr. 2, særlig med sikte på forbrukervern

Ot.prp.nr.38 (1977-78)

Om Lov om forelding av fordringer

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

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

Ot.prp.nr.66 (1990-1991)

Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

Ot.prp.nr.76 (1994-1995)

Om lov om endringer i lov 18 mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (forelding av krav på skadebot)

Ot.prp.nr.41 (1998-1999)

Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)

Nordiske forarbeider

NU 1984:5

Nordiska köplagar: Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning, Helsingfors 1984 (Bokformat: ISBN:91-38-08701-4)

Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt.1911 s.1037	Rt.1989 s.1318	Rt.2006 s.1089
Rt.1948 s.1111	Rt.1993 s.1201	Rt.2006 s.1705
Rt.1948 s.370	Rt.1994 s.626	Rt.2007 s.1236
Rt.1967 s.1248	Rt.1995 s.486	Rt.2007 s.1479
Rt.1969 s.109	Rt.1995 s.1350	Rt.2008 s.385
Rt.1972 s.965	Rt.1998 s.656	Rt.2008 s.1078
Rt.1973 s.1364	Rt.2000 s.679	Rt.2012 s.1138
Rt.1975 s.82	Rt.2000 s.654	Rt.2012 s.1444
Rt.1976 s.1117	Rt.2001 s.1702	Rt.2014 s.656
Rt.1981 s.445	Rt.2002 s.286	
Rt.1981 s.1215	Rt.2002 s.807	
Rt.1982 s.588	Rt.2004 s.1887	
Rt.1985 s.290	Rt.2005 s.16	

Underrettsavgjørelser

LG-1994-00261	(Gulating lagmannsrett)
LG-2001-1235	(Gulating lagmannsrett)
RG-2010-555	(Borgarting lagmannsrett)
LB-2012-88290	(Borgarting lagmannsrett)

Utenlandsk rettspraksis

Danske avgjørelser

U-1973-413-H

U-2004-114-H

U-2004-2496-V

Tilgjengelige på: <http://jura.karnovgroup.dk/>

Franske avgjørelser

Cour de Cassation (1^{re} chambre civile), 9 octobre 1979, N°78-12502

Cour de Cassation (assemblée plénière), 7 février 1986, N°84-15189

Cour de Cassation (1^{re} chambre civile), 21 juin 1988, N°85-12609

Cour de Cassation (assemblée plénière), 12 juillet 1991, N°90-13602

Cour de Cassation (1^{re} chambre civile), 28 juin 2012, N°10-28492

Cour de Cassation (1^{re} chambre civile), 6 février 2013, N°11-25.864

Tilgjengelige på : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Engelske avgjørelser

Winterbottom v. Wright [1842] 10 M. & W. 109.

Tilgjengelig på: <http://drsager.webhost.utexas.edu/judicialpro/Winterbottom%20v.pdf>

Donoghue v. Stevenson [1932] A.C. 562.

Scruttons Ltd v. Midland Silicones Ltd [1962] A.C. 446.

Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd [1964] A.C. 465.

Beswick v. Beswick [1968] UKHL 2.

Tai Hing Cotton Mill Ltd v. Liu Chong Hing Bank Ltd [1986].

Norwich City Council v. Harvey [1989] 1 WLR 828.

Pacific Associates Ltd v. Baxter [1990] 1 QB 993.

Henderson v Merrett Syndicates Ltd [1995] 2 A.C. 145.

White v. Jones [1995] 2 A.C. 207.

Tilgjengelige på: <http://www.bailii.org/>

Juridisk litteratur

Andenæs (2009)	Andenæs, Mads Henry, <i>Konkurs</i> , 3. utgave, Oslo 2009
Andersen (1962)	Kristen Andersen, <i>Kjøpsrett</i> , Oslo 1962
Andersen (2013)	Bryde Andersen, Mads, <i>Grundlæggende aftaleret</i> , 4. udgave, København 2013
Anners (2011)	Anners, Erik, <i>Den europeiske rettens historie</i> , Oslo 2011
Arnholm (1978)	Arnholm, Carl Jacob, <i>Almindelig obligasjonsretts almindelige del</i> , 5. utgave, Oslo 1978
Augdahl (1978)	Augdahl, Per, <i>Den norske obligasjonsretts almindelige del</i> , 5. utgave Vettakollen 1978
Barbo (1997)	Barbo, Jan Einar, <i>Kontraktsomlegging i entrepriseforhold</i> , Oslo 1997
Bergem og Rognlien (1995)	Bergem, John Egil og Rognlien, Stein, <i>Kommentarutgave til Kjøpsloven av 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp</i> , Oslo 1995
Bergsåker (2011)	Bergsåker, Trygve, <i>Pengekravsrett</i> 2. utgave. Oslo 2011
Boe (2012)	Boe, Erik Magnus, <i>Rettskildelære under debatt</i> , Oslo 2012

Bergem mfl. (2008)	Bergem, John Egil, Konow, Berte-Elen R. og Rognlien, Stein, <i>Kommentarutgave til Kjøpsloven av 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp</i> , Oslo 2008.
Bernt og Doublet (1998)	Bernt, Jan Fridtjof og Doublet, David R., <i>Vitenskapsfilosofi for jurister</i> , Bergen 1998
Brandt (1878)	Brandt, Frederik, <i>Tingsretten efter den Norske Lovgivning</i> , Kristiania 1878
Cane (1996)	Cane, Peter, <i>Tort Law and Economic Interests</i> , 2nd edition, Oxford 1996
Cordero-Moss (2013)	Cordero-Moss, Giuditta, <i>Internasjonal privatrett på formuerettens område</i> , Oslo 2013
Eckhoff (2001)	Eckhoff, Torstein, <i>Rettskildelære</i> , 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001
Eide og Stavang (2008)	Eide, Erling og Stavang, Endre, <i>Rettsøkonomi</i> , Oslo 2008
Gomard (1958)	Gomard, Bernhard, <i>Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktsforhold</i> , København 1958
Gomard (2006)	Gomard, Bernhard, <i>obligations ret</i> , 1. del, 4. utgave, København 2006
Gomard og Iversen (2011)	Gomard, Bernhard og Iversen Torsten, <i>obligations ret</i> , 2. del, 4. utgave, København 2011
Hagstrøm (2002)	Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Aarbakke, Magnus, <i>obligasjonsrett</i> , Oslo 2002
Hagstrøm (2005)	Hagstrøm, Viggo, <i>Kjøpsrett</i> , Oslo 2005
Hagstrøm (2011)	Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Aarbakke, Magnus, <i>obligasjonsrett</i> , Oslo 2011
Hagstrøm og Bruserud (2014)	Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Hermann, <i>Entrepriserett</i> , Oslo 2014
Hov (2002)	Hov, Jo, <i>Avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett 2</i> , 2. utg., Oslo 2002

Hov (2007)	Hov, Jo, <i>Rettergang 1 – sivil- og straffeprosess</i> , Oslo 2007
Kaasen (2006)	Kaasen, Knut, <i>Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05</i> , Oslo 2006
Kolrud mfl. (1992)	Kolrud, Helge Jakob, mfl., <i>Kommentar til NS 3430</i> , Oslo 1992
Kolrud mfl. (2004)	Kolrud, Helge Jakob, mfl., <i>NS 8405 kommentarutgave</i> , Oslo 2004
Krüger (1989)	Krüger, Kai, <i>Norsk kontraktsrett</i> , Bergen 1989
Krüger (1991)	Krüger, Kai, <i>Norsk kjøpsrett</i> 3. utgave, Bergen 1991
Krüger (1999)	Krüger, Kai, <i>Norsk kjøpsrett</i> 4. utgave, Bergen 1999
Lilleholt (1986)	Lilleholt, Kåre, <i>Personskifte i husleigeforhold</i> , Bergen 1986
Lilleholt (2012)	Lilleholt, Kåre, <i>Allmenn formuerett: Fleire rettar til same formuesgode</i> , 1. utgave, Oslo 2012
Lødrup (2009)	Lødrup, Peter, <i>Lærebok om Erstatningsrett</i> 6. utgave., Oslo 2009
Lødrup og Asland (2013)	Lødrup, Peter og Asland, John, <i>Oversikt over erstatningsretten</i> 8. utgave, Oslo 2013
Marthinussen m.fl. (2010)	Marthinussen, Karl, Giverholt, Heikki, Arvesen, Hans-Jørgen, <i>NS 8405 med kommentarer</i> , 3. utgave, Oslo 2010
Mazeaud (1998)	Mazeaud, Jean, Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon, videreført av Chabas, François, <i>Leçons De Droit Civil</i> , Tome 2, Premier Volume, Obligations, Théorie Générale, 9 ^{ème} Édition, Paris 1998
Nygaard (2000)	Nygaard, Nils, <i>Skade og ansvar</i> , 5. utgave, Bergen 2000
Nygaard (2004)	Nygaard, Nils, <i>Rettsgrunnlag og standpunkt</i> , 2. utgave, Bergen 2004
Nygaard (2007)	Nygaard, Nils, <i>Skade og ansvar</i> , 6. utgave, Bergen 2007
Robberstad (2012)	Robberstad, Anne, <i>Sivilprosess</i> , 2. utgave, Oslo 2012
Røed (2010)	Røed, Anne Cathrine, <i>Foreldelse av fordringer: kommentarer til lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer og utvalgte foreldelsesbestemmelser i spesiallovgivningen</i> , Oslo 2010

Schei mfl. (2013)	Schei, Tore, Bårdsen, Arnfinn, Bugge Nordén, Dag, Reusch, Christian og Øie, Toril M., <i>Tvisteloven kommentarutgave</i> , 2. utgave, Oslo 2013
Selvig og Lilleholt (2010)	Selvig, Erling og Lilleholt, Kåre, <i>Kjøpsrett til studiebruk</i> , 4. utgave, Oslo 2010
Selvig (1999)	Selvig, Erling, <i>Kjøpsrett til studiebruk</i> , Oslo 1999
Selvig (1968)	Selvig, Erling, <i>det såkalte husbondsansvar</i> , Oslo 1968
Simonsen (1997)	Simonsen, Lasse, <i>Prekontraktuelt ansvar</i> , Oslo 1997
Smith (1981)	Smith, Carsten, <i>Garantikrav og garantistvern</i> , 2. utg., Oslo 1981
Stang (1935)	Stang, Fredrik, <i>Innledning til formueretten</i> , 3. utgave, Oslo 1935
Stone (2011)	Stone, Richard og MacMillan, Catharine, <i>Elements of the law of contracts</i> , London 2011
Thorson (2010)	Thorson, Bjarte, <i>Erstatningsrettslig vern for rene formuestap</i> , Oslo 2010
Tverberg (2008)	Tverberg, Arnulf, <i>Forbrukerkjøpsloven med kommentarer</i> , 1. utgave, Asker 2008
Tørum (2007)	Tørum, Amund Bjøranger, <i>Direktekrav – særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entreprise. Formuerettslige analyser i komparativ belysning</i> , Oslo 2007
Ulfbeck (2000)	Ulfbeck, Vibe, <i>Kontrakters relativitet – det direkte ansvar i formueretten</i> , København 2000
Vinding Kruse (1990)	Vinding Kruse, Anders, <i>Ejendoms køb</i> , 5. udgave, København 1990
Viney (2008)	Viney, Geneviève, <i>Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité</i> , 3eme édition, Paris 2008
Zimmermann (1996)	Zimmerman Reinhard, <i>The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition</i> , Oxford 1996

Juridiske artikler

- Aas (2008) Aas, Jardar, *Direkte mangelskrav i entrepriseretten*, I: Tidsskrift for erstatningsrett. 187 (2008), s. 187–200
- Alvik (2005) Alvik, Ivar, *Lovvalg og jurisdiksjon for ikke-kontraktuelle erstatningskrav*, I: Jussens Venner. 05 (2005), s. 281–304
- Bruserud (2002) Bruserud, Herman, Bortfrakterens ansvar for skipets fysiske egenskaper. Ansvarsgrunnlagene, Marius nr.294 (2002) s. 1–140
- Cordero-Moss (2012) Cordero-Moss, Giuditta, *Europeisk og norsk kontraktsrett i utakt ?*, I: Lov og Rett. (2012), s. 1–2
- Engh (1997) Engh, Jone, *Foreldelse av skadelidtes direkte krav («Direct Action») mot ansvarsassurandøren*, I: Lov og Rett. (1997), s. 220–228
- Geistfeld (2009) Geistfeld, Mark A, *Efficiency, Fairness, and the economic Analysis of Tort Law*, I: Theoretical Foundations of Law and Economics, edited by White, Mark D., Cambridge (2009), s. 234–252
- Grette (1959) Grette, Gunnar, *Kjøpers krav mot selgers hjemmelsmann*, I: Festskrift til Carl Jacob Arnholm, (1959), s. 95
- Hagstrøm (1989) Hagstrøm, Viggo, *Informasjonsansvar – Om villedning av annen enn kontraktspart*, I: Tidsskrift for rettsvitenskap (1989) s. 196–220
- Hellner (1997) Hellner, Jan, *Linked Contracts, Making Commercial Law*, I: Essays in honour of Roy Goode (Oxford 1997) s. 167–189
- Hjelmeng (2007) Hjelmeng, Erling, *Interessevern og rene formuesskader – i lys av Rt-2007-42*, I: Tidsskrift for erstatningsrett (2007) s. 169
- Hjelmeng (2011) Hjelmeng, Erling, *Hanekleiv-dommen - erstatningsrett i villrede?*, I: Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett (2011) s. 69–83
- Hole (1959) Hole, Ivar, *Ansvarsfraskrivelse i massekontrakter*, I: Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 40 (1959)

- Høgberg (2010) Høgberg, Alf Petter, *Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som strukturell forklaringsmodell*, I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs, (2010) s. 100–110
- Jervell (1994) Jervell, Stephan L., *Misligholdskrav mot tidligere salgsledd*. I: Tidskrift for rettsvitenskap (1994) s. 905–1007
- Kaasen (2005) Kaasen, Knut, *Ansvarsbegrensning i fabrikkasjonskontrakter*, I: Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum (2005) s. 233–258
- Kjønstad (1978) Kjønstad, Asbjørn, *I hvilken utstrekning kan misligholdsbeføyelser gjøres gjeldende mot medkontrahentens hjemmelsmann*, I: Jussens Venner (1978) s. 166–189
- Knudtzon (1984) Knudtzon, Stephen, *Den nye kontrakt for bygging av skip ved norske verksteder*, I : Nordisk skibsrederforenings medlemsblad (1984)
- Krokeide (1982) Krokeide, Kjetil, *Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter*, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap (1982) s. 351–533
- Krüger (2002) Krüger, Kai, *Foreldelse av erstatningskrav i kontraktsforhold – Særlig om den «skjulte foreldelse»*, I: Nybrott og Odling. Festskrift til Nils Nygaard (2002) s. 135–150
- Lilleholt (2002) Lilleholt, Kåre, *Om tingsskade og kontrakt*, I: Nybrott og Odling. Festskrift til Nils Nygaard (2002) s. 171–178
- Lilleholt (2009) Lilleholt, Kåre, *The Consumer's Direct Claims against Parties to Previous Contracts and the Seller's Right of Redress in Norway*, I: Martin Ebers; André Janssen & Olaf Meyer (ed.), *European Perspectives on Producers' Liability*. (2009) s. 461–474
- Lilleholt (2013) Lilleholt, Kåre, *Ny norsk kjøpsrett? Om utkastet til forordning om sams europeisk kjøpsrett*, I: Lov og Rett, vol. 52 (2013) s. 51–66
- Marthinussen (2007) Marthinussen, Hans Fredrik, *Forholdet mellom foreldelsesloven § 3 nr. 1 og 2 i lys av de senere års praksis fra høyesterett*, I: Jussens Venner (2007) s. 1–18

- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten*, I: Jussens Venner (2012) s. 319–345
- Nørgaard (1995) Nørgaard, Søren Borup og Pedersen, Per Vestergaard, *Springende regres - kontraktsafhængigt retsbrudsansvar*, I: Ugeskrift for Retsvæsen, U.1995B.385
- Selvig (1993) Selvig, *kontraktsretten*, i Knophs oversikt over Norges rett, 10 utg
- Stenvik (2010) Stenvik, Are, *Erstatning og rettssubjektivitet*, I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder:Festskrift til Mads Henry Andenæs (2010) s. 281–301
- Skoghøy (1995) Skoghøy, Jens Edvin A, *Rettskraftens objektive grenser i sivile saker*, I: Jussens Venner (1995) s. 1–64
- Solvang (2009) Solvang, Trond, *Sensur av ansvarsfraskrivelser: Har prinsippet i Wingull-dommen (ND 1979 s. 231) satt spor etter seg?* I: Lov og Rett, vol. 48 (2009) s. 27–42
- Simonsen (1999) Simonsen, Lasse, *Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene*, I: Jussens Venner (1999) s. 305
- Sandvik (1964) Sandvik, Tore, *Ansvar for skadevoldende egenskaper etter norsk rett*, I: Tidsskrift for rettsvitenskap (1964) s. 503–540
- Tørum (2011) Tørum, Amund Bjøranger, *Direktekrav på ulovfestet grunnlag – et analyseverktøy*, Jussens Venner (2011) s. 183–250
- von Bar mfl. (2002) Von Bar, Christian, Drobnig, Ulrich, *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, I: Health and Consumer Protection Directorate-General (2002)

Kontrakter

- NS 3430 Norsk Standard 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 2. utgave september 1994, utarbeidet av Norsk Byggestandardiseringsråd (NBR).

NS 8405	Norsk Standard 8405: Norsk bygge- og anleggskontrakt, 2. utgave oktober 2008, utarbeidet av Norsk Byggestandardiseringsråd (NBR).
NS 8406	Norsk Standard 8406: Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt, 1. utg. juli 2009, utarbeidet av Norsk Byggestandardiseringsråd (NBR).
NF 05	Norsk fabrikkasjonskontrakt 2005, utarbeidet i samarbeid mellom STATOIL ASA, Norsk Hydro ASA og teknologibedriftenes landsforening, datert 12. desember 2005.
NTK 05	Norsk totalkontrakt 2005, utarbeidet i samarbeid mellom STATOIL ASA, Norsk Hydro ASA og teknologibedriftenes landsforening.

Andre kilder

The Haag-Visby Rules	The Hague-Visby Rules - The Hague Rules as Amended by the Brussels Protocol 1968. Tilgjengelig på: http://www.jus.uio.no/lm/sea.carriage.hague.visby.rules.1968/doc.html
Barbo (2008)	Barbo, Jan Einar, Direktekrav i entrepriseforhold, Foredrag Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, 5. juni 2008. Tilgjengelig på: http://www.entrepriseforeningen.no/6822-Medlemsmote-5-juni-2008?iid=15047&pid=OOG-Artikkel-Files.Native-InnerFile-File&attach=1
Krüger (2012)	Krüger, Kai, [Kommentar til Forbrukerkjøpsloven § 35], Norsk Lovkommentar, Oslo 2014, Gyldendal Rettsdata.
Woxholth (2003)	Woxholth, Geir, utredning om direktekrav i nordiske og internasjonale forbrukerkjøp, Oslo 2003. Tilgjengelig på: http://www.forbrukerombudet.no/asset/1089/1/1089_1.pdf

Samtlige internettkilder avlest: 13.01.15

