

Erstatning for fortjenestetap ved redusert omsetningsvolum

Kandidatnummer: 97

Antall ord: 14 944



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet
UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	1
1.1. EMNET	1
1.2. AVGRENSNINGER	2
1.3. RETTSKILDER. SÆRLIG OM BRUKEN AV UTENLANDSK RETT	3
1.4. OPPBYGNING OG OPPLEGGET VIDERE	5
2. OMSETNINGSTAPET. PROBLEMSTILLINGER I TILKNYTNING TIL TAPSKONSTRUKSJONEN	7
2.1. OPPLEGGET I KAPITTEL 2	7
2.2. EN ANALYSE AV TAPSKONSTRUKSJONEN VED OMSETNINGSTAP	7
2.3. OMSETNINGSTAP PÅVIST GJENNOM BETINGELESEREN	10
2.4. BEVISTEMA OG BEVISKRAV FOR OMSETNINGSTAP	11
2.4.1. <i>Bevistema</i>	11
2.4.2. <i>Beviskrav</i>	15
3. OMSETNINGSTAPETS ERSTATNINGSRETTLIGE STILLING	18
3.1. OPPLEGGET I KAPITTEL 3	18
3.2. OMSETNINGSTAP OG OPPFYLLESEINTERESSEN	18
3.3. NORMATIVE INNVENDINGER MOT OMSETNINGSTAPET	19
3.3.1. <i>Innledning</i>	19
3.3.2. <i>Vern av forventninger til markedet</i>	19
3.3.3. <i>Dobbel dekning</i>	20
3.4. TAPSBEGRENSNINGSPLIKTEN	22
3.4.1. <i>Utgangspunktet: Omsetningstapet kan ikke dekkes inn gjennom rimelige tiltak</i>	22
3.4.2. <i>Overoppfyllelse av tapsbegrensningsplikten ved salg på nye markeder</i>	23
3.4.3. <i>Tapsbegrensningsplikten i forbrukertjenestekontrakter</i>	25
3.4.4. <i>Plikt til å kontrahere på nytt med avbestillende eller misligholdende kjøper?</i>	27
4. AVSLUTNING	29
4.1. FORELØPIG SAMMENFATNING OG NOEN KONKLUSJONER	29
4.2. GRENSER FOR ERSTATNINGSVERNET?	30
4.2.1. <i>Formålet med resten av kapittelet</i>	30
4.2.2. <i>Omsetningstapets koherensproblem</i>	30
4.2.3. <i>Mulige avgrensninger</i>	34
REGISTRE	36
LOVER	36
FORARBEIDER	36
RETTSPRAKSIS	37
LITTERATUR	37
TRAKTATER, MODELLOVGIVNING OG UTENLANDSK LOVGIVNING	40

1. Innledning

1.1. Emnet

Denne fremstillingen handler om erstatning for fortjenestetap ved redusert omsetningsvolum (omsetningstap). Omsetningstap oppstår der kjøper avbestiller, eller vesentlig misligholder kontrakten slik at selger hever, og selgeren så videreselger den aktuelle varen eller tjenesten til en ny kunde. Fordi selgeren på grunn av sin kapasitet kunne oppfylt kontrakten med den misligholdende kunden i tillegg til alle etterfølgende kontrakter, blir vidresalget imidlertid ikke en dekningsstransaksjon. Omsetningstapet blir da det fortjenestetapet som oppstår ved at selgeren får sin samlede inntjening redusert med nettoverdien av den kontrakten som ble avbestilt eller misligholdt. Man kan da si at selgeren gjennom kjøpers kontraktbrudd går glipp av et salg.

Erstatning for redusert omsetningsvolum er en erstatningspost som vil kunne være aktuell for oppgjør etter kontraktbrudd uavhengig av hvilket område man befinner seg på, og enten det er tale om avbestilling eller heving. Dersom for eksempel en håndverker eller entreprenør utvider driften gjennom innleie av kontraktsmedhjelpere i takt med ordreinngangen, vil avbestilling eller mislighold fra kjøper kunne medføre at realdebitor får omsatt et oppdrag mindre – selv dersom den ledige kapasiteten kan settes inn i andre prosjekter. Det er også etter hvert blitt nokså vanlig at selgere – iallfall selger av generiske massevarer – har varelager eller tilgang på varelagre som langt overstiger etterspørselen. For salg av ikke-skreddersydd software kommer problemstillingen helt på spissen: Når slik software er ferdigutviklet, kan den selges i et uendelig antall kopier. Omsetningen blir for disse næringsdrivende bare begrenset av etterspørselen. Ethvert tilfelle av manglende oppfyllelse fra kjøper vil i slike tilfeller medføre omsetningstap, i den forstand at selger får omsatt en vare eller tjeneste mindre enn dersom kjøperen oppfylte kontrakten.

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk rett at kontrakter skal holdes. Reglene om erstatning for oppfyllelsesinteressen bygger på realdebitors interesse i kontraktens oppfyllelse. Utgangspunktet for erstatningsberegningen ved kjøpers avbestilling eller mislighold er at selger skal stilles økonomisk som om kontrakten var rett oppfylt. Dette bygger på en differansebetragtning, hvor man sammenlikner det faktiske hendelsesforløpet med et hypotetisk hendelsesforløp uten ansvarsgrunnlaget. Omsetningstapet blir da det fortjenestetapet som oppstår dersom en ny kontrakt ikke kan tre i den gamles sted fordi selger kunne oppfylt begge. Det at den samme varen selges to ganger, kommer i veien for selgers mulighet til heller å selge to varer. For softwareutvikleren gir det siste her heller ikke god mening: Verken avbestilling eller mislighold av softwarekjøp har betydning for utviklerens restlagerkapasitet. At en ny kontrakt ikke kan tre i den avbestiltes sted, vil som regel også være tilfellet for større varehus.

Det har vært adskillig uenighet om hvorvidt man bør akseptere omsetningstap som et fortjenestetap. Det finnes flere tungtveiende innvendinger mot en slik løsning.

For det første er det uenighet om selve tapskonstruksjonen, og hvorvidt man overhodet kan snakke om noe egentlig «tap» i tilfeller av redusert omsetningsvolum. For det andre er det uenighet om det i ulike kontraktsforhold er adgang til å tilkjenne slikt tap. Dette skyldes enten ordlyden i lovbestemmelser, eller i uenighet om hvor tungt man skal vektlegge f.eks. hensynet til kjøper – særlig i forbrukerforhold – ved vurderingen av om selger må tåle begrensninger i sitt erstatningskrav. For det tredje er det spørsmål om hvordan omsetningstap lar seg innpasse overfor selgers plikt til tapsbegrensning.

I norsk juridisk litteratur har noen forfattere berørt problemstillingen, og man finner spor av den i rettspraksis. Problemstillingen er behandlet grundig i andre jurisdiksjoner, i teori og praksis i tilknytning til den internasjonale løsørekjøpskonvensjonen (CISG), og teori tilknyttet den europeisk modellovgivningen. Diskusjonen har vart lengst i USA. I USA ble omsetningstapskonstruksjonen introdusert i obligasjonsrettsteorien i løpet av 60-tallet, under merkelappen «lost volume seller». Denne konstruksjonen ble akseptert i rettspraksis løpet av 70-tallet. Det er imidlertid en pågående debatt om hvorvidt denne løsningen kan opprettholdes. I Skandinavia har det også pågått en diskusjon om omsetningstap, men vi finner ikke spor av den samme uenigheten her som i amerikansk rett: I Skandinavia er diskusjonen konsentrert om når slikt tap foreligger, og ikke om hvorvidt omsetningstapet kan aksepteres som erstatningsrettslig vernet. I svensk og dansk obligasjonsrettsteori er problemstillingen behandlet nokså utdypende, og også her er tapskonstruksjonen akseptert i rettspraksis.

Formålet med denne fremstillingen er å gi et bidrag til den norske diskusjonen om erstatning for omsetningstap. Vi skal både se nærmere på selve tapskonstruksjonen, innvendningene mot den, og hvordan og i hvilken utstrekning tapskonstruksjonen kan innpasses i gjeldende norsk kontrakterstatningsrett.

1.2. Avgrensninger

En sentral forutsetning for den videre fremstillingen er at vi står overfor et erstatningsrettslig oppgjør etter avbestilling eller mislighold i kontraktsforhold. Vi forutsetter at vilkårene for erstatningsansvar er innfridd, og går ikke nærmere inn på dem: Enten har kjøper benyttet seg av en lovfestet eller avtalt avbestillingsrett som hjemler avbestilling mot å holde realdebitor skadesløs, eller så har selger hevet grunnet vesentlig mislighold fra kjøper. Uhjemlet avbestilling fra kjøper blir behandlet på lik linje med annet mislighold.

Vi skal videre bare undersøke hvorvidt selger, tjenestetilbyder, entreprenør, konsulent eller andre realdebitorer i kontraktsforhold, gjennom kjøpers avbestilling eller mislighold, blir påført en bestemt type fortjenestetap, og om dette tapet i så tilfelle har erstatningsrettslig vern. Forholdet mellom den erstatningssøkende og hans leverandører, blir ikke berørt. Det blir derfor ikke aktuelt å gå inn på driftsavbruddstap nevnt i kjøpsloven § 67 annet

ledd bokstav a – selv om terminologien i bestemmelsens ordlyd («minsket ... omsetning») minner om terminologien i denne fremstillingen.¹

Det følger av disse avgrensningene at vi heller ikke skal se nærmere på omsetningstapets stilling i deliktserstatningsretten. Grunnen til dette er for det første at rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet for rene formuestap i deliktserstatningsretten er mer omdiskutert enn i kontrakterstatningsretten.² For det andre vil uaktsom skadeforvoldelse som reduserer den næringsdrivendes omsetning som regel være skader som går ut over produksjons- eller omsetningskapasiteten, for eksempel gjennom uaktsom forvoldelse av strømbrudd, uaktsom ødeleggelse av produksjonsmidler, forurensningsskade som medfører at salgslokaler må stenges over noe tid, og lignende. Dette er situasjoner som i realiteten minner mye om den formen for driftsavbruddstap som er nevnt i kjøpsloven § 67 annet ledd bokstav a. Næringsdrivende mister også her muligheten til å oppfylle inngåtte kontrakter, eller kapasiteten til å inngå nye. Når vi i denne fremstillingen skal se nærmere på en bestemt type fortjenestetap som oppstår som følge av kontraktsbrudd, ligger slike situasjoner likevel utenfor undersøkelsesobjektet.

Siden vi skal konsentrere oss om kontraktsforhold, blir det heller ikke nødvendig å trekke opp grensen mellom erstatning i og utenfor kontraktsforhold.³

1.3. Rettskilder. Særlig om bruken av utenlandsk rett

Omsetningstapets stilling i norsk kontrakterstatningsrett er som nevnt gitt lite oppmerksomhet i norsk juridisk litteratur, og ingen autoritative kilder (lov, forarbeider eller høyesterettspraksis) tar stilling til spørsmålet på *generelt* grunnlag. Fortjenestetap nevnes uttrykkelig i flere av de sentrale kontraktlovene og er forutsatt som en aktuell tapspost i de andre. På lovfestet område oppstår spørsmålet om omsetningstapets stilling derfor som en konsekvens av utformingen av lovbestemmelsene.

Høyesterett har tatt stilling til omsetningstapets stilling i forbrukerentrepriseforhold i Rt. 2003 s. 486, og det har kommet til noe underrettspraksis i kjølvannet av denne dommen.⁴ Det er skrevet lite om emnet i norsk juridisk litteratur.⁵

¹ Om fortjenestetapets stilling som direkte tap under kjøpsloven § 67, se Tørum 2005 s. 642 flg.

² Se bl.a. Thorson 2011 s. 35 flg.

³ Om denne grensedragningen, se Skag 2012 s. 377 flg.

⁴ Av underrettspraksis som bygger direkte på Rt. 2003 s. 486 som grunnlag for å tilkjenne erstatningskrav, finnes LB-2008-48411 om montering av ventilasjonsanlegg, LG-2014-191623 om produksjon og levering av betongelementer, LG-2014-106364 om næringsentreprise, og LG-2015-83147 og LA-2005-27497 om forbrukerentreprise.

Omsetningstapet er selvsagt ikke noe særnorsk fenomen. Det finnes litteratur om emnet både i rettsvitenskapelige arbeider og i rettspraksis fra andre jurisdiksjoner, arbeider og praksis knyttet til CISG, og i komparative studier gjort i forbindelse med harmonisering av europeisk kontrakts- og erstatningsrett. Når emnet er så lite behandlet i norsk rett, samtidig som det er nokså omfattende behandlet i utenlandske og internasjonale rettskilder, er det naturlig å trekke inn disse arbeidene. Det er imidlertid verken rom for eller nødvendig med noen generelle fremstillinger av fremmed rett. Jeg skal kort klargjøre premissene for bruken av utenlandsk rett.

Omsetningstapet er fremstilt grundig hos Johnny Herre i svensk rett og Torsten Iversen i dansk rett.⁶ Det er tradisjon for å se til svensk og dansk rett i norske rettsvitenskapelige arbeider, og særlig på erstatningsrettens område har det vært et tett samspill mellom våre lands rettsvitenskap.⁷ Ved uklarhet i norsk kildemateriale, er det derfor naturlig å vende seg til svenske og danske rettskilder – uten at man er bundet av disse. Herres og Iversens arbeider vil derfor ha en sentral plass i denne fremstillingen, først og fremst som inspirasjons- og eksempelmateriale som det kan trekkes veksel på fortløpende.

På grunn av det tette samarbeidet og den nokså parallelle utviklingen av våre tre lands kontrakterstatningsrett, er det imidlertid grunn til å vurdere om svensk og dansk juridisk litteratur bør ha tilsvarende rettskildemessig vekt som norsk juridisk litteratur i den videre fremstillingen. Juridisk litteratur er ingen bindende rettskilde ved løsningen av rettsspørsmål, så en vektlegging på linje med norsk litteratur blir uansett ikke å la svensk eller dansk rett være avgjørende for innholdet i norsk rett. Juridisk litteratur har først og fremst rettskildemessig vekt på grunn av sin argumentasjonsverdi, og argumentasjonsverdien i fremstillingene til Herre og Iversen blir neppe svakere på grunn av at de ikke er norske.⁸ Både Herres og Iversens arbeider blir da også i utstrakt grad vist til i norsk juridisk litteratur om erstatning i kontrakt.⁹ Jeg mener derfor det er forsvarlig å vise til synspunkter i svensk og dansk juridisk litteratur på lik linje med norsk juridisk litteratur i den videre fremstillingen.¹⁰

⁵ Misligholds- og avbestillingserstatning hvor selger kan etterkomme enhver etterspørsel er berørt av Krokeide 1979 s. 205-206. Fortjenestetapserstatning ved avbestilling er også kort nevnt av Krüger 1991 s. 315. Problemstillingen i denne fremstillingen er kort behandlet av Lilleholt 2001 s. 62-63 og Skjefstad 2016 s. 225 flg. Rt. 2003 s. 486 er kommentert av Ustaheim og Borge i LoR nr. 10 2003 s. 596-608. Den ene forfatteren representerte erstatningssøkeren i saken. Flertallets tolkning av bustadoppføringslova § 52 tredje ledd er kritisert i Mestad 2010. Fortjenestetapserstatning generelt er behandlet i Hagstrøm 2011 s. 562-563, der Rt. 2003 s. 486 kort er nevnt med videre henvisninger til skandinavisk litteratur og praksis. For forbrukerkjøp er problemstillingen nevnt av Tverberg 2008 s. 733. For entreprise er problemstillingen nevnt av Martinussen m.fl. s. 645.

⁶ Herre 1999 s. 529 flg. og Iversen 2000 s. 369 flg.

⁷ Se f.eks. Skjefstad 2016 s. 63, som fremholder at det er så naturlig og har en så fast tradisjon å vise til svensk og dansk rett at «noen nærmere begrunnelse nesten ikke er nødvendig». Se også Lilleholt 2012 s. 41-42, Lilleholt 2017 s. 34-35 og Frøseth, Skadelidtes egeneksponering 2013 s. 22.

⁸ Sml. Skjefstad 2016 s. 64.

⁹ Se f.eks. Hagstrøm 2011 s. 559 note 45 og 46 og Skjefstad 2016 s. 264 note 716, 717 og 718.

¹⁰ Sml. Iversen 2000 s. 41 som inntar samme metodiske tilnærming overfor svensk og norsk teori.

I amerikansk litteratur og rettspraksis er omsetningstap gitt adskillig behandling.¹¹ I denne diskusjonen har man fokusert på de samme rettslige problemstillingene som er aktuelle for norsk rett. At løsningen er sånn eller slik i amerikansk rett, er uten betydning for innholdet i norsk rett, men synspunkter fra den langvarige debatten kan bidra med inspirasjon, og perspektiv på vår egen rettsstilstand. I tillegg er særlig Herres fremstilling av svensk rett sterkt inspirert av den amerikanske debatten, og Herres synspunkter på problemstillingen har vunnet innpass også i norsk litteratur.¹²

I de komparative studiene gjort i forbindelse med europeiske harmoniseringsprosjekt på obligasjonsrettsfeltet er problemstillingen også berørt. Study Group on a European Civil Code og Commission on European Contract Law, som har lansert henholdsvis DCFR og PECL (Draft Common Frame of Reference og Principles of European Contract Law) skriver utfyllende om det nærmere innholdet i de ulike europeiske jurisdiksjonenes regulering av kontrakterstatningsansvaret. Heller ikke løsningen i disse arbeidene har betydning for innholdet i norsk rett, men vil bli trukket veksel på der de tilbyr perspektiver og argumenter.¹³

CISG art. 74 hjemler erstatning for tapt fortjeneste ved kjøpers mislighold eller avbestilling. Omsetningstapets stilling under konvensjonen er behandlet både i autoritative kommentarutgaver til konvensjonen og i juridisk litteratur i tilknytning til den.¹⁴ CISG er gjennomført i norsk rett gjennom kjøpsloven § 87, og ettersom lovgiver har gitt identiske regler for nasjonale og internasjonale kjøp, kan materiale knyttet til konvensjonen ha betydning også for tolkningen av bestemmelsene for nasjonale kjøp.¹⁵ Ved reformene av kontraktsretten etter 1988 var kjøpsloven dessuten premissleverandør for annen kontraktlovgivning. Avhendingslova, håndverkertjenesteloven og forbrukerkjøpsloven har både struktur og enkeltregler bygget på kjøpsloven, og disse lovenes forarbeider viser da også til og bygger direkte på kjøpslovens forarbeider på flere punkter. Den løsningen kjøpsloven gir vil således kunne være direkte overførbart til de andre sentrale kontraktlovene, og materiale tilknyttet CISG vil kunne ha betydning også for andre lover enn kjøpsloven.¹⁶

1.4. Oppbygning og opplegget videre

Omsetningstapet reiser en rekke ulikeartede problemstillinger som må løses på bakgrunn av nokså ulike tilnærminger. Problemstillingen har imidlertid to ganske distinkte sider:

¹¹ Om «amerikansk rett» som studie- og sammenligningsobjekt, se Tørum 2007 s. 139 flg. Når jeg i det følgende viser til «amerikansk» rettspraksis og teori, er det hovedsakelig praksis og teori knyttet til Uniform Commercial Code-regelverket.

¹² Se Lilleholt 2001 s. 64 og Skjefstad 2016 s. 226, som begge fremholder at Herres synspunkter er gyldige også for norsk rett.

¹³ For disse arbeidenes innflytelse på norsk rett, se Hagland 2012 s. 48-52 og Thorson 2011 s. 26-28.

¹⁴ Schlechtriem/Schwenzer 2016 art. 75 para. 12 s. 1093-1094 og Schwenzer/Hachem s. 97.

¹⁵ Hagstrøm 2011 s. 51.

¹⁶ Hagstrøm 2011 s. 51. Se HR-2017-515-A avsnitt 28, hvor spørsmål om innholdet i avhl. § 4-14 blir løst med utgangspunkt i kjøpslovens forarbeider.

For det første er det en faktisk side, som dreier seg om selve tapskonstruksjonen. For det andre er det en rettslig side, som dreier seg om omsetningstapets erstatningsrettslige stilling. Jeg holder disse delene ganske skarpt adskilt i den videre fremstillingen, fordi det er avgjørende for å kunne diskutere tapets erstatningsrettslige stilling at vi har klart for oss dets særtrekk. Kapittel 2 handler om det som særkjenner fortjenestetapet som oppstår ved redusert omsetningsvolum. I kapittel 3 skal vi konsentrere oss om omsetningstapets erstatningsrettslige stilling. Kapittel 4 er den avsluttende delen, hvor vi samler trådene. Jeg skal også til sist i kapittel 4 forsøke å trekke opp noen argumenter som kan tale for å avgrense retten til erstatning for tapt omsetningsvolum.

2. Omsetningstapet. Problemstillinger i tilknytning til tapskonstruksjonen

2.1. Opplegget i kapittel 2

Kapittel 2 handler om selve tapskonstruksjonen ved omsetningstap. Spørsmålet er hvordan en selger som får solgt en avbestilt vare på nytt til en ny kunde, likevel kan hevde å være påført et økonomisk tap ved avbestillingen. Tapskonstruksjonen er inngangsporten til hele drøftelsen om erstatning for omsetningstap, og er tema i kap. 2.2. Vi skal deretter kort se på hvordan man kan bruke den alminnelige betingelseslæren til å påvise omsetningstap i kap. 2.3. Det vil fremgå at hvorvidt det foreligger omsetningstap er et faktisk spørsmål, og vi må derfor vurdere hvilke faktiske forhold som må foreligge eller hvilke vilkår som må være oppfylt (bevistema) for at man skal kunne konkludere med at erstatningssøkeren er påført omsetningstap, og hvor sterke bevis man etter forholdene må kreve (beviskrav). Dette er tema i kap. 2.4.

2.2. En analyse av tapskonstruksjonen ved omsetningstap

Jeg har tidligere trukket frem softwareutviklere som et «rent» eksempel på problemstillingen. For en softwareutvikler har en avbestilling ingen betydning for restlagerkapasiteten. Uansett hvor mange salg som kommer etter avbestillingen, kan ingen av disse derfor være en erstatning for det salget som falt bort, og motsatt: Ingen av de etterfølgende salgene er betinget av den ekstra kapasitet som avbestillingen medførte. Konsekvensen er at alle de etterfølgende salgene under enhver omstendighet ville vært gjennomført også uten avbestillingen. Dersom et kontor kjøper en lisens til Microsoft Office-produktpakken til en av sine ansatte, men avbestiller før betaling, vil det samme lisensnummeret som var tenkt til den ansatte, kunne selges til en annen. Det samme gjelder i prinsippet også dersom man kjøper en film eller en låt gjennom iTunes som man ikke har dekning for på betalingskortet.¹⁷ Alle etterfølgende kunder ville uansett kunne kjøpe en lisens, eller den samme filmen eller låten, fordi (lisenser til) ferdigutviklet software kan selges i et uendelig antall. For Microsoft vil situasjonen da være at de har fått solgt ett produkt istedenfor to, eller samlet sett for regnskapsåret 99 999 istedenfor 100 000. At avbestillingen eller betalingsmisligholdet medfører redusert samlet omsetning, er åpenbart. Fortjenestetapet blir da den reduserte inntjening hos selger på grunn av at samlet omsetning har gått ned.

Rt. 2003 s. 486 (Block Watne) er den eneste høyesterettsdommen om omsetningstap, og gjaldt erstatning for fortjenestetap i et forbrukerentrepriseforhold. Flertallet på fire dommere kom til at Block Watne var påført omsetningstap. En forbruker inngikk kontrakt med Block Watne om oppføring av et ferdigtegnet typehus, men avbestilte før det var

¹⁷ Her vil angrerettloven kunne komme en forbrukerkjøper til unnsetning, så eksempelet blir bare trukket frem for å illustrere tapskonstruksjonen.

gjort noe oppføringsarbeid. Block Watne leier inn kontraktsmedhjelpere i takt med ordre-inngangen, og påberopte seg tilsvarende synspunkter som vi har sett gjør seg gjeldende for softwareutviklere, til støtte for at også de hadde blitt påført et omsetningstap ved avbestillingen:

«Selskapet kunne, som en følge av sin fleksible organisasjon, ha levert [den avbestillende forbrukerens] hus i tillegg til de hus selskapet leverte i 1999-2000 og har lidt et fortjenestetap».¹⁸

Dette blir fulgt opp av både først- og annenvoterende, som tilsynelatende er enige i at det for Block Watne var umulig å hente inn igjen fortjenesten fra den avbestilte kontrakten. Førstvoterende for flertallet legger til grunn i avsnitt 29 at «ved utvidet virksomhet uten kapasitetsproblemer, er situasjonen den at det *ikke er mulig* å få tatt igjen fortjenesten» (min uth.). Etter at hun har konkludert med at denne formen fortjenestetap er vernet etter bustadoppføringslova § 52 tredje ledd, uttaler hun i avsnitt 36:

«I kravet om at det må være godtgjort at det ikke var mulig å oppnå en tilsvarende fortjeneste ved oppdrag for andre, ligger en bevisføringsplikt for entreprenøren. Det betyr etter mitt syn at det må føres plausibelt bevis for at selskapet – dersom avbestillingen ikke hadde funnet sted – ville ha gjennomført dette prosjektet i tillegg til de som ble gjennomført. Som lagmannsrettens flertall, mener jeg at dette er tilstrekkelig sannsynliggjort ved de opplysninger selskapet har lagt frem om omsetningsøkning, øking av antall ansatte og muligheter for omdisponeringer i det tidsrom saken gjelder, sammenholdt med salgsapparatet og at selskapet aldri av slo en forespørsel om bygging».

Denne tilnærmingen illustrerer på en god måte at spørsmålet om hvorvidt selger er blitt påført omsetningstap som følge av avbestilling eller mislighold, er et faktisk spørsmål.

Annenvoterende synes å ha en annen tilnærming. Han slår ikke først fast at det faktisk var oppstått et tap, for deretter å vurdere om tapet har vern etter buofl. § 52. Istedenfor går hele hans vurdering ut på om det kan sies å ha oppstått et tap i bustadoppføringslova § 52 sin forstand. Han vurderer hvilke momenter som «trekker i retning av å akseptere at Block Watne har et tap» (avsnitt 44), og fremholder

«Synspunktet om at en bortfalt kontrakt aldri kan erstattes av en ny så lenge det er etterspørselen som begrenser omsetningen, tar utgangspunkt i bedriftens totale kontraktsmasse og hvilken fortjenestemulighet som ligger i den. Bedriftsøkonomisk er det intet å si på dette. Men loven – slik jeg oppfatter den – stiller et restriktivt og også individuelt formet krav i § 52 tredje ledd annet punktum: at bedriften må *godtgjøre* at det *ikke var mulig* å oppnå en tilsvarende fortjeneste ved oppdrag fra andre».¹⁹

Slik gjør han hele tvistepunktet i saken om til et rent rettsanvendelsesspørsmål. Jeg er ikke enig i en slik fremgangsmåte. Det gir en klarere tilnærming dersom man løser spørsmålet om det foreligger et tap først, for så å vurdere om tapet er erstatningsrettslig vernet.

¹⁸ Sml. argumentasjonen slik den er gjengitt i dommens avsnitt 20.

¹⁹ avsnitt 45, original utheving.

Hva gjelder det prinsipielle utgangspunktet, synes annenvoterende imidlertid å være enig i at det faktisk har oppstått et tap. Det fremgår også av sitatet like ovenfor at det etter annenvoterendes syn er lovens ordlyd som hindrer erstatning, ikke at det ikke foreligger noe tap. Måten han ordlegger seg på i avsnitt 44, taler også for en slik forståelse:

«I dagens samfunn styres stadig mer av forbrukermarkedet av forbrukerens etterspørsel og selgenes markedsføringsavdelinger, tilsvarende mindre styres av begrensninger i produksjonsleddet. I store deler av markedet vil altså enhver bortfalt kontrakt være et tap – tapt fortjeneste eller tapt dekningsbidrag. Uansett hvor mange nye kontrakter selgeren inngår, kan – ut fra et slikt syn – ingen av de nye erstatte den ene som falt bort».

Hvorvidt det foreligger et tap, er altså et *faktisk* spørsmål. Dette er også oppfatningen i dansk rett, hvor man har lagt til grunn at omsetningstap «forudsætter en nedgang i den erstatningssøgendes samlede afsætning», og at vurderingen av hvorvidt det foreligger omsetningstap «er blot bevismæssige variationer over dette eneste afgørende kriterium».²⁰ De konkrete bevisspørsmålene skal vi komme tilbake til.

Det som gjør omsetningstapet vanskeligere å håndtere, er at det ikke oppstår noe tap som kan bokføres: Avbestilling eller mislighold i en slik situasjon får i det hele tatt ingen faktiske, direkte konsekvenser. I Block Watne sitt tilfelle oppstod det ingen utgifter uten dekning i ordremassen, fordi alle håndverkerne i det avbestilte prosjektet ble satt inn i andre prosjekter, og det var ingen materialer som måtte kasseres, fordi liknende typehus skulle oppføres annensteds. Tapet som oppstår ved omsetningstap karakteriseres altså ikke av at det er et regnskapsmessig minus, men at det oppstår et bortfall av forventet inntekt. Erstatning for omsetningstap blir derfor i realiteten erstatning for den *forventning om fortjeneste* som den enkelte kontrakten gir realdebitor. Dette er knapt noe nytt: Skillet mellom lidt tap og bortfall av inntekt kjenner vi fra helt tilbake til den romerrettslige sondringen mellom «*damnum emergens*» og «*lucrum cessans*».²¹ Poenget i denne sammenhengen er at når vi snakker om omsetningstap eller fortjenestetap som følge av redusert omsetning, følger det av selve tapskonstruksjonen at selger ikke *taper* penger, men *går glipp av* penger.

Når vi sier at erstatning for omsetningstap i realiteten er erstatning for bortfall av forventet fortjeneste, ligger det i dette at erstatningskravet bygger på at selger er påført en reduksjon i fremtidig inntekt. Dette er nok noe av grunnen til den motstand erstatning for redusert omsetningsvolum møtte hos annenvoterende i Rt. 2003 s. 486, og den motstand som har vært mot denne tapsposten også i juridisk litteratur: Den avbestillende eller misligholdende kjøper må betale uten å motta noe, og erstatningssøkeren oppnår fortjeneste i kontrakten uten å måtte yte noe.²² Om det er rom for at slike hensyn avgrenser erstatningsansvaret, skal vi komme tilbake til i kapittel 3 og 4.

²⁰ Nørager-Nielsen m.fl. 2008 s. 454.

²¹ Hagstrøm 2011 s. 540 og Zimmermann 1990 s. 827

²² Krüger 1991 er inne på dette når han påpeker at (da)gjeldende erstatningsrett legger opp til at erstatningssøkeren oppnår profitt «uten nevneverdig innsats» i volumtapstilfeller, jf. note 13 på s. 315.

2.3. Omsetningstap påvist gjennom betingelselæren

Hvorvidt det foreligger omsetningstap, er som påpekt et faktisk spørsmål. Den faktiske virkningen vi ser etter når vi vurderer om det foreligger et omsetningstap, er hvorvidt erstatningssøkeren på grunn av kjøpers avbestilling eller mislighold går glipp av den forventning om fortjeneste som den bortfalte kontrakten ville gitt.

Det alminnelige utgangspunktet i norsk kontrakterstatningsrett er at skadevolders erstatningsansvar omfatter alt tap som er en påregnelig følge av ansvarsgrunnlaget.²³ Hvorvidt en bestemt tapspost er en følge av ansvarsgrunnlaget avgjøres etter den såkalte betingelselæren, og kravet som må tilfredsstilles formuleres gjerne slik at skaden ikke ville ha oppstått dersom ansvarsgrunnlaget tenkes borte.²⁴ Betingelselæren bygger i den forstand på en differansebetraktning.²⁵ Vi kan si det slik at vi bruker betingelselæren til å isolere det relevante faktum for omsetningstapet: Hva er egentlig differansen mellom den faktiske situasjonen og den hypotetiske situasjonen uten ansvarsgrunnlaget i omsetningstapstilfeller?

I omsetningstapstilfeller blir den avbestilte varen faktisk solgt på nytt. Differansen ligger *ikke* mellom utgiftene ved å ta inn den aktuelle varen, og utsalgsprisen – utgiftene får erstatningssøkeren dekket inn gjennom det påfølgende salget. Igjen blir da forholdet mellom den avbestilte kontrakten og erstatningssøkerens samlede kontraktsmasse: Når den avbestilte varen faktisk blir solgt på nytt, er det reduksjonen i antallet omsatte varer som er den faktiske differansen. Uten avbestillingen ville erstatningssøkeren hatt et salg mer enn han faktisk har oppnådd. Differansen blir da at selger blir stående uten den forventede inntekt fra det bortfalte salget, og den erstatningsansvarlige må da dekke det bortfalte salgets økonomiske effekt hos selger.²⁶

På denne måten kan vi gjennom differansebetraktninger sammenstille et reelt og et tenkt hendelsesforløp for å påvise det at faktiske avviket mellom disse utgjør omsetningstapet. Vi kan i denne sammenheng merke oss at utmålingen kan involvere andre kriterier enn rene årsaksbetraktninger, og disse kriteriene kan variere fra tapspost til tapspost.²⁷ Spørsmålet blir da hvilke faktiske forhold som må foreligge for at selger kan hevde å være påført et omsetningstap, eller, hva han må bevise for å få medhold i et slikt krav.

²³ Jf. kjøpsloven § 67 første ledd, avhendingslova § 7-1 første ledd, husleieloven § 2-14 første ledd, håndverkertjenesteloven § 40 annet ledd jf. § 44, bustadoppføringsloven § 52 tredje ledd jf. §§ 57 og 58 og forbrukerkjøpsloven § 52.

²⁴ Skjefstad 2016 s. 83.

²⁵ Lødrup 2009 s. 329 og Skjefstad 2016 s. 83.

²⁶ Sml. Lilleholt 2001 s. 63 og Skjefstad 2016 s. 85.

²⁷ Hagstrøm 2011 s. 537-538 og Skjefstad 2016 s. 86 og s. 87-96.

2.4. Bevistema og beviskrav for omsetningstap

2.4.1. Bevistema

Både den norske, svenske, danske og amerikanske litteraturen om omsetningstap har drøftet hvilke vilkår som må være oppfylte for at selger kan vinne frem med et krav om erstatning for omsetningstap.²⁸ Forfatterne drøfter innholdet i de sentrale *bevistema* for omsetningstapet.

I erstatningssaker kan man vanligvis skille mellom et sett med bevistema for tapsvilkåret og et annet for årsaksvilkåret. Dette skillet lar seg ikke trekke like klart opp for omsetningstapene, fordi de ulike bevistemaene relaterer seg til både tapsvilkåret og årsaksvilkåret på en mer sammensatt måte. Kort sagt blir spørsmålet om selger er påført et tap, spørsmålet om forholdet til tapsbegrensningsplikten, og spørsmålet om årsakssammenheng mellom tapet og ansvargrunnlaget, langt på vei avgjort av de samme bevistemaene.²⁹

Førstvoterende i Rt. 2003 s. 486 oppstiller som vilkår for erstatning for omsetningstap at «det må føres plausibelt bevis for at selskapet – dersom avbestillingen ikke hadde funnet sted – ville ha gjennomført dette prosjektet i tillegg til de som ble gjennomført».³⁰ Hun skiller ikke mellom tapsvilkåret og årsaksvilkåret. Selv om hun uttaler seg om bustadoppføringslova § 52 tredje ledd, fanger hun i formuleringen opp de sentrale elementene i den gjeldende løsningen for det såkalte «*lost volume seller*»-spørsmålet i amerikansk rett. Her har problemstillingen vært diskutert med utgangspunkt i analysen lansert av Robert Harris i 1962.³¹ Vurderingen i amerikansk rett går stort sett ut på hvorvidt Harris' tre vilkår er oppfylt: 1) Om kjøperen av den avbestilte varen ville ha henvendt seg til selger selv om varen ikke var avbestilt, 2) om kjøperen av den avbestilte varen hadde inngått kontrakten med selger, og 3) om selger kunne oppfylt den andre kontrakten selv om den første ikke ble avbestilt.³²

Det sentrale i Harris' vilkår slik disse blir anvendt i amerikansk rettspraksis, og som fanges opp av førstvoterende i Rt. 2003 s. 486, er forholdet mellom selgers etterspørsel og kapasitet: Selgeren må bevise at han ville hatt kapasitet til å oppfylle alle etterfølgende kontrakter i tillegg til den som ble avbestilt. For dansk rett er det fremholdt at det ikke bare er nødvendig for å bevise omsetningstap, men også tilstrekkelig, at selgers kapasitet overstiger etterspørselen.³³

²⁸ Se for norsk rett Krokeide 1979 s. 205-206, Selvig 1997 s. 126, Lilleholt 2001 s. 63-64, Hagstrøm 2011 s. 562 og Skjefstad 2016 s. 225-227; for svensk rett Herre 1996 s. 531; for dansk rett Iversen 2000 s. 373 og Nørager-Nielsen m.fl. 2008 s. 454; for amerikansk rett Harris 1962 s. 599 flg. og Breen 1996 s. 794.

²⁹ Skjefstad 2016 s. 86. Se også Thorson 2011 s. 274.

³⁰ Avsnitt 36.

³¹ Harris 1962 s. 599 flg., Breen 1996 s. 781 note 4.

³² Harris 1962 s. 599 flg. og Breen 1996 s. 794.

³³ Iversen 2000 s. 379, Nørager-Nielsen m.fl. 2008 s. 454.

Et bevistema som ligger implisitt i vurderingen av omsetningstapet i Rt. 2003 s. 486, knytter seg til etterspørselen. Dommen ble avsagt over tre år etter avbestillingen, og spørsmålet blir da hvorvidt man kunne håndtert ett ekstra oppdrag i tillegg til de man faktisk håndterte. Dette var også argumentasjonen til Block Watne: De bygget 951 hus i 1999 og 1180 hus i 2000, og poenget deres var ganske enkelt at de uten problemer kunne bygget det huset som ble avbestilt i tillegg.³⁴ I en slik tilbakeskuende vurdering er det selgers kapasitet som er avgjørende, og man kan da forholde seg til det bevistemaet førstvoterende formulerte: Det må føres bevis for at erstatningssøkeren kunne gjennomført det avbestilte prosjektet i tillegg til de prosjektene som faktisk ble gjennomført. For entreprenører og andre tjenesteytere i samme posisjon som Block Watne, som utvider driften gjennom innleie av kontraktsmedhjelpere, går vurderingen da stort sett ut på tilgjengeligheten av slike kontraktsmedhjelpere.

Selgeren kan imidlertid tenkes å fremme erstatningskravet nokså umiddelbart etter avbestillingen. Selger må i slike tilfeller basere kravet sitt ikke bare på vurderinger av kapasitet, men også prognoser om forventet ordreinnngang.³⁵ Her skal man imidlertid merke seg at dersom selger *ikke* har etterspørsel på den avbestilte varen, kan han i alle tilfeller ikke gjennomføre noen dekningsstransaksjon. Erstatningskravet vil da ikke bare omfatte fortjenestetapet, men også andre utgifter.

Det å basere et erstatningskrav på en slik prognose eller hypotese om fremtidig omsetning, har vært grunnlaget for en innvending mot hele «*lost volume seller*»-læren i amerikansk juridisk litteratur, nemlig at det å pålegge den avbestillende part erstatningsansvar på grunnlag av selgers forventede kontraktsmasse i realiteten er å gi selger erstatningsrettslig vern for sine forventninger til markedet på den avbestillende kjøpers bekostning.³⁶ En slik synsmåte fremstår etter min oppfatning ikke som spesielt treffende: Selger gis ikke erstatningsrettslig vern av sine forventninger til markedet, men for sin forventning om fortjeneste i en allerede inngått kontrakt. Dette ser også ut til å være synet til førstvoterende i Rt. 2003 s. 486 når hun fremholder at «[f]ortjenestetapet må fastsettes i forhold til den enkelte kontrakt. Det er tapet som avbestillingen av den konkrete ytelsen har medført, som kan kreves erstattet».³⁷ Dessuten ville man ved å avskjære erstatning i tilfeller hvor man må basere seg på hypoteser om fremtidig utvikling, risikere å holde nyetablerte bedrifter utenfor det erstatningsrettslige vernet de ellers ville hatt i kraft av sin lagerkapasitet. I den grad innvendingen er gyldig, ser den altså ikke ut til å ha betydning for gjeldende norsk rett. Dette skal vi komme tilbake til i kap. 3.3.2.

I slike tilfeller, hvor erstatningskravet bygger på hypoteser om fremtidig kundemasse, må man derfor supplere med et bevistema som retter seg mot erstatningssøkerens etterspørsel. Dette kan bygge på det bevistemaet Lilleholt har formulert: Erstatningssøkeren

³⁴ Tallene er hentet fra lagmannsrettens avgjørelse, se LB-2001-2006. Block Watnes argumentasjon er gjengitt i Rt. 2003 s. 486 avsnitt 20.

³⁵ Sml. Ogas 2010 s. 142-143.

³⁶ Breen 1996 s. 824-827.

³⁷ Rt. 2003 s. 486 avsnitt 37.

må «vise at han [hadde eller] kunne skaffa fleire [ytelser], og at han ville ha hatt kjøparar til dei».³⁸ I denne vurderingen vil eventuell ventetid for nye kunder kunne tale for at kapasiteten ikke overstiger etterspørselen: En leveringstid som ikke er begrunnet med praktiske forhold som ekspedisjonstid, transporttid eller lagerstørrelse, må antas å skyldes at etterspørselen overstiger tilbudet. Dette må imidlertid vurderes konkret fra sak til sak, og endrer ikke bevistemaet.

Som fremholdt av Iversen, er det interessante tidspunktet for denne vurderingen, tidspunktet for avbestillingen eller misligholdet: Hvis selgeren på dette tidspunktet hadde etterspørsel, og kapasitet som oversteg etterspørselen, var han i stand til å oppfylle kontrakten med den avbestillende eller misligholdende kjøperen i tillegg til alle andre kontrakter han kunne oppnådd.³⁹

De bevistema vi så langt har sett på – selgers kapasitet og etterspørsel – er i utgangspunktet dekkende for å bevise at erstatningssøkeren er påført et omsetningstap. Ved å bevise forventet etterspørsel og at kapasiteten overstiger denne, vil bevistemaene holde fra hverandre situasjoner hvor selger ikke får solgt varen på nytt, situasjoner hvor han får det men det er en dekningstransaksjon, og situasjoner hvor det etterfølgende salget ikke er en dekningstransaksjon. Kjernen i tapskonstruksjonen det er tale om å bevise, er at selger har gått glipp av forventet inntekt i en inngått kontrakt. Det er kapasiteten hos selger som gjør at etterfølgende salg ikke kommer istedenfor det avbestilte, og det er derfor kapasiteten som gjør at avbestillingen medfører en reduksjon i samlet fortjeneste.⁴⁰

Herre fremholder at det bør oppstilles til sammen fem vilkår for omsetningstap.⁴¹ Han legger en ganske streng kausalbetragtning til grunn, og formålet hans er tilsynelatende å avskjære erstatning i alle tilfeller hvor avbestillingen er en nødvendig betingelse for selgers påfølgende salg. I utgangspunktet er det lett å være enig med en slik synsmåte, men den kan bli for snever, og den er ikke fullt ut dekkende for norsk rett.⁴²

Herres første vilkår, som går ut på at selgeren også uten avbestillingen ville ha forsøkt å selge en tilsvarende vare, bør ses på som en grunnleggende forutsetning for hele omsetningstapsproblemstillingen.⁴³ Man kan gjerne også kalle det et eget bevistema. Det vil imidlertid ikke volde tvil i noen relevant sammenheng. Jeg er derfor enig med Iversen når han fremholder at dette vilkåret ikke er av noen særlig interesse, fordi vi uansett begrenser fokuset vårt til «de tilfælde, hvor avancetab kommer på tale i praksis».⁴⁴

Herre fremholder videre som forutsetninger for omsetningstap at selgeren i den hypotetiske situasjonen uten avbestillingen ville ha forsøkt å selge varen til nøyaktig den kunden

³⁸ Lilleholt 2001 s. 64.

³⁹ Iversen 2000 s. 388.

⁴⁰ Både Krokeide 1979 s. 205-206, Selvig 1997 s. 126, Lilleholt 2001 s. 64, Hagstrøm 2011 s. 562 og Skjefstad 2016 s. 225 bygger også på at forholdet mellom etterspørsel og kapasitet er avgjørende.

⁴¹ Herre 1996 s. 531.

⁴² Lilleholt 2001 s. 64 og Skjefstad 2016 s. 226 fremholder at Herres synspunkter er gyldige også for norsk rett, men som vist i det følgende, kan dette ikke uten videre være riktig.

⁴³ Herre 1996 s. 531.

⁴⁴ Iversen 2000 s. 376.

som faktisk kjøpte varen, og at dette forsøket ville ha vært fremgangsrikt (vilkår 2 og 3).⁴⁵ Det andre vilkåret avskjærer erstatning der selger grunnet avbestillingen søker ut på nye markeder. Herre fremholder at dersom avbestillingen presser selger ut på markeder han ellers ikke ville hatt salg i, bør han ikke ha krav på erstatning for omsetningstap. Det tredje vilkåret avskjærer erstatning på grunn av en psykologisk kausalbetraktning: Dersom den andre kjøperen var ute etter nøyaktig den avbestilte varen, vil det etterfølgende salget være et dekningsalg fordi det ikke ville funnet sted uten avbestillingen.

Det andre vilkåret er i realiteten en avgrensning av erstatning i tilfeller hvor erstatningssøkeren *overoppfyller sin tapsbegrensningsplikt*. Dette skal vi komme tilbake til i kap. 3.4.2.

Herres annet og det tredje vilkår bør avvises av retts tekniske og bevismessige hensyn. Både i kravet om at selger uten avbestillingen ville forsøkt å selge varen til den kjøperen som faktisk endte opp med å kjøpe den, og i kravet om at den etterfølgende kjøper også uten avbestillingen ville kjøpt varen, ligger det store bevismessige vanskeligheter for erstatningssøkeren. Dette vil i realiteten medføre at skadevolder oppnår «en ganske ufortjent ansvarsimmunitet».⁴⁶ Den misligholdende kjøperen bør derfor ikke kunne fritas for ansvar på grunnlag av slike rent hypotetiske innvendinger.⁴⁷

Herres fjerde vilkår tilsvarer de bevis tema vi tidligere har oppstilt: At selgeren hadde mulighet til å oppfylle den andre kontrakten i tillegg til den første.⁴⁸

Herres femte vilkår avskjærer erstatning der oppfyllelsen av den andre kontrakten «reducerade den nye köparens förmåga eller vilja att köpa likedana varor av säljaren».⁴⁹ Formålet er å avskjære erstatning der den andre kjøperen vil kjøpe alt selgeren har tilgjengelig av den aktuelle varen.⁵⁰ I slike tilfeller vil imidlertid etterspørselen overstige kapasiteten, og det blir ikke aktuelt med noe omsetningstap. Dette er altså ikke nødvendig å ha med som et selvstendig bevis tema.⁵¹

Diskusjonen i så vel den utenlandske som den norske litteraturen viser at det er flere sentrale forhold som må fanges opp dersom man skal fastsette bevis tema som er bestemmende for når erstatningssøkeren skal vinne fram med en påstand om omsetningstap. Det første som er viktig å trekke frem, er påpekt av Skjefstad: Selve *skaden*, som også lar seg påvise faktisk ved rene formuestap, er at selgeren gjennom avbestillingen eller misligholdet taper muligheten til å selge en annen tilsvarende vare til kjøper nummer to.⁵² Det andre er at den faktiske virkningen av skaden er at selgeren ender opp med å selge den samme

⁴⁵ Herre 1996 s. 534.

⁴⁶ Simonsen 1997 s. 832. Se også s. 363. Han skriver om prekontraktuelt ansvar og erstatningsansvar i anbudskonkurranser, men synspunktene hans på dette punkt er av vesentlig betydning også for vår problemstilling.

⁴⁷ Slik også Iversen 2000 s. 376 og 384-386.

⁴⁸ Herre 1996 s. 536.

⁴⁹ Herre 1996 s. 531.

⁵⁰ Herre 1996 s. 537.

⁵¹ Slik også Iversen 2000 s. 378-379.

⁵² Skjefstad 2016 s. 225.

varen to ganger, heller enn to varer. Det tredje er at disse faktiske forholdene må påvises gjennom differansebetraktninger på en slik måte at man kan konkludere med at differansen mellom det faktiske hendelsesforløpet og det hypotetiske hendelsesforløpet uten skaden er at butikken ville hatt to (eller 100 000) salg uten misligholdet, men bare har ett (eller 99 999) salg med misligholdet.

Det som gjør problemstillingen vanskelig å håndtere er, som Lilleholt er inne på, at selgeren krever erstatning for tapt fortjeneste samtidig som han får solgt den avbestilte varen til en etterfølgende kunde. Dette gjør at vi – kanskje intuitivt – har vanskelig for å legge til grunn at kontrakt nummer to *ikke* kommer istedenfor den avbestilte kontrakten. Den alminnelige fremgangsmåten med prinsipal erstatning for prisdifferanse ved dekningsstraksjon, og tapsbegrensningsplikten som pålegger erstatningssøkeren en plikt til å innenfor rimelighetens grenser gjennomføre en slik transaksjon, tilsier at det etterfølgende salget skal ses i sammenheng med det første. Bevistemaene må derfor også bidra til å få frem at de etterfølgende kontraktene *ikke* kan ses i sammenheng med den avbestilte eller misligholdte kontrakten. Dette er ulike rettsforhold uten noen tilknytning ut over at det er samme realdebitor.

Jeg mener at den mest presise måten å angripe problemet på blir beskrevet av Skjefstad og Lilleholt, som langt på vei er på linje med det jeg har fremholdt i kap. 2.4.2:⁵³ Hvis en selger som faktisk *får* solgt varen på nytt skal tilkjennes fortjenestetapserstatning på lik linje med en selger som *ikke får* solgt varen på nytt, må han vise at han hadde eller kunne skaffe flere varer, at han ville hatt kunder til varene, og at han på grunn av avbestillingen eller misligholdet må oppfylle et etterfølgende salg med varen som var ment for den avbestillende eller misligholdende kjøperen. Dersom han kan påvise dette, er den faktiske virkningen at selger ender opp med å selge den samme varen to ganger heller enn to varer, og han har derfor gått glipp av et salg. Selger må bevise at han hadde etterspørsel, og at kapasiteten hans oversteg etterspørselen på tidspunktet for avbestillingen eller misligholdet. Dette er hver for seg nødvendige og til sammen tilstrekkelige bevisetema for omsetningstapet.

2.4.2. Beviskrav

Som utgangspunkt skal retten legge til grunn for sin vurdering det faktum som den finner mest sannsynlig ut fra bevisførselen.⁵⁴ Det er ingen dommer fra Høyesterett som uttrykkelig gir anvisning på et annet beviskrav i kontrakterstatningsretten. I Rt. 2001 s. 1288 (PE-AB) er det imidlertid uttalelser som kan tale for at det er stilt mildere krav til bevis for det tap erstatningssøkeren har lidt i kontrakterstatningssaker. Høyesterett uttaler i dommen at det «ikke har vært stilt særlig strenge krav til bevis for det tap anbyderen har lidt», og at dersom det er grunnlag for erstatning for positiv kontraktsinteresse, vil domstolene «i stor utstrekning måtte basere erstatningsutmålingen på rent skjønnsmessige betraktninger».⁵⁵

⁵³ Lilleholt 2001 s. 64 og Skjefstad 2015 s. 225-226.

⁵⁴ Jf. Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II) s. 70 og Skoghøy 2017 s. 911 flg.

⁵⁵ PEAB-dommen s. 1301.

Spørsmålet er om uttalelsene også medfører at det gjelder et mindre strengt beviskrav for tapsvilkåret i saker om erstatning for omsetningstap.

Dommen er hentet fra anbudsretten. Dette medfører at den ikke uten videre kan eller bør tillegges vekt i den alminnelige kontrakterstatningsretten. Den gjelder dessuten prekontraktuelt ansvar, mens vi drøfter ansvar i kontrakt. Samtidig har de rettslige spørsmålene som berøres i dommene, betydelige likhetstrekk med de rettslige spørsmålene vi behandler.⁵⁶

PEAB-dommen gjaldt et tilfelle hvor det var bevist at erstatningssøkeren var påført et tap, men det var uklart hvor stort tapet var. Skjønnsmessig utmåling i slike tilfeller har støtte i rettspraksis.⁵⁷

Høyesterett er inne på problemstillingen i Rt. 2003 s. 486. Lagmannsretten hadde i sin avgjørelse i saken også bygget på en skjønnsmessig erstatningsutmåling, med henvisning til PEAB-dommen.⁵⁸ Jeg forstår førstvoterende i Rt. 2003 s. 486 slik at denne fremgangsmåten ikke uten videre er anvendbar for omsetningstap. Hun uttaler at det er «tapet som avbestillingen av den konkrete ytelsen har medført, som kan kreves erstattet», og at tapet «kan være større eller mindre enn gjennomsnittlig fortjeneste i virksomheten».⁵⁹

Lagmannsretten i Block Watne-saken beregnet fortjenestetapet skjønnsmessig til kr 300 000. Lagmannsretten fant det bevist at Block Watne på landsbasis i 1999 hadde 29,9 % fortjeneste av kontraktssummen, og 24,4 % i 2000. I Asker og Bærum, hvor den aktuelle forbrukeren bodde, hadde Block Watne 35,5 % fortjeneste i 2000. Forventet fortjeneste i den konkrete kontrakten var omkring 34-35 % av kontraktssummen. Block Watne krevde imidlertid bare erstatning tilsvarende 22 % av kontraktssummen. Fratrukket merverdiavgift og kostnad for arbeider forbrukeren ikke hadde bundet seg til, var beregningsgrunnlaget for erstatningen kr. 1 682 228. 22 % av dette utgjør om lag kr 370 000.

Når lagmannsretten etter en så vidt nøyaktig vurdering av hvilke faktiske forhold som måtte legges til grunn for tapsfastsettelsen, likevel utmåler erstatningen skjønnsmessig til kr. 300 000, er det grunn til å reise spørsmål ved om tapet ble beregnet korrekt. Erstatningssummen ligger langt under beregnet fortjeneste for den konkrete kontrakten, og også i underkant av Block Watnes eget krav – som var antatt å være svært rimelig.⁶⁰ Når førstvoterende i Rt. 2003 s. 486 bemerker i avsnitt 37 at det iallfall ikke var «grunnlag for å anta at fortjenestetapet ved avbestillingen i dette tilfellet er *lavere* enn det som lagmannsretten har fastsatt» (min uth.), bør det leses som en anmerkning heller enn en tilslutning. Høyesteretts uttrykkelige henvisning til det konkrete tapet i den enkelte kontrakt, må også forstås slik at det er erstatningssøkerens oppgave å bevise dette tapet, og at han må bevise

⁵⁶ Sml. Schwenger/Hachem 2008 s. 97-98, som fremholder at «[c]losely connected to the question of loss of profit is the question of loss of a chance», og at «[t]he only difference between the "loss of chance" and the traditional "loss of profit" is the level of certainty with which it can be proven».

⁵⁷ Sml. Rt. 1982 s. 394 og Rt. 1968 s. 1242, og Hagstrøm 2011 s. 557.

⁵⁸ Se LB-2001-2006.

⁵⁹ Block Watne-dommen avsnitt 37.

⁶⁰ Iversen har også inntatt det standpunkt for dansk rettspraksis at domstolene kutter ubegrunnet i erstatningssøkerens krav i omsetningstapssaker, se Iversen 2000 s. 427-437, særlig s. 431.

det slik at tapet er overveiende sannsynlig. Det kan derfor ikke gjøres unntak fra overvektsprinsippet i mildere retning hva gjelder bevis for lidt tap på grunnlag av PEAB-dommen.

En slik forståelse av førstvoterende i Block Watne-saken, er ukontroversiell. Et tilsvarende eksempel fra USA er en mye omtalt avgjørelse fra ankedomstolen i Washington, *Copymate Marketing Ltd. v. Modern Merchandising*.⁶¹ Copymate var et grossistsfirma som kjøpte inn og videresolgte kopimaskiner. Modern og Copymate inngikk avtale om kjøp av 3 000 kopimaskiner til en verdi av \$165 000. Av dette var forventet fortjeneste \$ 65 720. Copymate tok kontakt med en leverandør for å kjøpe inn de 3 000 kopimaskinene som skulle videreselges til Modern, men før det ble gjort noen avtale om kjøp i leverandørledet, avbestilte Modern. Her tilkjente ankedomstolen erstatning for hele den forventede fortjeneste uten videre.

Etter dette må det legges til grunn at retten skal bygge på det faktum som den finner mest sannsynlig ut fra bevisførselen. Dette innebærer at erstatningssøkeren må sannsynliggjøre tapet han påberoper seg.

⁶¹ 34 Wash.App. 300, 660 P 2.d 332 (1983)

3. Omsetningstapets erstatningsrettslige stilling

3.1. Opplegget i kapittel 3

Kapittel 3 handler om i hvilken grad gjeldende rett hjemler erstatning for omsetningstap. Vi skal først se kort på omsetningstapets stilling sett i lys av kontrakterstatningsrettens utgangspunkt om positiv kontraktsinteresse (3.2). Deretter skal vi se på noen generelle innvendinger mot å akseptere omsetningstapet som et tap overhodet (3.3). Til sist skal vi vurdere hvordan omsetningstapet stiller seg sett i lys av reglene om tapsbegrensningsplikt (3.4).

3.2. Omsetningstap og oppfyllelsesinteressen

Reglene i kontrakterstatningsretten bygger på prinsippet om at avtaler skal holdes. Erstatningsreglene har – iallfall langt på vei – som formål å skap oppfyllelsespress for partene.⁶² Når det foreligger en bindende avtale, kan denne enten oppfylles etter sitt innhold eller ved fastholdelse av den økonomiske realitet.⁶³ Erstatningssøkeren skal stilles økonomisk som om kontrakten var korrekt oppfylt, og utgangspunktet i kontraktlovgivningen er derfor at den erstatningssøkende kan kreve full erstatning for tap som står i faktisk årsaksammenheng med misligholdet.⁶⁴ Det er klart forutsatt i lovgivningen at også fortjenestetapet inngår i erstatningen. Dette er utgangspunktet også i de europeiske modellovene, og både PECL art. 9:502 og DCFR III. -3:702 slår fast at erstatningen skal stilles økonomisk som om kontrakten «had been duly performed». Reguleringen er tilsvarende i CISG art. 74. Høyesterett har i Rt. 2003 s. 486 slått fast at omsetningstap er vernet etter bustadoppføringslova § 52 tredje ledd, og omsetningstap er også uttrykkelig forutsatt som en vernet tapspost i forarbeidene til forbrukerkjøpsloven § 52.⁶⁵ Omsetningstap er vernet også etter modellovgivningen, og det er «unanimously held» at CISG art. 74 hjemler erstatning for omsetningstap.⁶⁶

Det er imidlertid tilsvarende utbredt enighet om at man ikke kan slutte fra noe overordnet prinsipp om full erstatning, hvilke poster som skal inngå i oppgjøret. Hagstrøm fremholder at «[d]en komplekse virkeligheten erstatningsutmålingen skal reflektere, lar seg ikke (lenger) sammenfatte meningsfylt i noen enkle setninger som dogmene om full erstatning».⁶⁷ Også Skjefstad fremholder at «hva som tilfredsstillende målet om full erstatning,

⁶² Hagstrøm 2011 s. 466.

⁶³ Hagstrøm 2011 s. 538 og Skjefstad 2016 s. 79.

⁶⁴ Jf. f.eks. kjøpsloven § 67, avhendingslova § 7-1, håndverkertjenesteloven § 44 jf. § 40, bustadoppføringslova § 57 jf. § 52, forbrukerkjøpsloven § 52.

⁶⁵ NOU 1993:27 s. 151.

⁶⁶ For CISG, se Schwenzer/Hachem 2008 s. 97, Schlechtriem/Schwenzer art. 75 para. 12 (s. 1093). For DCFR, se Ogus 2010 s. 143.

⁶⁷ Hagstrøm 2011 s. 537.

er et normativt spørsmål, der svaret kan variere»,⁶⁸ og at det er «summen av enkeltpostene [som skal] anses som full erstatning».⁶⁹ Det følger av dette at omsetningstapet ikke uten videre verken kan eller bør anses vernet basert på et synspunkt om full erstatning: Også denne tapsposten må underkastes en slik normativ vurdering.

3.3. Normative innvendinger mot omsetningstapet

3.3.1. Innledning

I den norske og skandinaviske litteraturen om omsetningstapet er det først og fremst utmålingen som er drøftet særskilt, men man har i liten grad problematisert hvorvidt omsetningstapet er erstatningsrettslig vernet. I den amerikanske litteraturen om «*lost volume seller*» er det derimot fremsatt flere innvendinger mot å akseptere omsetningstapet som et erstatningsmessig tap.⁷⁰ Innvendingene går dels ut på å forkaste selve tapskonstruksjonen, dels på å nekte erstatning av hensyn til tapsbegrensningsplikten, og dels på å nekte erstatning fordi det vil medføre dobbel dekning. Tapsbegrensningsplikten skal vi se på i kapittel 3.4. I det følgende holder vi oss til innvendingene som retter seg mot selve tapskonstruksjonen. Her er det satt frem to vesentlige innvendinger.

3.3.2. Vern av forventninger til markedet

Innvendingen vi skal se på her er kort sagt slik: Selger har vern for sin oppfyllelsesinteresse i kraft av den inngåtte kontrakten. Selgers forventninger om fremtidige tilsvarende kontrakter, er nettopp forventninger. På tidspunktet for den første kontrakten har han altså *ikke* noen beskyttet interesse i det andre salget siden det andre salget enda ikke er kontraktsfestet. Ved å tilkjenne erstatning for omsetningstap, gis selger erstatningsrettslig vern for sine forventninger om den fremtidige utviklingen i driften, eller, sagt på en annen måte, påfølgende kontraktsforhold gis «tilbakevirkende» betydning for det første kontraktsforholdet.⁷¹

Denne måten å vurdere forholdet mellom selgers kontrakter på, minner sterkt om kritikerne av omsetningstapet sitt syn på tapsbegrensningsplikten. Dette har vi kort nevnt i kapittel 2.4.1, og vi skal også komme tilbake til det i kapittel 3.4. Selv om det er en fare for overlapp, vil jeg likevel allerede nå påpeke at en slik synsmåte som her er fremsatt, stemmer dårlig med måten vi ser dette på i norsk rett. Ved fortjenestetap er det vanlig å vurdere hvorvidt etterfølgende salg kan eller bør medføre at en avbestillende eller misligholdende kjøper får sitt erstatningsansvar redusert: Spørsmålet er ikke om selger får erstatningsrettslig vern for sine forventninger til markedet, men om det andre salget bør medføre en reduksjon av den avbestillende eller misligholdende kjøpers erstatningsansvar

⁶⁸ Skjefstad 2016 s. 80.

⁶⁹ Skjefstad 2016 s. 97.

⁷⁰ En sentral kritikk av «*lost volume seller*»-læren er formulert av Breen 1996, med videre henvisninger til andre kritikker.

⁷¹ Breen 1996 s. 823.

for det første salget. Konklusjonen må etter mitt syn være at oppfyllelsesinteressen i det andre salget ikke kan brukes til å redusere oppfyllelsesinteressen i det første salget: Dette er to ulike rettsforhold, som nyter erstatningsrettslig vern uavhengig av hverandre.

3.3.3. Dobbel dekning

Dersom realkreditor i løpet av leveringstiden oppdager at han likevel ikke trenger det han har bestilt, eller at han ikke er betalingsdyktig, følger det av omsetningstapsregelen at det er en dårlig løsning å avbestille: Dersom selger skal stilles økonomisk som om kontrakten var korrekt oppfylt også ved avbestilling, ender man, slik som forbrukeren i Block Watne-saken, opp med å måtte dekke hele selgers forventede fortjeneste. Vi forutsetter at selger oppfyller kravene for å kunne bli påført omsetningstap.

En løsning kunne da være å *selge oppfyllelseskravet mot selger*. Slike kontraktsposisjoner er også formuesgoder, som i utgangspunktet fritt kan overdras til en annen kjøper med mindre partene har avtalt noe annet. I så fall vil selger få oppfylt kontrakten gjennom den nye realkreditor.

Her følger det nær sagt av en fra det mer til det mindre-betraktning at den angrende kjøper ikke blir ansvarlig for det tapet som da oppstår hos selger: Det er i adskillig utstrekning rettmessig å påføre næringsdrivende formuestap, f.eks. gjennom å etablere konkurrerende virksomheter. Nye virksomheter blir ikke idømt erstatningsansvar for omsetningstap hos sine konkurrenter som følge av at de overtar markedsandeler.⁷² Dersom man etter et kjøp oppdager at man ikke har bruk for eller kan betale for tingen, blir man derfor heller ikke erstatningsansvarlig når man videreselger tingen til en som ellers ville henvendt seg til selger for å kjøpe tilsvarende ting. Det må derfor opplagt også være slik at en angrende kjøper kan selge videre *kravet på varen* uten å bli erstatningsansvarlig for omsetningstap hos selger.⁷³ Vilkårene om tap og årsakssammenheng er i et slikt tilfelle oppfylt, men det vil ikke foreligge ansvarsgrunnlag dersom kontraktsposisjonen er lovlig overdratt. Problemstillingen er nok mest praktisk for salg av generiske massevarer.

Spørsmålet blir så om man i tilfeller hvor kjøper kunne videresolgt varen eller kravet på varen i selgers marked, ved å gi selger erstatning for omsetningstap vil stille selgeren i en *bedre* økonomisk situasjon enn oppfyllelse ville gjort: Dersom kontrakten ble oppfylt ville kjøper solgt varen videre i selgers marked, og selger ville hatt ett salg. Ved erstatning for omsetningstap oppnår selger to fortjenester: En fortjeneste i den avbestilte kontrakten, og en i den etterfølgende.

Dette er antakelig en av de mest velbegrunnede innvendingene mot å tilkjenne erstatning for omsetningstap. Den er så vidt jeg kan se ikke berørt i den norske eller nordiske litteraturen.

Motargumentet trenger rett nok ikke være så vanskelig: Uten ansvarsgrunnlag blir det ingen erstatning, selv om de andre vilkårene for erstatning er oppfylt. Det kan imidlertid

⁷² Hagstrøm/Stenvik 2015 s. 121. Se også Stavang 2004 s. 244-245.

⁷³ Slik også Lilleholt 2017 s. 560.

være grunn til å vurdere om erstatning for omsetningstapet likevel kan tenkes å gi dobbel dekning i slike tilfeller.

Å tilkjenne erstatning lar seg etter mitt syn begrunne i hensynet til formålet bak kontrakterstatningsreglene. Utgangspunktet er at avtaler skal holdes, og kontrakterstatningsretten har som uttalt formål å skape oppfyllellespress.⁷⁴ Reglene om erstatning ved kontraktbrudd, og det oppfyllellespress man gjennom disse reglene ønsker å legge på partene, skal være effektiviserende for de pliktene som følger av den enkelte kontrakt. Det at skadevolderen lovlig kunne forårsaket omsetningstap på annen måte kan da ikke brukes som argument for ikke å anvende erstatningsreglene i et tilfelle hvor tapet er påført gjennom brudd på kontraktsfestede normer. Formålet med kontrakterstatningsretten tilsier altså med tyngde at utgangspunktet er – og bør være – at en misligholdende kjøper blir erstatningsansvarlig for tap hos selger *selv om* det samme tapet også kunne vært påført selgeren rettmessig.

I tillegg til dette kommer at det er vanlig lære at et kontrakterstatningskrav kan ses på som en betinget fordring allerede fra avtaleinngåelsen.⁷⁵ Dersom kjøper avbestiller eller misligholder sin betalingsplikt, blir selgers krav på betaling omgjort til et krav om erstatning. Det er ingen gode grunner for at kjøper skal gis ensidig adgang til å avlyse sin egen betalingsforpliktelse bare fordi forpliktelsen bytter fortegn fra betalingsforpliktelse til erstatningsforpliktelse.

Selv om vi på denne måten kan hevde å ha løst det rettslige problemet, blir den grunnleggende logiske motsetningen som innvendingen representerer, ikke løst av slike betraktninger. Dersom kjøper motvillig oppfylder kontrakten, og like etter selger gjenstanden videre i selgers marked, vil selger gå glipp av et salg. Det samme gjelder dersom kjøper videreselger oppfyllelleskravet til en kunde som ellers ville henvendt seg til selger. Spørsmålet blir da om erstatning for omsetningstap økonomisk sett stiller erstatningssøkeren bedre enn oppfyllelse ville gjort: Ved erstatning for omsetningstap oppnår selgeren fortjeneste på både det avbestilte og det etterfølgende salget, mens der kjøper oppfylder kontrakten ved å overta gjenstanden mot betaling og deretter selger gjenstanden, eller selger kravet på gjenstanden før levering, oppnår selger bare fortjeneste på det ene salget som faktisk finner sted.

Dette lar seg etter mitt syn forklare på en tilfredsstillende måte. Når selger inngår en kontrakt, oppstår en rettslig vernet interesse i kontraktens oppfyllelse. Der kunden oppdager at han er betalingsudyktig eller ikke vil ha varen eller tjenesten, og klarer å selge videre kravet på levering, får selger nettopp oppfylt kontrakten. Det blir derfor også kunstig å se det slik at selger blir stilt økonomisk sett bedre der han får erstatning enn der kjøper videreselger kravet: Dersom selgeren *selv* inngår en kontrakt også med kunde nummer to, har han to selvstendig vernede interesser. Dersom kjøper videreselger kravet sitt, har selger foreløpig én vernet interesse. I begge tilfellene blir selger stilt i samme situasjon som oppfyllelse ville gjort.

⁷⁴ Hagstrøm 2011 s. 466 og HR-2017-515-A avsnitt 60 (annenvoterende).

⁷⁵ Hagstrøm 2011 s. 467.

3.4. Tapsbegrensningsplikten

3.4.1. Utgangspunktet: Omsetningstapet kan ikke dekkes inn gjennom rimelige tiltak

Det er vanlig lære at erstatningssøkeren med rimelige tiltak skal begrense sitt tap.⁷⁶ Det som gjør omsetningstapet intuitivt vanskelig å håndtere uten påvirkning av tapsbegrensningsplikten, er at det sentrale kjennemerket ved en erstatningsreducerende dekningsstraksjon også kjennemerker det etterfølgende salget hos selger med større kapasitet enn etterspørsel: Den avbestilte varen blir faktisk solgt på nytt.

En britisk domstol avgjorde i 1913 et krav om erstatning for omsetningstap. Saken gjaldt tilvirkning og salg av maskiner. Kjøper avbestilte, og selger tilpasset maskinene for å oppfylle en annen kontrakt. Selger krevde erstatning for omsetningstap. Kjøper anførte at all den tid selger fikk videresolgt varen var han ikke påført noe tap ved avbestillingen. Dommeren uttalte om denne anførselen:

«The fallacy of that is in supposing that the second customer was a substituted customer, that, had all gone well, the makers would not have had both customers, both orders and both profits.»⁷⁷

Dommeren fastslår at det er en «*fallacy*» – en feilslutning – å se det etterfølgende salget som et deknings salg. Både annen utenlandsk praksis og nå også norsk praksis har etter hvert lagt seg på den samme linjen. I Rt. 2003 s. 486 legger førstvoterende til grunn at «det ikke er mulig å få tatt igjen fortjenesten» (avsnitt 29), og annenvoterende tar også utgangspunkt i at «[u]ansett hvor mange nye kontrakter selgeren inngår, kan ... ingen av de nye erstatte den ene som falt bort» (avsnitt 44). Selger har ingen mulighet til å begrense omsetningstapet. Dette blir særlig tydelig dersom vi ser tilbake til konklusjonene fra kapittel 2: Erstatning for omsetningstap er erstatning for forventet fortjeneste i den enkelte kontrakt. Gjennom avbestillingen eller misligholdet mister selger muligheten til å selge en annen tilsvarende vare til kjøper nummer to, og ender opp med å selge den samme varen to ganger heller enn to varer. Han går da glipp av et salg med tilhørende fortjeneste, og har derfor hatt et fortjenestetap. På grunn av selgers etterspørsel og kapasitet, vil ingen etterfølgende kontrakter komme i den avbestiltes sted.

Det blir kanskje en smakssak om man som annenvoterende i Rt. 2003 s. 486 vil si at selgere med større kapasitet enn etterspørsel er unntatt fra tapsbegrensningsplikten, eller om man vil si at tapsbegrensningsplikten ikke kommer til anvendelse i utgangspunktet. Etter mitt syn er den siste synsmåten den korrekte. Det er opplagt en forutsetning for tapsbegrensningsplikten at tapet lar seg avgrense: Til det umulige er ingen forpliktet. I norsk kontraktlovgivning må dette sies å følge forutsetningsvis. I modellovgivningen fremgår det klarere: Etter tapsbegrensningsreglene i både PECL art. 9:504 (1) og DCFR III. -3:705

⁷⁶ Se kjøpsloven § 70, avhendingslova § 7-2, husleieloven § 5-8 jf. § 2-14 fjerde ledd, forbrukerkjøpsloven § 54, håndverkertjenesteloven § 44, jf. § 40 jf. § 30 annet ledd, bustadoppføringslova § 58, jf. § 52 jf. § 36. Se også Lilleholt 2017 s. 365 og Hagstrøm 2011 s. 580.

⁷⁷ Vic Mills Ltd. (1913) 1. Ch. 465, s. 472-474.

(1) er det en forutsetning for avkortning at erstatningssøkeren «*could have reduced the loss*». Tapsbegrensningsplikten i CISG art. 77 er på linje med norsk kontraktlovgivning i den forstand at det ikke uttrykkelig er fastslått at avkortning forutsetter at tapet *kan* avgrenses. Det er likevel lagt til grunn hos Schlechtriem og Schwenger at for omsetningstapene er det «*doubtful whether one can even speak of substitute transactions*». ⁷⁸

Det kan likevel tenkes tilfeller hvor selger *kan* hente inn igjen fortjenesten han gikk glipp av i den avbestilte kontrakten. Utgangspunktet om at tapet er umulig å hente inn igjen, blir kanskje i overkant retorisk. Selger kan, som Herre viser til, tenkes å søke ut på nye markeder for å hente nye kunder. Spørsmålet blir da om selger har rett til erstatning for omsetningstapet også i tilfeller hvor han gjennom etterfølgende salg på nye markeder opprettholder omsetningsvolumet.

3.4.2. Overoppfyllelse av tapsbegrensningsplikten ved salg på nye markeder

Selger har som utgangspunkt rett på erstatning for omsetningstap dersom kapasiteten overstiger etterspørselen på det relevante markedet. ⁷⁹ En vanlig virksomhetsutvidelse på nye relevante markeder vil i prinsippet ikke dekke inn igjen omsetningstapet, fordi selger i kraft av sin kapasitet vil kunne oppfylle enhver ny kontrakt etter utvidelsen i tillegg til den som har falt bort. Salg på relevante markeder vil derfor i utgangspunktet ikke medføre noen tapsbegrensning. Likevel kan det tenkes tilfeller hvor selger etter avbestillingen eller misligholdet beveger seg ut på nye markeder utelukkende for å opprettholde omsetningsvolumet. Dette vil som regel måtte anses som en overoppfyllelse av tapsbegrensningsplikten. ⁸⁰ Spørsmålet blir så om det bør ha betydning for den avbestillende eller misligholdende kjøpers erstatningsansvar ved at selger overoppfyller tapsbegrensningsplikten ved å oppsøke nye markeder for å opprettholde omsetningsvolumet.

Det er flere måter å angripe problemstillingen på. På den ene siden kan man spørre om erstatningssøkeren bør få erstattet et tap han faktisk har unngått, selv om det er unngått gjennom egeninnsats han ikke var forpliktet til. For DCFR er det lagt til grunn at erstatningssøkeren bare får erstattet det tapet han faktisk har lidt, jf. art. III. -3:705. ⁸¹ Erstatning i slike tilfeller stemmer dårlig med tapsvilkåret i den alminnelige erstatningsretten. På den andre siden kan man spørre om den erstatningsansvarlige bør profitere på skadelidtes egeninnsats ut over det han var forpliktet til. Dette stemmer dårlig med kontrakterstatningsrettens formål om å skape oppfylleelsespress, og fremstår dessuten ikke uten videre som rimelig.

Det finnes ingen nyere høyesterettspraksis som tar stilling til spørsmålet. Men Høyesterett tok stilling til problemstillingen i Rt. 1902 s. 811, som gjaldt erstatning etter mislighold. En restauratør hevet en femårskontrakt om leie av lokaler til restaurantdrift og startet

⁷⁸ Schlechtriem/Schwenger 2016 art. 75 para. 12 (s. 1093). Dette er også lagt til grunn av CISG Advisory Council, se CISG-AC Opinion No. 8 Gotanda pkt. 3.4.

⁷⁹ Iversen 2000 s. 376.

⁸⁰ «Overoppfyllelse»-terminologien er hentet fra Skjefstad 2016 s. 351 flg.

⁸¹ von Bar/Clive, s. 937.

restaurant annensteds istedenfor. Det var utleiers mislighold som gjorde at restauratøren så seg nødt til å heve, og restauratøren krevde erstatning. Utleieren anførte at restauratøren ikke hadde lidt noe tap, idet han faktisk hadde startet restaurant annensteds og hatt inntjening der. Utleieren fikk ikke medhold i at inntjeningen skulle gå til fradrag i erstatningssummen. Hovedargumentet til Høyesterett var at inntekten fra den etablerte restaurantdriften var et resultat av flere forhold «af hvilke ialfald mange staar i et saa fjernt Forhold til det kontraktsmæssige Forhold og det Kontraktsbrudd, hvorfor erstatning skal gives, at de ikke kan settes i ligefrem forbindelse med dette».⁸²

Det samme gjelder for tilfeller hvor erstatningssøkeren oppsøker nye markeder for å opprettholde omsetningsvolumet. Rett nok er avbestillingen en nødvendig betingelse for at selger oppsøker det nye markedet. Men også i slike tilfeller vil inntekten være et resultat av erstatningssøkerens egeninnsats, og ikke av avbestillingen. Dette taler for at også ved omsetningstap, vil overoppfyllelse av tapsbegrensningsplikten ikke medføre at den innvunne fortjeneste går til fradrag i erstatningssummen.

I tillegg til dette finnes to andre sentrale argumenter. Ett blir trukket frem av Høyesterett i Rt. 1902 s. 811. Fradrag for etterfølgende egeninnsats vil gi den erstatningsansvarlige fordelene ved en innsats som erstatningssøkeren måtte bære kostnadene ved om den gikk galt: «[H]vis [saksøker] ikke Havde havt nogen Gevinst af sin Virksomhed ..., men ved denne i det Hele Havde lidt Tab, saa kunde dette Tab ikke overføres paa og kræves erstattet af [saksøkte]».⁸³ Dette er et tungtveiende synspunkt for vårt spørsmål.⁸⁴ Det andre argumentet er at erstatningssøkeren kunne lent seg tilbake og ikke ytt noen ekstrainnsats, og hatt krav på erstatning for omsetningstapet uten videre. Det er da vanskelig å se gode reelle grunner for at ekstrainnsatsen skal medføre en lettelse i en misligholdende kjøpers erstatningsansvar. Tvert imot taler samfunnsøkonomiske hensyn for at rettsreglene bør oppfordre til slik egeninnsats, og at den derfor bør komme erstatningssøkeren til gode heller enn den erstatningsansvarlige.

For norsk rett fremholder Lilleholt at det overskytende her ikke går til fradrag.⁸⁵ Etter en analyse av rettspraksis konkluderer også Skjefstad med at «fordeler innvunnet ved egeninnsats, dyktighet og risikovilje bare går til fradrag så langt dette kan begrunnes i tapsbegrensningsplikten».⁸⁶ Han fremholder videre at det heller ikke bør kunne gjøres fradrag for slike tilfeller.⁸⁷ Dette er også rettstilstanden i dansk rett.⁸⁸

⁸² Dommens s. 813.

⁸³ Dommens s. 813.

⁸⁴ Skjefstad 2016 s. 364-365.

⁸⁵ Lilleholt 2017 s. 363.

⁸⁶ Skjefstad 2016 s. 362.

⁸⁷ Skjefstad 2016 s. 363-366.

⁸⁸ Iversen 2000 s. 377 og Nørager-Nielsen m.fl. 2008 s. 456.

3.4.3. Tapsbegrensningsplikten i forbrukertjenestekontrakter

Så langt har vi kunnet konstatere at omsetningstapet ikke lar seg avgrense gjennom rimelige tiltak. Dette må også være utgangspunktet for vurderingen etter de ulike kontraktlovene, slik at erstatningssøkerens krav ikke kan avkortes med hjemmel i tapsbegrensningspliktreglene der. Det vi skal se nærmere på nå, er tolkningen av bustadoppføringslova § 52 tredje ledd annen setning og håndverkertjenesteloven § 40 annet ledd, og hvordan disse bestemmelsene stiller seg til omsetningstapet. Disse bestemmelsene har nemlig en særegen ordlyd.

Først skal vi imidlertid se kort til amerikansk rett. Uniform Commercial Code (U.C.C.) er et overstatlig utarbeidet harmoniseringsregelverk vedtatt av langt de fleste delstatene, som regulerer hele den sentrale obligasjonsretten. U.C.C. § 2-708 regulerer erstatningsberegningen for selgers erstatningskrav mot avbestillende eller misligholdende kjøper (*non-acceptance or repudiation*). Etter U.C.C. § 2-708 første ledd har erstatningssøker prinsipielt krav på erstatning for prisforskjell. Dersom erstatning for prisforskjell er «*inadequate to put the seller in as good a position as performance would have done*», har erstatningssøker krav på erstatning for fortjenestetap etter annet ledd. En stor del av den amerikanske diskusjonen rundt omsetningstapet har sitt utspring i bestemmelsens annet ledd siste setning, som uttrykkelig tilgodeser avbestillende eller misligholdende kjøper med «*due credit for ... proceeds of resale*». Her er det uttrykkelig fastslått at avbestillende eller misligholdende kjøper skal tilgodeses med fortjenesten selger oppnår gjennom videresalget. Når man likevel har ment at omsetningstap er et fortjenestetap, har man i amerikansk litteratur og rettspraksis ment at de riktige resultatene oppnås dersom man ser bort fra ordlyden på dette punkt.⁸⁹

Grunnen til at jeg trekker dette frem, er at både bustadoppføringslova § 52 tredje ledd og håndverkertjenesteloven § 40 annet ledd kan leses på samme måte: Det er en tilsvarende motsetning mellom retten til fortjenestetapserstatning ved omsetningstap, og kravet om at entreprenør eller håndverker må bevise at det «ikke var mulig å oppnå en tilsvarende fortjeneste ved oppdrag fra andre». Ordene «tilsvarende fortjeneste» viser klart til den fortjenesten som skulle oppnås ved gjennomføring av den konkrete kontrakten. I omsetningstapstilfeller, hvor tjenesteyter utvider driften i takt med ordreinngangen, bygger hele selgers krav nettopp på at han i kraft av sin kapasitet kunne, og gjerne også faktisk har, oppnådd en tilsvarende fortjeneste gjennom etterfølgende oppdrag.

Bustadoppføringslova § 52 tredje ledd bygger på håndverkertjenesteloven § 40 annet ledd.⁹⁰ Forbrukertjenestelovutvalgets forslag til avbestillingsregler i håndverkertjenesteloven var at tjenesteyter skulle ha krav på erstatning for bare negativ kontraktsinteresse. Grunnen var at erstatning for oppfyllelsesinteressen ville «langt på vei gjøre avbestillingsretten illusorisk, og den er heller ikke nødvendig for å beskytte næringsdrivende mot

⁸⁹ Om begrunnelsen for denne løsningen, se Breen 1996 s. 806 flg. og Matthews 1997 s. 1204 flg. med videre henvisninger.

⁹⁰ Ot.prp.nr.21 (1996-1997) s. 80.

overdreven bruk av avbestillingsrett».⁹¹ Departementet var ikke enig i denne løsningen, og foreslo at tjenesteyter skulle ha krav på erstatning for oppfyllelsesinteressen.⁹² Formålet med reguleringen av avbestillingsansvaret i begge reglene, er altså å stille tjenesteyter økonomisk som om kontrakten ble oppfylt. Men formålet med den særskilte begrensningen i fortjenestetapserstatningen som ligger i kravet om å godtgjøre at det ikke var mulig å dekke inn tilsvarende fortjeneste gjennom oppdrag fra andre, var å hindre at erstatningssøkeren uten videre skulle fremme krav om erstatning for fortjenestetap: «Tjenesteytere som vil kreve dekket inntektstap, må da samtidig gi en plausibel forklaring på at de ikke har kunnet dekke seg inn med annet arbeid».⁹³

Mestad har anført at mindretallet i Rt. 2003 s. 486 kom til korrekt konklusjon etter bustadoppføringslova § 52 tredje ledd.⁹⁴ Han mener at slik bestemmelsen er utformet, blir det utelukkende «tale om å kunne bevise at ei "tilsvarende fortjeneste", altså den fortjenesta ein ville hatt på den avbestilte kontrakten, ikkje er "mogleg å oppnå"».⁹⁵ Han mener at det ligger utenfor *bevistema* i bestemmelsen at det kunne bli tale om dobbel fortjeneste på grunn av tjenesteyters fleksible organisasjonsform, og fremholder at «fleirtalet i Block Watne-dommen [har] gått for langt i ei retning som vi kan kalle rettslogisk på grunn av ønsket om samheng mellom avbestillingsreglar og andre reglar om skadebot ved kontraktsbrot».⁹⁶

Dette minner om Knophs velkjente riddere som måtte «late sitt liv, fordi rustningens ugjennemtregelighet var vunnet på bevegelighetens bekostning»:⁹⁷ Ut fra rent juridiske betraktninger er det lite å utsette på flertallets resultat fordi erstatning for oppfyllelsesinteressen er hovedregelen ved erstatning etter kontraktbrudd, men for forbrukeren vil Høyesteretts tolkning medføre at avbestillingsretten blir for dyr til å benytte seg av og en løsning som vil kunne oppleves urimelig. Block Watne-dommen og underrettspraksis i kjølvannet av den viser iallfall at departementet ikke skjønnte rekkevidden av sitt eget forslag når de la til grunn at utmåling etter den negative eller positive kontraktsinteressen ville gå ut på ett i forbrukertjenesteforhold. Departementet fremholdt at «det [må] antas at forskjellen mellom de to utmålingsprinsipper ikke blir stor i praksis».⁹⁸ Jeg er ikke sikker på om forbrukeren i Block Watne-dommen er enig med dette. Forskjellen medførte at han måtte betale kr. 300 000 i fortjenestetapserstatning. Forbrukerentrepriselovutvalget gikk også inn for en løsning med erstatning for oppfyllelsesinteressen ved avbestilling, men her er det iallfall anerkjent at løsningen «kan bli økonomisk øydeleggjende for forbrukeren».⁹⁹

⁹¹ NOU 1979:42 s. 93.

⁹² Ot.prp.nr.29 (1988-1989) s. 60 og s. 100.

⁹³ Ot.prp.nr.29 (1988-1989) s. 61.

⁹⁴ Mestad 2010 s. 340 flg.

⁹⁵ Mestad 2010 s. 344.

⁹⁶ Mestad 2010 s. 345.

⁹⁷ Knoph 1923 s. 21.

⁹⁸ Ot.prp.nr.29 (1988-1989) s. 60.

⁹⁹ NOU 1992:9 s. 49.

Etter mitt syn har Mestad rett i at ordlyden i håndverkertjenesteloven § 40 annet ledd og bustadoppføringslova § 52 tredje ledd ikke åpner for fortjenestetapserstatning ved redusert omsetningsvolum. Tjenesteyter vil på grunn av sin kapasitet oppnå en «tilsvarende fortjeneste» som den avbestilte kontrakten skulle gi. Likevel må Rt. 2003 s. 486 forstås som et tungtveiende prejudikat for at bestemmelsene skal tolkes slik at tjenesteyter har krav på fortjenestetapserstatning også for omsetningstap. Dette var også intensjonen til lovgiver. Det er slik sett betenkelig at lovgiver har vedtatt en lov som, iallfall ut fra ordlyden isolert sett, gir den motsatte løsningen av den de ønsket for omsetningstapstilfellene. Men tilsvarende som U.C.C. § 2-708 annet ledd, må forbrukertjenestelovene anvendes i strid med ordlyden på dette punkt.

3.4.4. Plikt til å kontrahere på nytt med avbestillende eller misligholdende kjøper?

Situasjonene vi fokuserer på, går i korthet ut på at en kjøper angrer på kjøpet, eller av andre grunner enten avbestiller eller misligholder en kontrakt han har med selger. Selger kan så omsette den samme varen eller tjenesten på nytt, og samtidig kreve erstatning for tapt fortjeneste hos den første kjøperen. Spørsmålet vi skal se nærmere på her, er om kjøperen, etter han får et erstatningskrav rettet mot seg, kan henvende seg på nytt til erstatningssøkeren og kreve å få inngå den samme avtalen på nytt i medhold av selgers tapsbegrensningsplikt.

Slik reglene om tapsbegrensningsplikten er utformet, blir spørsmålet om det er et rimelig tiltak å vente av selger at han inngår en ny kontrakt med en kunde som har avbestilt eller misligholdt tidligere. Dette vil i praksis være den eneste måten erstatningssøkeren kan opprettholde omsetningsvolumet uten å oppsøke nye markeder.

Etter min oppfatning er det en forskjell på situasjoner hvor kjøperen benytter seg av en lovfestet avbestillingsrett, og tilfeller hvor han misligholder. Det kan knapt kalles illojalt å benytte en lovfestet avbestillingsrett, og selger kan da etter mitt syn ikke holde det mot kjøper at han avbestilte. Selger bør da heller ikke kunne nekte å inngå en ny kontrakt med den samme kunden, og det kan vanskelig kalles urimelig å kreve en ny avtale. Alternativet blir å gi erstatningssøkeren rett til å holde den ansvarlige uten mulighet til å rette opp sin egen feil i et tilfelle hvor den ansvarlige har benyttet en lovfestet eller avtalt rett til avbestilling. Dessuten vil det i forbrukerforhold fort kunne oppleves som en felle at man som forbruker, ved å benytte seg av en lovfestet avbestillingsrett, ikke får noen mulighet til å trekke tilbake avbestillingen når et erstatningskrav blir meldt. Dette fremstår ikke som en god løsning i hjemlede avbestillingstilfeller.

Der kjøperen har misligholdt, blir situasjonen en annen, og problemstillingen blir vanskeligere. Vi fokuserer på tilfeller hvor selger hever og krever erstatning, og forutsetningen er da at kjøper har gjort seg skyldig i vesentlig kontraktbrudd. Vesentlighetskravet går ut på å vurdere om misligholdet er av en slik art og et slikt omfang at det gir erstatningssøkeren rimelig grunn for å si seg løst fra avtalen.¹⁰⁰ Når slik grunn først foreligger, kan det

¹⁰⁰ Rt. 1998 s. 1510 på s. 1518, Rt. 2010 s. 710 avsnitt 43 og Hagstrøm 2011 s. 428 flg.

raskt virke urimelig å pålegge erstatningssøkeren å på nytt inngå en avtale med den samme, misligholdende kjøperen som han allerede har rimelig grunn til å fri seg fra. Dette var også synet til Høyesterett i Rt. 1917 s. 305. Gode grunner taler altså for å følge Hagstrøm når han legger til grunn at «det er meget hardt i medhold av tapsbegrensningsplikten» å pålegge erstatningssøkeren en rekontraheringsplikt med en vesentlig misligholdende medkontrahent, og at det derfor ikke er et rimelig tiltak å vente av ham.¹⁰¹ Hagstrøm ser imidlertid ut til å uttale seg om erstatningssøkerens eventuelle plikt til å *oppsøke* den misligholdende kunden. Dette er en annen situasjon enn der han får *tilbud* om ny kontrakt.

Iversen tar utgangspunkt i at det ikke er noen alminnelig plikt til rekontrahering, men at hvor mild eller streng tapsbegrensningsplikten bør være på dette punkt varierer med skyldgraden hos misligholderen.¹⁰² Dette er på linje med skillet anført ovenfor mellom avbestillings- og hevingssituasjonene. På dette punkt er det imidlertid ikke enighet i Norden. Herre antar for sin del at de beste grunner taler for en slik plikt på generelt grunnlag.¹⁰³

Løsningen fremstår som usikker. Men det synes å kunne være et utgangspunkt for norsk retts vedkommende at realdebitor i medhold av tapsbegrensningsplikten har plikt til å akseptere et rekontraheringsforslag fra realkreditor i avbestillingstilfellene, men ikke i hevingstilfellene.

¹⁰¹ Hagstrøm 2011 s. 583.

¹⁰² Iversen 2000 s. 705-709.

¹⁰³ Herre 1996 s. 582 flg.

4. Avslutning

4.1. Foreløpig sammenfatning og noen konklusjoner

Formålet med denne fremstillingen har vært å gi et bidrag til den norske diskusjonen om erstatning for omsetningstap. I stedet for å ta utgangspunkt i «dogmene om full erstatning og skadelidtes tapsbegrensningsplikt»¹⁰⁴ har vi tatt stilling til «en rekke enkeltspørsmål».¹⁰⁵ Konklusjonen for hvert enkeltspørsmål har hatt betydning for omsetningstapets erstatningsrettslige stilling:

Omsetningstapet karakteriseres av at kjøpers avbestilling eller mislighold gjør at selger går glipp av fortjeneste.¹⁰⁶ Dette fortjenestetapet hører under oppfyllelsesinteressen hos selger, og er i utgangspunktet erstatningsrettslig vernet.¹⁰⁷ Vi har sett at å tilkjenne selger erstatning for omsetningstapet ikke er å gi selger dobbel dekning.¹⁰⁸ Det følger også med nødvendighet av selve tapskonstruksjonen at fortjenestetapet ikke kan avgrenses gjennom etterfølgende salg – disse ville funnet sted uansett.¹⁰⁹ Samlet sett er konklusjonen så langt at omsetningstapet er erstatningsrettslig vernet etter gjeldende norsk kontrakterstatningsrett.

Samtidig har vi sett at omsetningstapet ikke er uproblematisk. Ordlyden i håndverker-tjenesteloven § 40 annet ledd og bustadoppføringslova § 52 tredje ledd stenger i utgangspunktet for erstatning for omsetningstap innenfor sine virkeområder. På et mer generelt plan er det – iallfall intuitivt – problematisk å akseptere at selger kan kreve erstatning for tapt fortjeneste samtidig som han kan videreselge den avbestilte eller misligholdte ytelsen til en ny kjøper. Det er heller ikke uten videre grunn til å gi selger erstatning for et tap som kjøperen kunne påført ham lovlig. Sistnevnte problemstilling er etter min mening en tungtveiende innvending mot omsetningstapet, men den kan nok ikke avgjørende tale mot å tilkjenne erstatning for omsetningstap.

Resten av avslutningen går med til å forfølge omsetningstapets problematiske sider. Vi skal imidlertid løfte blikket, bort fra mye av den teori og praksis som gjelder omsetningstapet særskilt. Formålet er å undersøke om det kan tenkes andre grenser for det erstatningsrettslige vernet for omsetningstapet enn dem vi allerede har sett på.

¹⁰⁴ Hagstrøm 2011 s. 537.

¹⁰⁵ Skjefstad 2016 s. 96.

¹⁰⁶ Kapittel 2.2 og 2.3.

¹⁰⁷ Kapittel 3.2.

¹⁰⁸ Kapittel 3.3.

¹⁰⁹ Kapittel 3.4.

4.2. Grenser for erstatningsvernet?

4.2.1. Opplegget i resten av kapitlet

I den følgende delen skal vi undersøke om det kan finnes noen argumenter som kan tale for begrensninger for erstatningssøkerens krav på erstatning for omsetningstap. Denne undersøkelsen starter i motbakke: Vi har sett i kapittel 2 og 3 at omsetningstapet i utgangspunktet er erstatningsrettslig vernet som en del av realdebitors oppfyllelsesinteresse.

Det følgende kapitlet skal først og fremst belyse argumenter som kan tale mot å anse omsetningstapet som erstatningsrettslig vernet. Først skal vi se på det som etter min mening er en manglende sammenheng mellom de grunnleggende hensyn som er bærende for erstatningsreglene, og å anerkjenne omsetningstapet som erstatningsrettslig vernet – en problemstilling jeg har kalt «omsetningstapets koherensproblem». (4.2.2). Deretter skal vi se nærmere på enkelte argumentasjonslinjer som kan tale for å avskjære erstatning for omsetningstap (4.2.3).

Denne fremstillingsmåten gjør at vi nå beveger oss fra det relativt sikre, og over i det relativt usikre. Jeg vil derfor ikke gå lengre enn å vise noen argumenter som kan tale for å avgrense retten til erstatning for omsetningstap.

4.2.2. Omsetningstapets koherensproblem

Herres strenge kausalbetraktninger, som i praksis avskjærer erstatning for omsetningstap i en rekke praktiske tilfeller, og annenvoterendes syn på forholdet mellom omsetningstapet og tapsbegrensningsplikten i Block Watne-dommen, viser etter min mening at erstatning for omsetningstap ikke uten videre oppfattes som rimelig. Også Hov og Høgberg ser ut til å ha en skeptisk holdning til erstatning for det de kaller «fremtidig tapt fortjeneste», idet de fremholder at slikt tap «ofte ligger utenfor tap som anses påregnelig og rimelig å erstatte». ¹¹⁰ En tilsvarende skeptisk holdning finnes også i amerikansk rett. En forklaring på den skeptiske holdningen kan være at det er en spenning mellom erstatning for omsetningstapet og det vi kan kalle for erstatningsrettens *idéfundament*¹¹¹ – omsetningstapet medfører et koherensproblem.¹¹²

Reglene om erstatning i kontrakt bidrar til at partene i et kontraktsforhold kan stole på og basere sine disposisjoner på kontraktens økonomiske realitet. Når man erstatter realdebitors bortfalte inntekt, oppfyller man i realiteten kontrakten for ham, der erstatningen blir et surrogat for riktig oppfyllelse.¹¹³ Realdebitors innsats ifølge kontrakten er det han må erlegge for å ha krav på betaling, men for realdebitor vil sjelden selve ytelsen være formålet med kontrakten: Det er fortjenesten som er formålet.

Man kan derfor kanskje si at det etter gjeldende rett ligger i selve *gyldighetsbegrepet* at en kontakt anses som gyldig dersom debitor er forpliktet til å oppfylle den etter sitt inn-

¹¹⁰ Hov/Høgberg 2016 s. 276.

¹¹¹ Sml. Hagland 2012 s. 53-59.

¹¹² Sml. Frøseth, Materiell koherens 2013 s. 143 flg.

¹¹³ Sml. surrogat-terminologien hos Skjefstad 2016 s. 79, Hagstrøm 2011 s. 538 og Nordtveit 2017 s. 220.

hold eller ved å erstatte kreditors økonomiske interesse i oppfyllelsen.¹¹⁴ Sett på denne måten, innebærer erstatning for omsetningstap at kontrakten oppfylles for selger, samtidig som kjøper ved oppfyllelsen bare blir pålagt utgifter og ikke selv oppnår noe ved kontrakten. Krüger er inne på dette når han påpeker at erstatning for omsetningstap legger opp til at erstatningssøkeren oppnår profitt «uten nevneverdig innsats».¹¹⁵ Prinsippet om ytelse mot ytelse har i utgangspunktet liten betydning i erstatningsretten. Men det får likevel en viss påvirkning at erstatning for oppfyllelsesinteressen i realiteten er en oppfyllelse av kontrakten for realdebitor; en oppfyllelse han oppnår uten selv å yte noen ting. Realdebitor fritas også for oppfyllelsesrisikoen han ellers ville hatt, noe som kan være en fordel særlig i langvarige tjenesteforhold.

Når man har hentet oppfyllelsesinteressen inn i kontrakterstatningsretten, og sier at man erstatter realdebitors økonomiske interesse i kontrakten, ligger det erstatningsrettslige draget nettopp i *interessebegrepet*.¹¹⁶ Interessebegrepet får i større grad enn skadebegrepet frem at det ikke bare er umiddelbar negativ innvirkning på fysiske goder som er erstatningsrettslig vernet.¹¹⁷ Ved å anerkjenne realdebitors forventning om fortjeneste som en rettslig vernet interesse, har man koblet denne forventningen opp mot erstatningsretten, og sagt at dersom kjøper berøver realdebitor for denne forventningen, kan forventningen kreves erstattet. Rettslig sett dreier det seg her derfor om hvordan man skal forstå og anvende *skadebegrepet* i kontrakterstatningsretten. Den motstand som finnes spor av i teori og praksis, særlig den pågående diskusjonen i amerikansk teori, viser at det her er rom for uenighet.

En svakhet ved å betegne bortfall av forventet inntekt som et spørsmål om *erstatning*, er etter min oppfatning at man har beveget seg bort fra det erstatningsrettslige «fundamentet», som er den korrektive eller gjenopprettende rettferdighet.¹¹⁸ Ikke bare obligasjonsretten bygger på prinsippet om ytelse mot ytelse: Også erstatningsretten bygger på grunntanker som minner om et slikt prinsipp. Den grunnleggende rettferdstanken om gjenoppretting av en skade har også en kjerne av (ufrivillig) utveksling av ytelser, ved at skadelidte først blir påført en skade som frarøver ham et formuesgode, og at skadevolder deretter må tilbakeføre verdien av det han har skadet.¹¹⁹ Disse grunnleggende kjennemerkene ved erstatningsoppgjøret er vanskeligere å finne spor av ved erstatning for omsetningstap. Omsetningstapet karakteriseres nettopp av at erstatningssøkeren ikke er påført noe tap, men at han bare gått glipp av forventet fortjeneste. Et ytterpunkt i denne sammenhengen er situasjoner som minner om *Copymate*-dommen, hvor kjøper legger inn bestilling hos en grossist og avbestiller før grossisten har foretatt seg noen oppfyllelshandlinger.

¹¹⁴ Slik også Gomard 2003 s. 143. Hov/Høgberg 2016 s. 230 fremholder tilsvarende at «[e]n annen måte å tenke på er å si at plikten til å oppfylle in natura og plikten til å betale erstatning er *to likeverdige måter* å oppfylle en avtale på» (original utheving).

¹¹⁵ Krüger 1991, note 13 på s. 315.

¹¹⁶ Kjelland 2016 s. 34 og Herre 1996 s. 300.

¹¹⁷ Gomard 2003 s. 143.

¹¹⁸ Frøseth, Skadelidtes egeneksponering 2013 s. 65 flg. og Wilhelmsen/Hagland 2017 s. 47 flg.

¹¹⁹ Nygaard 2007 s. 19 og Hagland 2012 s. 56.

Historisk har erstatningsretten vært begrunnet i hensynet til å reparere og motvirke personskader og tingsskader, og hovedområdet for erstatningsretten er uaktsom forvoldelse av skaderisiko.¹²⁰ Erstatningsrettens bærende begrunnelse er i dag reparasjonshensynet, og den tradisjonelle reparasjonstanken bygger nettopp på at den erstatningsbetingende handling har vært en personskade påført ved fysiske midler.¹²¹ De argumentasjonsstrukturene og regelsettene som finnes i erstatningsretten har etter hvert måtte ta opp i seg situasjoner som ikke uten videre passer inn der. Omsetningstapet er etter min oppfatning en slik situasjon.

På denne bakgrunn blir det kanskje også å forvente at man vurderer bortfall av forventet inntekt som mindre verneverdig enn lidt tap. En slik rangering av tapsposter i tråd med deres verneverdighet, stemmer godt overens med de helt grunnleggende rettferdstanker som begrunner erstatningsretten.¹²²

Utenfor kontrakterstatningsretten er skillet mellom påført tap og bortfall av forventet inntekt betydningsfullt. I Rt. 2001 s. 1062, Nucleus-dommen, som gjaldt prekontraktuelt erstatningsansvar, legger Høyesterett til grunn:

«Generelt kan det nok seiast at eit slikt krav - som har utgangspunkt i forventning om eit oppdrag - naturleg kan ha eit meir avgrensa vern enn eit krav bygd på spilte utgifter. Ikkje minst i utbyggingssamheng er det velkjent at det ligg mange risiki i gjennomføringa av eit tiltak.»¹²³

Når Høyesterett i Nucleus-dommen legger til grunn at et erstatningskrav bygget på forventninger om et oppdrag har et med avgrenset vern enn et erstatningskrav bygget på påløpte utgifter, viser det at fortjenestetapserstatning iallfall ikke ligger i kjernen av hva man ser på som erstatningsrettslig relevant. I dommen blir det dessuten uttrykkelig fremhevet at erstatningssøkeren gjennom den positive kontraktsinteressen unngår oppfyllelserisikoen, noe som er et generelt poeng i langvarige kontraktsforhold.

Tilsvarende synspunkter finnes i Rt. 1999 s. 1273. Dommen gjaldt kommunens erstatningsansvar for utøvelse av kommunal forkjøpsrett etter at fristen for å gjøre gjeldende forkjøpsretten var løpt ut. Leiegården Schweigaardsgate 58 B i Oslo ble solgt på tvangsauksjon til en eiendomsutvikler. Kommunen trådte inn i kjøpekontrakten i medhold av lov om kommunal forkjøpsrett til leiegårder (leiegårdloven) § 2. Eiendomsutvikleren fikk i et første saksanlegg fastsettelsesdom at forkjøpsretten ikke kunne gjøres gjeldende overfor ham, og han rettet krav mot kommunen om enten tilbakeføring av leiegården, en erstatningseiendom, eller erstatning for tapt fortjeneste i utviklingsprosjektet. Partene ble ikke enige, og utvikleren tok ut stevning for Oslo tingrett med krav om erstatning for tapt fortjeneste. Rt. 1999 s. 1273 gjelder dette erstatningskravet.

¹²⁰ Frøseth 2013 s. 50 og 58.

¹²¹ Frøseth 2013 s. 59-60.

¹²² Også Iversen opererer med et «tapshierarki» som et utgangspunkt for sine vurderinger, jf. Iversen 2000 s. 48-49.

¹²³ Nucleus-dommen s. 1079.

Flertallet kom til at kommunen ikke hadde opptrådt ansvarsbetingende, og frifant kommunen. Begrunnelsen for dette var at kommunen var i unnskyldelig rettsvillfarelse om fristreglene i leiegårdloven. I formildende retning under ansvarsvurderingen, vektlegger førstvoterende for flertallet at «det ikke [var] tale om å gjøre inngrep i et bestående eierforhold, og [erstatnings søkerens] interesse gjelder en ren næringsinntekt - dekning av tapt fortjeneste».¹²⁴

Etter min oppfatning kan dommen være egnet til å illustrere at også i norsk rett, slik som Iversen fremholder for dansk rett, gjelder det et tapshierarki: Personskader er på toppen av hierarkiet og utløser lettere erstatningskrav, mens rene formuestap og særlig rene fortjenestetap er på bunnen av hierarkiet og møter større motstand.¹²⁵

Samlet sett er det grunn til å anta at erstatning for omsetningstapet oppfattes som en ikke uten videre rimelig erstatningspost. Motstanden mot å anerkjenne omsetningstapet lar seg etter min oppfatning begrunne i de grunnleggende rettferdstanker som er bærende for erstatningsretten, og jeg mener også at den motstanden vi så langt har vært inne på, reelt sett er begrunnet i slike betraktninger.

En innvending mot å tillegge slike betraktninger vekt i vår sammenheng, blir trukket frem av Hagland i hennes avhandling om erstatningsbetingende medvirkning. Hun fremholder som et trekk ved den «erstatningsrettslige grunnlagsdiskusjonen» at

«mens det i den alminnelige erstatningsretten er en økende respekt for erstatningsrettens iboende moralitet (altså rettferdighet), så synes den spesielle erstatningsretten å bevege seg i motsatt retning, mot en mer instrumentell innstilling (effektivitet).»¹²⁶

Og videre:

«Innslaget av effektivitetsbetraktninger blir dermed også større under fastleggelsen av erstatningsansvaret i det en kan omtale som spesiell erstatningsrett, enn i den mer tradisjonelle erstatningsrettslige vurderingen, som gjerne har personskader som utgangspunkt. Fremveksten av primærnormer får dermed den virkningen at betydningen av effektivitetsbetraktninger i erstatningsvurderingen øker, uten at dette er effektivitetsbetraktninger som egentlig tilhører erstatningsretten selv; disse instrumentelle betraktningene tilhører fastleggelsen av primærnormens rekkevidde.»¹²⁷

Den tendensen hun viser til, går ut på at i den spesielle erstatningsretten (herunder kontrakterstatningsretten) er erstatningssanksjonen stadig mer et instrument for å effektivt realisere formålet med primærnormen – en handleplikt som følger av lov eller avtale.¹²⁸

¹²⁴ Dommens s. 1280.

¹²⁵ Iversen 2000 s. 48-49. Se også Thorson 2011 s. 284-285, som fremholder at «[d]et ligger i forlengelsen av at erstatningsretten ikke skal kunne brukes til å oppnå fordeler for skadelidte, en naturlig forutsetning om at hensynet til å opprettholde en bestående tilstand, står sterkere enn hensynet til å skaffe skadelidte vinning».

¹²⁶ Hagland 2012 s. 57, original kursivering.

¹²⁷ Hagland 2012 s. 58, original kursivering.

¹²⁸ Hagland 2012 s. 25-27.

Spørsmålet blir da ikke hvorvidt erstatning for omsetningstapet lar seg begrunne i erstatningsrettens bærende rettferdstanker, men om effektivisering av kontraktsfestede forpliktelser tilsier at kontraktsbrudd bør sanksjoneres med erstatning for omsetningstapet. Dette er i tråd med kontraktsrettslitteraturens fokus på kontrakterstatningsrettens formål om å skape oppfyllellespress for partene.¹²⁹

Kanskje kan fler- og mindretallets votum i Rt. 2003 s. 486 leses i lys av denne tendensen. Førstvoterende, i tråd med den mer instrumentelle tilnærmingen til erstatningssanksjonen i den spesielle erstatningsretten, faller ned på den «rettslogiske»¹³⁰ løsningen med erstatning for oppfyllellesinteressen. Mindretallet drøfter på sin side argumenter som taler for og mot å anerkjenne redusert omsetningsvolum som et tap overhodet, og er inne på både den alminnelige tapsbegrensningsplikten (avsnitt 46) og risikoen for dobbel dekning (avsnitt 48).

Hvorvidt denne tendensen i fremtiden vil forsterkes er vanskelig å mene noe bestemt om. Det er derfor vanskelig å si om det vil bli stadig mer eller stadig mindre rom for å vektlegge hensynet til sammenheng med den alminnelige erstatningsretten, for spørsmål som gjelder den spesielle erstatningsretten. Likevel kan det virke som om også den instrumentelle tilnærmingen til erstatningssanksjonen kan gi resultater som ikke uten videre fremstår som rimelig eller fullt ut velbegrunnede. Den motstanden vi har sett finnes mot omsetningstapet, viser dette: Hov og Høgberg hevder uttrykkelig at det ikke uten videre kan anses «rimelig» å erstatte bortfalt fremtidig inntekt.¹³¹ Selv om man skulle mene at erstatning for omsetningstapet ikke lider av noe iboende koherensproblem, kan det kanskje være lettere å være enig i at begrunnelsen for å akseptere denne formen for tap ikke uten videre er god nok. Også erstatning for negativ kontraktsinteresse skaper oppfyllellespress, slik annenvoterende i Rt. 2003 s. 486 fremholder i avsnitt 49. Det er under enhver omstendighet ikke tilstrekkelig å vise til «dogmene om full erstatning».¹³²

4.2.3. Mulige avgrensninger

Jeg skal i det følgende kort skissere to ulike argumentasjonslinjer som kan brukes for å vurdere hvorvidt man kan avskjære erstatning for omsetningstap.

Som nevnt ovenfor, kan det på grunn av hovedregelen om erstatning for oppfyllellesinteressen iallfall diskuteres hvorvidt det etter gjeldende rett inngår i selve gyldighetsbegrepet i kontraktsretten at naturaloppfyllelse og erstatning som tilsvarer denne er to likeverdige måter å oppfylle en kontrakt. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvorvidt realdebitor i kontraktsforholdet er forpliktet etter den alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsplikten til å opplyse kjøper eksplisitt om at et eventuelt erstatningsansvar også vil omfatte omsetningstapet. Lojalitetsplikten gjelder også før kontrakt er inngått.¹³³ Det kan derfor argu-

¹²⁹ Hagstrøm 2011 s. 466.

¹³⁰ Mestad 2010 s. 345.

¹³¹ Hov/Høgberg 2016 s. 276.

¹³² Hagstrøm 2011 s. 537.

¹³³ Rt. 2010 s. 1478 avsnitt 30 og Hagstrøm 2011 s. 96.

menteres for at realdebitors brudd på lojalitetsplikten på dette punkt burde medføre bortfall av hans rett til erstatning for omsetningstap.

Særlig er dette aktuelt ved forbrukerentreprise og forbrukerhåndverkertjenester. Dersom forbrukeren henvender seg til en tjenesteyter som utvider kapasiteten i takt med ordreinngangen, slik som f.eks. Block Watne, vil forbrukeren bli stående med en regning tilsvarende fortjenestetapet for entreprenøren samtidig som entreprenøren kan omdisponere arbeidskraft og materialer i andre oppdrag. Dersom forbrukeren skal kunne forutse følgene av å benytte sin lovfestede avbestillingsrett, forutsetter det innsikt i lovens regulering og i bedriftens virkemåte. Det er etter min oppfatning ikke i tråd med det etter hvert sterke forbrukervernet å legge til grunn at det er forbrukeren som har ansvaret for å skaffe seg denne kunnskapen. Annenvoterende i Rt. 2003 s. 486 er også inne på lignende betraktninger i avsnitt 49, hvor han trekker frem at realdebitor har anledning til å kontraktsfeste avbestillingsgebyr. Dette er en måte å gjøre kjøper klar over risikoen ved avbestilling.

Et annet argumentasjonsmønster kan være at erstatning for omsetningstap ikke har erstatningsrettslig vern, i tråd med argumentasjonen i kapittel 4.4.2 ovenfor. Det ligger ikke lenger noen ytelsesutveksling til grunn for kravet, og vi er på utsiden av den gjenopprettelsestanken som er bærende for erstatningsreglene.

Dette er antakelig den mest inngripende måten å avskjære slik erstatning på, fordi den i tilfelle fullstendig vil utelukke erstatning for omsetningstap. Begrunnelsen følger av de prinsipielle motargumentene vi har sett i kapittel 4.2.2: Det er ikke erstatningsrettens oppgave å sørge for at norske bedrifter oppnår maksimal fortjeneste på det tilgjengelige markedet. Bedrifter har allerede vern mot tap etter den negative kontraktsinteressen, og denne risikoen for erstatning kan også gi tilstrekkelig oppfyllellespress.

Samtidig tilsier den tendensen som vi kanskje ser i spesialerstatningsretten, der erstatningssanksjonen i økende grad bygger på hensynet til å realisere formålet med kontraktsforpliktelsen, at det i liten grad er rom for problematiseringer av omsetningstapets erstatningsrettslige vern som bygger på erstatningsrettens grunnleggende rettferdstanker. Dette kan tilsi at de argumentene jeg har trukket frem ovenfor, har liten betydning for omsetningstapets erstatningsrettslige stilling.

Registre

Lover

Avhendingslova	Lov om avhending av fast eigedom 3. juli 1992 nr. 93
Bustadoppføringsloven	Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. 13. juni 1997 nr. 43
Forbrukerkjøpsloven	Lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34
Husleieloven	Lov om husleieavtaler 26. mars 1999 nr. 17
Håndverkertjenesteloven	Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere 16. juni 1989 nr. 63
Kjøpsloven	Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 2
Leiegårdloven	Lov om kommunal forkjøpsrett til leiegårder 29. april 1977 nr. 34

Forarbeider

NOU 1979:42	Forbrukertjenester, Delinnstilling 1
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.29 (1988-1989)	Om lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere
Ot.prp.nr.66 (1990-1991)	Om lov om avhending av fast eigedom (avhendingslova)
NOU 1992:9	Forbrukarentreprise lov
NOU 1993:27	Forbrukerkjøpslov
Ot.prp.nr.21 (1996-1997)	Om lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)
Ot.prp.nr.44 (2001-2002)	Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1902 s. 811
Rt. 1917 s. 305
Rt. 1968 s. 1242
Rt. 1982 s. 394
Rt. 1992 s. 64
Rt. 1998 s. 1510
Rt. 1999 s. 1273
Rt. 2001 s. 1062
Rt. 2001 s. 1288
Rt. 2003 s. 486
Rt. 2004 s. 675
Rt. 2010 s. 710
Rt. 2012 s. 1904
HR-2017-515-A

Underrettspraksis:

LB-2001-2006
LA-2005-27497
LB-2008-48411
LG-2014-191623
LG-2014-106364
LG-2015-83147

Utenlandsk rettspraksis:

England

Vic Mills Ltd. (1913) 1. Ch. 465

USA

Copymate Marketing Ltd. v. Modern Merchandising,
34 Wash.App. 300, 660 P 2.d 332 (1983)

Litteratur

Breen 1996

John M. Breen, *The Lost Volume Seller and Lost Profits Under U.C.C. § 2-708 (2): A Conceptual and Linguistic Critique*, University of Miami Law Review vol. 50 nr. 4 (1996) s. 779 -917

Frøseth, Materiell koherens
2013

Anne Marie Frøseth, *Materiell koherens i formueretten generelt og erstatningsretten spesielt*, i Søvig m.fl. (red), *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridtjof Bernt*, 2013

Frøseth, Skadelidtes egeneksponering
2013:

Anne Marie Frøseth, *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten*, 2013

Gomard 2003

Bernhard Gomard, *Obligationsrett 2. del*, 3. utgave
2003

Hagland 2012

Birgitte Hagland, *Erstatningsbetingende medvirkning*,
2012

- Hagstrøm 2011: Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utg. 2011
- Hagstrøm/Stenvik 2015 Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 1. utg. 2015
- Harris 1962 Robert J. Harris, *A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract*, Michigan Law Review vol. 60 nr. 5 (1962) s. 577-610
- Herre 1996: Johnny Herre, *Erstatningar i köprätten*, Stockholm 1996
- Hov/Høgberg 2016 Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 1. utg. 2016
- Iversen 2000 Torsten Iversen, *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*, København 2000
- Kjelland 2016 Morten Kjelland, *Erstatningsrett*, 2016
- Knoph 1923 Ragnar Knoph, *Rett og rettsbevissthet*, 1923
- Krokeide 1979 Kjetil Krokeide, *Erstatningsberegning ved ineffektive kontrakter*, TfR 1979 s. 132 flg.
- Krüger 1991 Kai Krüger, *Norsk kjøpsrett*, 4. utg. 1991
- Lilleholt 2001 Kåre Lilleholt, *Avtale om ny bustad*, Oslo 2001
- Lilleholt 2012 Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2012
- Lilleholt 2017 Kåre Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, 1. utg. 2017
- Lødrup 2009: Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg. 2009
- Marthinussen m.fl. 2016 Karl Marthinussen, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, 2016
- Matthews 1997 Daniel W. Matthews, *Should The Doctrine of Lost Volume Seller Be Retained? A Response to Professor Breen*, University of Miami Law Review vol. 51 nr. 4 (1997) s. 1195-1219

- Mestad 2010 Ola Mestad, *Avbestilling i entreprisekontraktar*, i Barbro og Simonsen (red.), *På rett grunn: Festskrift for Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, 2010
- Nordtveit 2017 Silje Karine Nordtveit, *Når oppstår en fordring?*, 1. utg. 2017
- Nygaard 2007: Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utg. 2007
- Nørager-Nielsen m.fl. 2008 Jacob Nørager-Nielsen, Søren Theilgaard, Michael Bjerg Hansen, Martin Hørmann Pallesen, *Købeloven med kommentarer*, 3. utg. København 2008
- Ogus 2010 Anthony Ogus, *Measure of Damages: Expectation, Reliance and Opportunity Cost*, i E'Chirico og Larouche (red.), *Economic Analysis of the DCFR*, München 2010 s. 133-145
- Schlechtriem/Schwenzer 2016 Ingeborg Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4. utg. Oxford 2016
- Schwenzer/Hachem 2008 Ingeborg Schwenzer og Pascal Hachem, *The Scope of the CISG Provisions on Damages*, i Saidov og Cunningham (red.), *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford 2008 s. 91-105
- Selvig 1997 Erling Selvig, *Kjøpsrett til studiebruk, hefte 3: Kontraksbrudd i kjøpsforhold*, 1997
- Simonsen 1997 Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, 1997
- Skag 2012 Miriam Skag, *Starttidspunktet for foreldelsesfrister*, 2012
- Skjefstad 2016 Arnt E. Skjefstad, *Erstatningsberegning*, 2016
- Skoghøy 2017 Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg. 2017
- Stavang 2004 Per Stavang, *Økonomisk tap som vilkår for erstatningsansvar*, TfR 2004 nr. 1 s. 243-260.
- Thorson 2010 Bjarte Thorson, *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap*, 2011

Tverberg 2008	Arnulf Tverberg, <i>Forbrukerkjøpsloven med kommentarer</i> , 2008
Tørum 2005	Amund Bjøranger Tørum, <i>Produktansvar i kjøpsrettslige klær</i> , TfR 2005 s. 629-647.
von Bar/Clive	Christian von Bar og Eric Clive (red.), <i>Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference</i> , München 2010
Wilhelmsen/Hagland 2017	Trine-Lise Wilhelmsen og Birgitte Hagland, <i>Om erstatningsrett</i> , 1. utg. 2017
Zimmermann 1990	Reinhard Zimmermann, <i>The Law Of Obligations – Roman foundations of the civilian tradition</i> , Cape Town 1990

Traktater, modellovgivning og utenlandsk lovgivning

DCFR	Draft Common Frame of Reference, Study Group on a European Civil Code and Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group) (Interim Outline Edition 2008, Outline Edition 2009, Full Edition 2009)
CISG	United Nations Conventtion on Contracts for the International Sales of Goods, Vienna 11. april 1980
U.C.C.	United States Uniform Commercial Code (2002)