

INNHOLDSFORTEGNELSE:

DEL I INNLEDNING	3
1 Innledning.....	3
1.2 Emnebeskrivelse: avgrensning av emnet og veien videre	3
1.2 Rettskildebildet	6
1.2.1 Tradisjonelle kontraktsrettslige kilder.....	6
1.2.2 CISG og direktekrav	6
1.2.3 EU-rett og direktekrav	7
1.2.4 Hovedlinjer i norsk og tysk rett om direktekrav.....	8
1.2.5 Internasjonal privat- og prosessrett	8
1.2.6 Kvalifikasjon.....	10
1.2.7 Kort om sammenhengen mellom jurisdiksjon og lovvalg	11
1.2.8 Betydningen av hvorvidt kravet gjelder erstatning i eller utenfor kontrakt	12
DEL II LEGISLATIVE HENSYN.....	16
2 Legislative hensyn bak reglene om direktekrav	16
DEL III NORSK OG TYSK MATERIELL RETT OM DIREKTEKRAV.....	19
3 Norsk rett.....	19
3.1 Historisk utvikling knyttet til direktekrav	19
3.2 Høyesterettspraksis vedrørende direktekrav.....	20
3.3 Sentrale lovbestemmelser om direktekrav	22
4 Tysk rett.....	24
4.1 Fra germansk rett via romersk rett til BGB – grobunn for direktekrav?	24
4.2 Direktekravslignende lære på bakgrunn av ulovfestet rett?.....	27
4.2.1 "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte"	27
4.2.2 "Drittschadensliquidation"	30

4.2.3 Oppsummering.....	32
DEL IV INTERNASJONAL PRIVAT- OG PROSESSRETT.....	34
5 Grenseoverskridende direktekrav.....	34
5.1 Direktekrav og jurisdiksjon: EF-domstolens kvalifisering av direktekrav; erstatningsverneting eller kontraktsverneting?	34
5.2 Hvordan samsvarer EF-domstolens kvalifisering av direktekrav med norsk og tysk retts regler om direktekrav?	37
DEL V AVSLUTNING	43
6 Avsluttende vurderinger.....	43
LITTERATURLISTE:.....	45

DEL I INNLEDNING

1 Innledning

1.2 Emnebeskrivelse: avgrensning av emnet og veien videre

Emnet for avhandlingen er grenseoverskridende direktekrav. Emnet omhandler både materiell rett, internasjonal prosessrett og internasjonal privatrett. Det er norsk og tysk rett som vil bli nærmere behandlet i avhandlingen. Avhandlingens fokus rettes mot norsk og tysk rett, fordi disse to landene representerer to ulike løsninger når det gjelder anvendelsen av direktekrav.

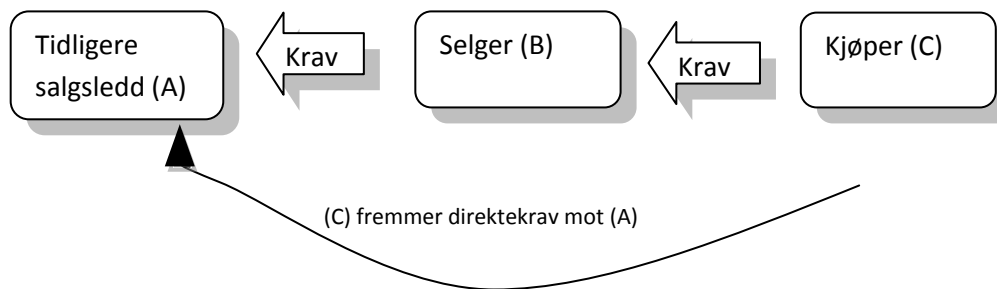
Ved grenseoverskridende direktekrav vil flere lands materielle rett berøres, idet det finnes ulike materielle tilnærminger til direktekrav. Direktekrav har lenge vært en del av norsk rett, men utgjør ikke en naturlig del av tysk rett. Dette kan bli problematisk ved grenseoverskridende direktekrav. Spørsmålet om hvordan man skal kvalifisere grenseoverskridende direktekrav har blitt behandlet av EF-domstolen¹. Å se hen til EF-domstolens kvalifisering av direktekrav og hvordan dette samsvarer med norsk og tysk rett om direktekrav, vil gi en god komparativ analyse av to forskjellige lands materielle rett. Hovedproblemstillingen i avhandlingen blir derfor ***hvordan samsvarer EF-domstolens kvalifisering av direktekrav i lys av norsk og tysk retts systematisering av krav mot tredjemann.***

Hovedregelen i kontraktsretten er at kjøpskontrakten etablerer rettigheter og plikter mellom kjøper og selger. Dersom det skulle vise seg at gjenstanden er mangelfull, kan kjøperen kreve tapet dekket hos selger. I noen tilfeller kan det tenkes at salgsgjenstanden har gått gjennom flere ledd i en kontraktskjede, fra importør via grossist til selger og til slutt til kjøper. Direktekrav innebærer at kjøper (C) kan kreve *"erstatning, naturaloppfyllelse, fremme misligholdskrav, eller kreve vederlag, direkte av"*² tidligere salgsledd (A).

¹ EF-domstolen skiftet navn til EU-domstolen etter ikrafttredelsen av Lisboa-traktaten av 1. desember 2009. Siden det er EU-domstolens rettspraksis fra tiden før 1. desember 2009 som behandles i avhandlingen, vil heretter termen EF-domstolen benyttes.

² Tørum (2007) a s. 27

Direktekrav kan illustreres slik³:



Ved direktekrav kan man således gjøre gjeldende krav mot en part som man ikke er i direkte kontraktsforhold til. Kjøper (C) hopper dermed over et ledd i kjøpskontrakten, og gjør kravet gjeldende mot medkontrahentens (B) medkontrahent (A). Direktekrav innebærer således et unntak fra hovedregelen om at kjøpskontrakten kun skaper rettigheter og plikter for dens kontraherende parter.

I kapittel 1.2 skal det redegjøres for rettskildebildet. Ettersom avhandlingen omhandler grenseoverskridende direktekrav er rettskildebildet omfattende. For å få et overblikk over hvilke kilder som kan gjøre seg gjeldende ved grenseoverskridende direktekrav, vil det derfor være nødvendig med en grundig gjennomgang av rettskildebildet.

I del II vil det kort redegjøres for de legislative hensynene bak direktekrav. En gjennomgang av de legislative hensyn er nødvendig i den grad det kan gi en økt forståelse for hvorfor man har regler om direktekrav. Her vil de fleste hensyn som taler for direktekrav være hentet fra norsk rett, i og med at tysk rett som hovedregel ikke anerkjenner direktekrav.

I del III skal det redegjøres nærmere for norske og tyske regler om direktekrav. Tørum har i sin doktoravhandling "Direktekrav"⁴ behandlet adgangen til å fremme direktekrav i norsk og tysk rett inngående. Avhandlingen her tar derfor sikte på å klarlegge hvorvidt direktekrav/direktekravslignende regler i norsk og tysk rett er ansett som erstatningskrav i eller utenfor kontrakt. Det vil likevel være hensiktsmessig å innlede med en kort introduksjon av hvordan reglene om direktekrav forholder seg i norsk og tysk rett. Dette vil

³Figur hentet fra Høgbergs forelesning om direktekrav, 2007: se link i litteraturliste

⁴ Se Tørum (2007)a

gjøre det lettere å belyse forskjellene mellom de to lands rett, og ikke minst vil det være av betydning for å forstå bakgrunnen for de aktuelle forskjeller. Et historisk tilbakeblikk vil derfor også være nødvendig for å få en økt forståelse for hvorfor det er så store ulikheter.

Når det gjelder redegjørelsen av norsk rett, vil fokuset ligge på lov av 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp, kjøpsloven (heretter kjl.) § 84 og lov av 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp, forbrukerkjøpsloven (heretter fkjl.) § 35. Kjl. § 84 og fkjl. § 35 gir en god forståelse av hvordan direktekrav kvalifiseres i norsk rett. Fkjl. § 35 illustrerer også på en god måte hvor langt man går i norsk rett for å verne om forbrukerne. Hovedtyngden vil allikevel ligge på kjl. § 84. Ved å velge kjl. § 84 og fkjl. § 35 avgrenses avhandlingen til å gjelde løsørekjøp, og andre lover om direktekrav i norsk rett vil derfor ikke behandles ytterligere.

I forhold til tysk rett vil det undersøkes hvorvidt de ulovfestede lærene om "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" og "Drittschadensliquidation" anerkjenner direktekrav. Spørsmålet blir også om "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" og "Drittschadensliquidation" anerkjenner direktekrav ved mangler på salgsgjenstanden. Avhandlingen avgrenses derfor også her til å gjelde løsørekjøp. Ved å lete etter likheter til de norske reglene om direktekrav kan det bli lettere å fastslå om kravet mot tredjemann kan fremmes på grunnlag av erstatning i eller utenfor kontrakt. Begrepene erstatning i eller utenfor kontrakt og kontrakts- og deliktsansvar vil brukes om en annen i avhandlingen.

Kjøp av fast eiendom, fordringer, entreprisekontrakter og immaterielle retter faller utenfor temaets virkeområde.

I del IV skal det redegjøres for EF-domstolens kvalifisering av direktekrav, og hvordan dette samsvarer med norsk og tysk rett. Hovedvekten vil her ligge på Handte⁵-dommen, idet en gjennomgang av denne gir en fin innfallsvinkel for den komparative analysen mellom norsk og tysk rett.

I del V vil avhandlingen avrundes med en avsluttende vurdering, hvor det gis en kort oppsummering av avhandlingens resultat.

⁵ Case C-26/91 – dom av 17. juni 1992 (Handte)

1.2 Rettskildebildet

1.2.1 Tradisjonelle kontraktsrettslige kilder

Innenfor kontraktsretten utgjør naturligvis kontrakten primærkilden av rettskilder som skal anvendes. Avtalerettens regler er i stor grad deklarasjonelle, og man står derfor relativt fritt med hensyn til å avtale det man ønsker⁶.

De vanligste rettskildene på kontraktsrettens område, foruten kontrakten selv, er lovgivning, rettspraksis, sedvane og reelle hensyn. Videre kan man supplere avtalens innhold med tolkningsprinsipper og bakgrunnsretten. Dette er særlig aktuelt i de tilfeller hvor man er uenig om hva som faktisk var avtalt, eller hvor man ikke kommer frem til en god løsning. Hva som er bakgrunnsrett vil imidlertid variere, idet dette bestemmes av den materielle retten lovvalgsreglene velger ut. Dette gjelder så lenge partene ikke har foretatt et særskilt lovvalg i kontrakten. Selve lovvalgsproblematikken vil vagt berøres under kapittel 1.2.5, 1.2.7 og 1.2.8, men hovedvekten i avhandlingen vil ligge på jurisdiksjonsproblematikken.

1.2.2 CISG og direktekrav

CISG⁷ er en internasjonal konvensjon som ble utarbeidet for å regulere og harmonisere internasjonale kjøp. Over 70 land har tiltrådt konvensjonen, og CISG regulerer ca 80 % av alle internasjonale kjøp⁸. Både Norge og Tyskland har tiltrådt konvensjonen. CISG har stor internasjonal anerkjennelse, og er derfor av stor betydning ved internasjonale kjøp. Spørsmålet er om CISG regulerer direktekrav.

Det følger av art. 4 at konvensjonen kun regulerer "*rettigheter og plikter for kjøper og selger som oppstår av en (..) kontrakt*", (*min utheving*). Både artikkelens ordlyd og litteratur om CISG trekker i retning av at konvensjonen kun gjelder inter-partes⁹. Konvensjonen regulerer derfor kun rettigheter stiftet mellom (A) og (B). Tredjeperson (C)s krav vil dermed falle utenfor konvensjonens virkeområde. CISG regulerer ikke direktekrav.

⁶ Lov av 31. mai 1981 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer [avtaleloven] § 1.

⁷ 1980 – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, se også www.uncitral.org.

⁸ Lookofsky (2008), s. 1.

⁹ Bergem, Konow, Rognlien (2007) s. 475-476, Lookofsky (2008) s. 22, Tørum (2007) s. 388.

1.2.3 EU-rett og direktekrav

Hvorvidt man skal tillate direktekrav eller ikke har lenge vært gjenstand for diskusjon i EU. Diskusjonen om direktekrav var særlig sentrert rundt forslag til vedtakelse av forbrukerkjøpsdirektivet i 1993. Det var blant annet foreslått at forbrukeren skulle få velge hvorvidt kravet skulle fremsettes mot selger eller tidligere salgsledd¹⁰.

I 2008 var debatten rundt direktekrav oppe igjen i forbindelse med forslag til nytt forbrukerkjøpsdirektiv¹¹. Det ble blant annet i forslaget drøftet om man skulle tillate forbruker (C) å gå direkte på produsent (A), også kalt produktansvar. Dette førte imidlertid ikke frem, og forbrukeren (C) fikk derfor ingen rett til å fremme krav mot produsenten (A) på grunnlag av direktivet¹².

Selger (B) kan imidlertid fremme krav mot produsent på grunnlag av krav som kjøper (C) har fremmet mot selger (B)¹³, jf forbrukerkjøpsdirektivet¹⁴ art. 4 der det følger:

*”[w]here the final seller is liable to the consumer because of a lack of conformity resulting from an act or omission by the producer, **the final seller shall be entitled to pursue remedies against the person or persons liable in the contractual chain**”, (min utheving).*

Hensynet bak forbrukerkjøpsdirektivet art. 4 var å gi selger mulighet til å søke regress hvor produsenten er ansvarlig for tapet som er påført *”the final seller”*. Ordlyden kan således tolkes dit hen at det siste salgsleddet i kontrakten har rett til å fremme direktekrav mot produsent. Direktekrav mot produsent etter art. 4 tillates i de medlemslandene hvor den materielle retten anerkjenner direktekrav¹⁵. I medlemstater hvor direktekrav ikke aksepteres, tolkes heller ikke artikkel 4 dit hen at endelig selger har rett til å fremme direktekrav mot produsent¹⁶. Kravet må her gå fra ledd til ledd i kontrakten, frem til det når produsenten¹⁷.

¹⁰ (COM(1993) 509 final) s. 66-68

¹¹ (COM(2008) 614 final)

¹² Ebers, Janssen, Meyer (2009) s. 4.

¹³ Dette minner noe om læren om *”Drittschadensliquidation”* som det skal redegjøres for under kapittel 4.2.2

¹⁴ 99/44/EC

¹⁵ Ebers, Janssen, Meyer (2009) s. 8. Det fremgår her at Belgia, Finland, Frankrike, Latvia, Luxembourg, Portugal, Slovenia, Spania og Sverige er de medlemsland som godtar direktekrav mot produsent.

¹⁶ Ebers, Janssen, Meyer (2009) s. 8. De land som ikke aksepterer direktekrav mot produsent er: Østerrike, Belgia, Kyrpos, Tsjekkia, Danmark, Estland, Tyskland, Hellas, Ungarn, Irland, Italia, Litauen, Malta, Nederland, Polen, Romania, Slovakia og

EU åpner dermed for direktekrav, men da på bakgrunn av den materielle retten i de ulike medlemslandene.

1.2.4 Hovedlinjer i norsk og tysk rett om direktekrav

Det har lenge vært adgang til å fremme direktekrav i norsk rett, noe som nå er lovfestet blant annet i kjl. § 84 og fkl § 35¹⁸. Det finnes også en mengde rettspraksis og juridisk teori om direktekrav i norsk rett¹⁹.

Adgangen til å fremme direktekrav i norsk rett er bygget på kontraktsrettslig bakgrunn. Dersom man fremmer et krav om erstatning mot et tidligere salgsledd, blir det derfor på grunnlag av erstatning i kontraktsforhold. Bakgrunnen for dette vil det redegjøres nærmere for i kapittel 3 og 5.

I tysk rett står prinsippet om kontraktens relativitet sterkt²⁰, et prinsipp som innebærer at kontrakten kun er bindende for dens kontraherende parter. Direktekrav blir av denne grunn som hovedregel ikke anerkjent i tysk rett. En står dermed på et lovtomt område hvor det ikke finnes noen lovhjemmel som gir kjøper adgang til å fremme direktekrav mot tidligere salgsledd.

Gjennom rettspraksis og teori er det imidlertid dannet noe ulovfestet rett som kan gi grunnlag for direktekrav, for eksempel "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" og "Drittschadensliquidation". Disse vil det skal redegjøres nærmere for under kapitel 4 og 5.

1.2.5 Internasjonal privat- og prosessrett

Da avhandlingen vil ta opp adgangen til å fremme direktekrav over landegrensene, må en naturligvis se hen til hvilke regler som gjør seg gjeldende i forhold til jurisdiksjon og lovvalg.

England. 18 medlemsland anerkjenner ikke direktekrav, mens 9 medlemsland anerkjenner direktekrav. Siden majoriteten av medlemslandene ikke anerkjenner direktekrav, var det også naturlig å ikke tillate direktekrav i forslaget til nytt direktiv.

¹⁷ Sendmeyers (2009) s. 151-152

¹⁸ Direktekrav er også lovfestet i blant annet lov av 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom, avhendingslova (heretter avhl.) § 4-16, lov av 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m., bustadoppføringslova (heretter buofl.) § 37 og lov av 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere, håndverkertjenesteloven (heretter hvtjl.) § 27.

¹⁹ Se Augdahl (1978), Krüger (1999), Hagstrøm (2003), Hov (2007) og Tørum (2007)a. Av rettspraksis, se for eksempel; Rt.1976 s. 1117, Rt.1981 s. 445, Rt.1995 s. 486 og Rt.1998 s. 656.

²⁰ Også kalt relativitetsprinsippet.

Når det gjelder jurisdiksjonsspørsmålet, vil EU-land kunne benytte seg av Brusselkonvensjonen av 1968²¹ og Brusselforordningen²². På EØS-rettens område er det Luganokonvensjonen²³ som gjør seg gjeldende. Denne kan benyttes både av Norge og Tyskland ved salg knyttet til EØS-området. Luganokonvensjonen er en parallellkonvensjon til Brusselkonvensjonen og Brusselforordningen. EF-domstolens tolkning av Brusselkonvensjonen vil derfor få betydning for tolkningen av Brusselforordningen og Luganokonvensjonen. For norsk retts vedkommende har man også tvistelovens²⁴ (heretter tvl.) regler i kapittel 4 II om stedlig domsmyndighet (verneting) som gjør seg gjeldende i den grad Luganokonvensjonen ikke kommer til anvendelse. I avhandlingen vil hovedvekten for enkelhetens skyld bli lagt på Luganokonvensjonen, idet det er denne som hovedsakelig gjør seg gjeldende ved en tvist mellom norsk og tysk rett.

Ved lovvalget har Tyskland som medlem av EU et godt utbygget regelverk innen den internasjonale privatretten. Her vil Roma I²⁵ gjøre seg gjeldende ved erstatningskrav i kontrakt, og Roma II²⁶ vil gjøre seg gjeldende på tilfeller som gjelder erstatningskrav utenfor kontrakt.

I norsk rett står man overfor et rettskildefattig område når det kommer til internasjonale privatrettslige spørsmål. Lov av 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege regler for lausøyrekjøp, kjøpslovvalgsloven (heretter intprkjl.) kommer ikke til anvendelse da det følger av § 2 d at:

”[U]ova gjeld ikkje (..) spursmål om kva verknad kjøpet har for andre enn partane (kjøpar og seljar)”.

En vil således falle ned på ulovfestede regler hovedsakelig etablert gjennom rettspraksis. Når det gjelder lovvalg i kontraktsforhold vil det således være den individualiserende metode som skal anvendes. Dette prinsippet innebærer at saken skal fremmes i det land hvor saken

²¹ Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters.

²² EF-rådsforordning av 22. desember 2000 (44/2001) om domsmyndighet og anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker.

²³ Lov av 19. juni 2009 nr. 90 om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker

²⁴ Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

²⁵ EU forordning 593/2008 om lovvalgsregler for kontraktsrettslige forpliktelser

²⁶ EU forordning 864/2007 om lovvalgsregler for forpliktelser utenfor kontrakt

har nærmest tilknytning²⁷. På forhold utenfor kontrakt skal derimot prinsippet om *lex loci delicti*²⁸ anvendes, altså skadestedets rett.

1.2.6 Kvalifikasjon

Når en domstol er utpekt til å behandle en tvist hvor rettsforholdet har tilknytning til utenlandsk rett, må dommeren kvalifisere tvisten²⁹. Dette betyr at dommeren må ta standpunkt til hvilket rettsforhold tvisten gjelder. Spørsmålet blir dermed etter hvilket lands rett kvalifikasjon skal skje.

Det har i sammenheng med hvordan man velger å kvalifisere et krav vært tre hovedmåter å foreta kvalifikasjon på. Kvalifikasjon skjer dermed på grunnlag av teorien om *lex fori*, teorien om *lex causae* og den komparative teori³⁰. Teorien om *lex fori* innebærer at man kvalifiserer rettstvisten etter domstollandets rett. Teorien om *lex causae* innebærer at man kvalifiserer rettstvisten etter det landets rett som utpeker seg som anvendelig. Den komparative teori innebærer at man sammenligner ulike lands rettssystematikk og rettsregler, og plukker ut det landets rett som egner seg best på tvisten³¹. *Lex fori* teorien er den teorien som har fått mest anerkjennelse internasjonalt³².

Hovedregelen i norsk rett er at kvalifikasjon skjer etter *lex fori*, noe som er slått fast i Joint account-dommen³³. Saksutfallet var følgende: et ektepar hadde opprettet to bankkontoer etter reglene om joint-account i New York. Senere, ved ektemakens dødsfall, oppsto det en konflikt med gjenlevende hustru og avdødes ektemakes særkullsbarn. Spørsmålet for retten var hvordan man skulle fordele midlene som var igjen etter avdøde. Joint-account er et ukjent rettsinstitutt i Norge, og etter amerikansk rett kvalifiserer man dette som kontraktsrett³⁴. Førstvoterende uttalte i saken *“[v]urderingen av hvilke lovvalgsregler som skal legges til grunn – om det er lovvalgsreglene innen kontraktsretten eller familieretten, eventuelt arveretten – er et såkalt kvalifikasjonsspørsmål som **må avgjøres etter norsk rett**”*

²⁷ Den individualiserende metode er utledet fra Rt.1923 II s. 59, se også Lundgaard (2002) s. 86-98 og s. 244, Cordes, Stenseng, Lenda (2010) s. 76-78

²⁸ Se blant annet Rt.1906 s. 165, Rt.1958 s. 38, se også Lundgaard (2002) s. 265 og Heimdal (2009).

²⁹ Cordes, Stenseng, Lenda (2010) s. 71.

³⁰ Konow (2006) s. 271, Frantzen (2002) s 143.

³¹ Konow (2006) s. 271-272, Frantzen (2002) s. 145-149

³² Frantzen (2002) s. 145

³³ Rt.1995 s. 1415

³⁴ Frantzen (2002) s. 156.

(s. 1419), (min utheving). Kvalifikasjon skjer derfor som hovedregel etter domstollandets rett, *lex fori*.

1.2.7 Kort om sammenhengen mellom jurisdiksjon og lovvalg

Når det foreligger en rettstvist i et internasjonalt kjøpsforhold, er det to ting en må klarlegge før en går til sak. Først av alt må en identifisere hvilken domstol som er kompetent til å prøve den aktuelle tvisten. Deretter må man klargjøre hvilket lands rett som skal anvendes. Domstolene bruker som regel sitt eget lands lovvalgsregler³⁵. Hvilket lands rett som kommer til anvendelse er således avhengig av hvilken domstol som anses kompetent til å avgjøre tvisten. Kvalifikasjon skjer derfor som hovedregel etter domstollandets rett, jf kapittel 1.2.6.

Lovvalgsreglene er som vi har sett i kapittel 1.2.5 ulike fra stat til stat. Dersom man er medlem av EU, deler man et felles sett med lovvalgsregler som kun gjelder for medlemsstatene. For land utenfor EU vil det være andre lovvalgsregler som gjør seg gjeldende, til tross for at land som Sveits og Liechtenstein har lovfestet internasjonal privatrett som ligger nær opp til EUs rett³⁶. Slik lovregulering har vi ikke i Norge. Det kan derfor lett bli uoversiktlig hvilket lands rett som kommer til anvendelse dersom det oppstår tvist mellom norsk og tysk rett. Domstolene anvender som regel sitt eget lands lovvalgsregler, og spørsmålet om hvilket lands rett som er anvendelig avhenger derfor av for hvilken domstol saken reises³⁷. Det er dermed ofte nær sammenheng mellom spørsmålet om jurisdiksjon og lovvalg.

I tillegg til at domstolen som regel anvender sine egne lovvalgsregler, så anvender domstolene også som oftest sitt eget lands materielle rett, *lex fori* tendensen. Dersom det reises sak om en internasjonal tvist i Norge, er det således nærliggende at det er norsk rett som skal anvendes. Grunnen til dette er ganske enkel: domstolene har best kjennskap til sitt eget lands rett³⁸. Imidlertid må det i internasjonale forhold foretas et lovvalg, og når

³⁵ Konow (2006) s. 37, se også Bergem, Konow, Rognslien (2008) s. 454

³⁶ Moss (2000) s. 133.

³⁷ Moss (2010) s. 94-95, se også Bergem, Konow, Rognslien (2008) s. 454

³⁸ I enkelte tilfeller kan det også være umulig å få tak på hva den utenlandske retten betyr: se for eksempel Rt.2009 s. 1537 – Høyesterett fant her ikke bevisst hva som var innholdet i afghansk rett, og valgte derfor å anvende norsk rett. For mer utfyllende om denne dommen og om anvendelse av fremmed rett i norske domstoler, se Frantzen (2010) og Heimdal (2010).

lovvalgsreglene peker ut et annet lands rett, skal dette landets rett anvendes, *lex causa*, jf kapittel 1.2.6.

Ulike vernetings- og lovvalgsregler kan således lett medføre ulikt resultat alt etter hvor sak reises. Dette kan lede til uoversiktelige og til dels tilfeldige rettsavgjørelser, noe som også kan medføre valg av taktiske vernting og forum-shopping³⁹. EU har søkt å avbøte dette ved å danne felles verneting og lovvalgsregler for medlemsstatene. Etter hvert vil kanskje norsk rett også legge seg mer opp mot EU-retten på dette området, som på sikt kan medføre harmonisering og større forutberegnlighet⁴⁰.

1.2.8 Betydningen av hvorvidt kravet gjelder erstatning i eller utenfor kontrakt

Kvalifisering av kravet har betydning både for hvor saken reises, jurisdiksjonsspørsmålet, og for hvilken materiell rett som skal anvendes, lovvalgsproblematikken. Dette vil igjen ha betydning for hvilke rettsvirkninger kravet kan få, da det enten kvalifiseres som erstatning i eller utenfor kontrakt.

I forhold til jurisdiksjonsproblematikken får spørsmålet først og fremst betydning i relasjon til hvor sak skal reises. Ved lovvalget får spørsmålet en materiell betydning. Dersom kravet kvalifiseres som erstatning *i* kontrakt, er man innenfor obligasjonsretten. Kvalifiseres kravet som erstatning *utenfor* kontrakt, er man innenfor erstatningsretten. Kravet vil således få ulike materielle rettsvirkninger alt ettersom hvordan tvisten kvalifiseres. Det skal først redegjøres kort for hva som kjennetegnes som henholdsvis kontrakts- og deliktsansvar, for deretter å plassere dette i forhold til jurisdiksjons- og lovvalgsproblematikken.

Hvor det foreligger en kontrakt mellom to personer, og den ene misligholder kontrakten, er det vanlig å regne dette som erstatning⁴¹ i kontraktsforhold. Følgelig vil de krav som springer ut av en kontrakt tilhøre erstatning i kontraktstilfellene⁴². Erstatning utenfor kontrakt

³⁹ Moss (2009) s. 71

⁴⁰ Konow (2006) s. 617-619, Moss (2009) og Moss (2010)

⁴¹ For at det skal foreligge erstatningsansvar må tre kumulative vilkår være oppfylt; for det første må påstått skadevolder være ansvarlig for skaden, skaden må så ha resultert i et økonomisk tap, og det må foreligge en årsakssammenheng mellom skadevolders handling og skadelidtes oppståtte tap. De tre kumulative vilkårene for erstatning må være oppfylt både for erstatningskrav i og utenfor kontraktsforhold. Se også Tørum (2007) a s. 490-491.

⁴² Nygaard (1974) s. 128, se også Nygaard (2000) s. 7 der det følger: "[a]nsvar i kontraktshøve kjem av at avtalen ikke blir oppfylt. Altså først og fremst eit mishaldsansvar. Ansvar mellom partane ut over dette synest i hovudsak å bli rekna for ansvar utanfor kontrakt".

foreligger når en utenforstående som ikke står i kontraktsforhold til skadevolder lider et tap som følge av skadevolders handling⁴³. Skade henspeiler her person- eller tingskader, mens rene formuestap regnes for å gå inn under kontraktsrettslige krav⁴⁴.

Rene formuestap faller i norsk rett hovedsakelig innenfor kontraktsretten. Imidlertid kan det tidvis oppstå situasjoner hvor rene formuestap dekkes på grunnlag av erstatning utenfor kontrakt. Se for eksempel kabeldommen (Rt.1955 s. 872) hvor Høyesterett tillot et rent formuestap på et tilfelle som gjaldt erstatning utenfor kontrakt. Det forelå her en nær sammenheng mellom skaden som ble voldt, og tapet som oppstod. Videre ble det lagt vekt på at skadevolderen burde ha innsett at skaden kunne oppstå, og at skadevolder også handlet med forsett. I flymanøverdommen (Rt.1973 s. 1268) kom Høyesterett til motsatt resultat. I denne saken lidte en oppdretter et rent formuestap som følge av at et militærfly kuttet strømkabelen som forsynte oppdretteren med strøm. Oppdretteren fikk ikke erstatning for rent formuestap på grunnlag av erstatning utenfor kontrakt. Tapet var for upåregnelig og det krevdes en viss nærhet for at slike krav skulle kunne dekkes. Førstvoterende uttalte at *"dommen i Rt-1955-872, som har vært sterkt påberopt til støtte for ankemotpartens krav, kan jeg ikke oppfatte på denne måte. Tvert imot gir uttalelsen om en "konkret og nærliggende interesse" uttrykk for at forholdet var særeget og domresultatet begrunnet i de spesielle omstendigheter i saken", (min utheving), jf s. 1173.* Rene formuestap kan dermed dekkes på erstatningsforhold utenfor kontrakt, men kun unntaksvis⁴⁵. I tysk rett er hovedregelen i BGB § 823 at denne ikke hjemler rene formuestap. Tysk rett er kjent for sine snevre deliktsregler, skapt på bakgrunn av frykten for flodbølgeargumentet. Man tillater likevel i tysk rett at også rene formuestap kan erstattes som erstatningskrav utenfor kontrakt, jf "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" som skal redegjøres nærmere for i kapittel 4.2.1. Imidlertid skjer dette helt unntaksvis⁴⁶. Den klare hovedregel i både norsk og tysk rett er derfor at rene formuestap anses som erstatning i kontraktsforhold.

Erstatning i kontraktsforhold vil typisk være et tilfelle hvor skadelidte har kjøpt en løsøre-gjenstand som senere viser seg å være mangelfull. Kjøper krever så tapet som har oppstått som følge av mangelen dekket ved å kreve erstatning av selger. I en direktekravssituasjon vil kjøper (C) fremme erstatningskravet mot tidligere salgsledd (A), altså mot (B)s medkontrahent.

Eksempel på hva som er erstatning utenfor kontrakt vil typisk være de tilfellene hvor skadevolder forårsaker en person- eller tingskade, som gir seg utslag i et økonomisk tap for en uavhengig tredjeperson. En person sklir på isen utenfor en butikk og brekker foten, butikkeieren blir så erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag.

Et eksempel fra norsk rett er reglene om produktansvar. Produsenten av en vare kan få rettet erstatningsansvar mot seg som følge av skade voldt av produkter som denne har

⁴³ Lødrup (2005) s. 38

⁴⁴ Andersen/Lookovsky (2010) s. 425.

⁴⁵ Tørum (2007)a s. 490-496, Hagstrøm (2003) s. 791.

⁴⁶ For mer om forholdet mellom erstatning i og utenfor kontrakt i tysk rett, se von Bar (1998) s. 512-525.

tilvirket eller frembrakt, jf produktansvarsloven⁴⁷ (prodansvl) § 1-3, jf § 1-1. Vilkåret er at salgsgjenstanden ikke har noen skade, men at denne har egenskaper som har påført skadelidte en person- eller tingskade.⁴⁸

Produktansvar kan i enkelte tilfeller by på problemer. Det kan tidvis være vanskelig å skille mellom når det foreligger deliktsansvar, og når det foreligger et kjøpsrettslig kontraktsansvar. Både i kjøpslovens forarbeider og i rettspraksis⁴⁹ har det vært debattert hvorvidt produktansvar også kan anses å være en kjøpsrettslig mangel. Utgangspunktet er imidlertid at produktansvar er et deliktsansvar⁵⁰.

Når det gjelder jurisdiksjonsproblematikken, vil betydningen av hvorvidt kravet gjelder erstatning i eller utenfor kontrakt kunne være avgjørende for hvor saken skal reises. Ulike vernetingsregler gjør seg gjeldende avhengig av om man står overfor et kontraktsansvar eller et deliktsansvar.

For saker som kvalifiseres som kontraktsforhold gjør Luganokonvensjonen art. 5.1 seg gjeldende. Det følger her av art. 5.1. b at *"ved kjøp av løsøre"* skal sak reises *"der varene er levert, eller skulle vært levert"*⁵¹. I saker om erstatning utenfor kontraktsforhold er det Luganokonvensjonen art. 5.3 som gjør seg gjeldende, det følger her at sak skal reises hvor *"skaden ble voldt eller oppsto, eller der dette kan komme til å skje"*. Hvordan kravet blir kvalifisert, som erstatningskrav i eller utenfor kontrakt, får således betydning for hvor saken reises. Dette skal drøftes nærmere under kapittel 5.

I forhold til lovvalgsproblematikken vil grensedragningen mellom erstatning i eller utenfor kontrakt ha betydning for hvilken materiell lov som skal anvendes. Det vil derfor ikke bare bli spørsmål om man faller innenfor obligasjonsretten eller erstatningsretten, men også etter hvilket lands materielle rett tvisten skal løses etter.

⁴⁷ Lov av 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar, produktansvarsloven

⁴⁸ Ot.prp. nr 80 (1987-88) s. 26

⁴⁹ Se for eksempel Agurkpinnedommen (Rt.2004 s. 675) dissens 3-2, her uttaler Annenvoterende (mindretallet) at det er mest nærliggende å anse feilen som produktansvar, altså som erstatningsansvar utenfor kontrakt. Imidlertid kom ikke produktansvarsloven til anvendelse da det forelå et kjøp mellom næringsdrivende, jf punkt 79. Saksutfallet var følgende: En agurkprodusent ble påført et rent formuestap som følge av at splittbambuspinner, som ble bruk i agurkproduksjonen, smittet agurkene med en aggressiv plantesykdom. Flertallet kom til at splittbambuspinnene var måtte anses som en kjøpsrettslig mangel, jf kjl. 17(2)a.

⁵⁰ Ot.prp. nr 80 (1986-86) s. 26.

⁵¹ Dette forutsatt at partene ikke har inntatt en vernetings- og/eller lovvalgsklausul i avtalen, da hovedregelen er partsautonomi på kontraktsrettsområde.

Spørsmålet videre blir hvordan man i norsk og tysk rett har løst direktekravproblematikken, og om disse to landene kvalifiserer krav mot tredjemann som et erstatningskrav i eller utenfor kontrakt. Dette vil gjøres rede for i del III.

DEL II LEGISLATIVE HENSYN

2 Legislative hensyn bak reglene om direktekrav

Hovedbegrunnelsen for å hjemle direktekrav ved lovrevisjonen av den tidligere kjøpsloven i 1974 var at tidligere salgsledd (A) ikke skulle oppnå en tilfeldig fordel fordi (B) videreselger til (C). (A) vil i disse tilfellene være like fullt ansvarlig for det tapet som (C) har lidt, idet mangelen ofte stammer fra tidligere selger⁵². Dette er også et av hovedhensynene bak læren om "Drittschadensliquidation" som skal redegjøres for nærmere under kapittel 4.2.2.

Et av hovedargumentene mot direktekrav er at det innebærer et unntak fra relativitetsprinsippet. Kontraktsrettens hovedregel er at en kontrakt kun er bindende for dens kontraherende parter. Sett opp imot hensynet til forutberegnlighet vil det kunne være upåregnelig for (A) å få et krav mot seg fra en som vedkommende ikke er i noe direkte kontraktsforhold til. Dette er et av de hensynene som står så sterk i tysk rett, at man her ikke kan akseptere slike direktekrav.

Imidlertid er gjerne (A) ansvarlig for mangelen ved løøsøregjenstanden, og det er således ikke totalt upåregnelig for denne å bli stilt til ansvar for noe vedkommende er skyld i. Å oppstille et unntak fra hovedregelen om at en kontrakt kun er bindende for dens kontraherende parter vil i slike tilfeller ikke svekke hensynet til forutberegnlighet. Tanken bak subrogasjonssynspunktet er jo nettopp at (C) skal kunne tre inn i (B) sitt krav da kravet er naturlig avledet i kontrakten mellom (A) og (B) til (C).

Det kan tenkes forskjellige situasjoner hvor behovet for å fremme direktekrav oppstår. Selgeren (B) er vrang, utilgjengelig eller utenlands etc.⁵³. Det kan også tenkes at (B) er insolvent eller konkurs. (C)s eneste mulighet til å få dekket tapet sitt vil være ved å gå direkte på (A)⁵⁴.

Det har vært diskutert i teorien⁵⁵ hvorvidt det at (C) kan rette kravet direkte mot (A) når (B) er konkurs vil være en omgåelse av kreditors rett til likebehandling. Når (B) er konkurs er det på det rene at alle kreditorene er berettiget til å få dekket sine krav. Det kan derfor

⁵² Ot.prp.nr. 80 (1986-87) s. 45.

⁵³ Krüger (1999) s. 483

⁵⁴ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 44-45

⁵⁵ Tørum (2007)a s. 184-194.

diskuteres om kravet (C) har mot (A) skal føres inn i konkursboet, for deretter å deles likt mellom alle kreditorene. Likhetsprinsippet i konkurs taler i alle fall for dette.

Imidlertid er det klart at dersom kravet (C) har mot (A) blir ført inn i (B)s konkursbo, er det mer nærliggende at dette kravet blir å anse som en separatistrett. (C) er rettmessig eier av kravet, og (C) vil uansett ha rett på pengene. Dette taler for at det ikke vil være en unngåelse av likhetsprinsippet i konkurs⁵⁶.

Videre taler oppgjørstekniske hensyn for å fremme direktekrav, som nevnt over kan det oppstå situasjoner hvor (B) er utenlands, vrang eller utilgjengelig. Dette vil kunne by på problemer for (C), idet det kan bli vanskelig å rette kravet mot (B). Når selgeren (B) for eksempel befinner seg utenlands kan dette medføre et ubekvemt verneting, og det kan bli en lang og dyr prosess. Videre hvis (C) først må rette krav mot (B), og (B) så må rette kravet sitt mot (A), kan dette fort bli en svært tidkrevende prosess. Når tidligere salgssledd (A) uansett vil få et krav rettet mot seg, og når (A) er skyld i feilen som har oppstått, vil den letteste utvei bli å la (C) rette sitt krav mot (A). En adgang til å fremme direktekrav vil således gjøre prosessen forenklet og tidsbesparende. Dette var også et av argumentene for direktekrav under EU-diskusjonen⁵⁷, jf kapittel 1.2.3.

Det kan videre tenkes tilfeller hvor (A) er den klart best kvalifiserte til å rette manglene ved salgsgjenstanden. Det mest naturlige vil derfor være å rette kravet mot (A). Ellers kan det forekomme tilfeller hvor det foreligger en ansvarsfraskrivelse i avtalen mellom (B) og (C). (C) kan i slike tilfeller bare få dekket tapet sitt ved å fremme krav mot (A)⁵⁸. Kravet (C) har mot (B) kan eksempelvis også falle bort på grunn av foreldelse eller at reklamasjonsfristen har gått ut. Det vil derfor være naturlig å rette kravet mot (A). Dette er særlig aktuelt i internasjonale forhold med tanke på at foreldelses- og reklamasjonsfristene er ulike landene i mellom. Foreldelsesfristene er for eksempel i noen stater regnet som materiell rett, mens i andre stater er de regnet som prosessuell rett.

Til slutt taler rimelighetshensynene for direktekrav. Som vi har sett ovenfor vil det kunne være en rekke grunner til at (C) ikke vil få dekning for kravet sitt hos (B). Å fremme

⁵⁶ Tørum (2007) a s. 184-194.

⁵⁷ Willett (2009) s. 202

⁵⁸ Se for eksempel Davanger-dommen, denne skal redegjøres nærmere for under kapittel 3.2.

direktekrav mot (A) vil dermed være den eneste muligheten (C) har til å få dekket kravet sitt.
Hensynene bak å fremme direktekrav er således velbegrunnede.

DEL III NORSK OG TYSK MATERIELL RETT OM DIREKTEKRAV

3 Norsk rett

3.1 Historisk utvikling knyttet til direktekrav

I norsk rett begynte prinsippene om direktekrav gradvis å vokse frem mot slutten av 1700-tallet. Det var imidlertid først gjennom den danske juristen Anders Sandøe Ørsteds cesjonslære (1834) prinsippene slo til for fullt. Ørsteds cesjonslære var inspirert av det romerske prinsippet *cessio legis*, som oversatt betyr ”overdragelse i form av loven”. Prinsippet bygger på at man kan overdra et krav fra en part til en annen uten at det foreligger en avtale mellom partene, også kalt ”stilltiende cesjon”⁵⁹. Cesjonslæren innebærer et klart unntak fra hovedregelen om at kontrakten bare skaper rettigheter og plikter for de kontraherende parter.

Etter introduksjonen av cesjonslæren avsa Høyesterett en rekke dommer som både anerkjente og som ikke anerkjente direktekrav. Rettstilstanden var derfor usikker frem til revisjonen av den tidligere kjøpsloven i 1974, der man fikk lovfestet direktekrav i § 49a⁶⁰.

Lovgiverne åpnet nå for at forbrukeren (C) kunne rette misligholdskrav direkte mot tidligere salgssledd (A). Dette så lenge selgeren (B) hadde et ”tilsvarende krav” mot (A). Som Kjønstad sa så treffende ”[p]opulært kan man si at loven tar sikte på de tilfelle hvor misligholdet ”går i arv” fra omsetningsledd til omsetningsledd”⁶¹, (min kursivering).

Ved vedtakelsen av den tidligere kjøpslovens § 49a var det uenighet i de nordiske landene om hvorvidt man skulle tillate regler om direktekrav. I de andre nordiske landene fant man ikke grunnlag for å regulere annet enn forholdet mellom kjøper og selger. Man åpnet således ikke for at man kunne kreve erstatning av andre enn dem man sto i direkte kontraktsforhold til⁶². Ved å tillate direktekrav på kontraktsrettslig grunnlag, gikk den norske vedtakelsen av direktekrav lenger enn den rådende oppfatning i Norden.

⁵⁹ Tørum (2007)a s. 174

⁶⁰ Krüger (1999) s. 487, Tørum (2007)a s. 175

⁶¹ Kjønstad (1978) s.174

⁶² Ot.prp.nr.80 (1986-87) s.44

3.2 Høyesterettspraksis vedrørende direktekrav

Høyesterett fortsatte å hjemle direktekrav gjennom rettspraksis etter vedtakelsen av kjl. § 49a, idet denne kun hjemlet forbrukerens rett til å fremme direktekrav. Det er særlig to dommer som er sentrale her; dette er Siesta-⁶³ og Davanger-dommen⁶⁴. Dommene gjelder ikke kjøp av løsøre, men gir en god fremstilling av prinsippene rundt direktekrav. Videre gjelder begge dommene krav om erstatning mot tredjemann, og de gir således en god forståelse av rettstilstanden og hvorfor det er naturlig å plassere direktekravsproblematikken som erstatning i kontrakt etter norsk rett.

I Siesta-dommen inngikk en eier av en seilbåt (C) avtale med (B) om at vedkommende skulle transportere og sjøsette båten. (B) inngikk så en avtale med (A), eier av en heisekran, om at vedkommende skulle løfte båten av traileren ved sjøsettingen. (A) var uforsiktig, noe som resulterte i at båten ble skadet idet (A) skulle løfte den av traileren. (C)s forsikringselskap (D) dekket i første omgang (C)s tap. (D) gikk så til sak mot (A) med krav om dekning av utgiftene (D) hadde hatt på bakgrunn av (A)s uaktsomhet. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt (D) hadde rett til å kreve erstatning av (A), til tross for at det ikke forelå et direkte kontraktsforhold mellom disse.

Høyesterett kom til at selv om (C) og (D) ikke sto i direkte kontraktsforhold til (A) og (B), måtte man likevel innfortolke disse som del av kontrakten. Høyesterett tillot derfor (D) å gå direkte på (A) for å få dekket kravet sitt. Førstvoterende uttalte følgende: *"[j]eg finner det uten videre klart at (C) her ikke kan påberope seg noen direkte partstilling, etablert ved at (B) inngikk avtalen som fullmektig for (C) (...). Derimot så antar jeg at (C) og dermed også (D) – i det foreliggende tilfellet må ha adgang til i eget navn å gjøre gjeldende (Bs) **kontraktsmessige krav mot (A)**", (min utheving). Begrunnelsen for dette bygget blant annet på hensynet til at (A) ikke hadde noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg kravet. Når det forelå en kjede av kontrakter som var avledet fra hverandre, var det også naturlig å innfortolke (C) og (D) i kontrakten mellom (A) og (B). Dette taler for at Høyesterett i Siesta-dommen bygget på et subrogasjonssynspunkt idet (C) og (D) kunne tre inn i (Bs) krav mot (A). Man kan derfor anse dette som et direktekrav på kontraktsrettslig grunnlag⁶⁵.*

⁶³ Rt.1975 s. 1117

⁶⁴ Rt.1981 s. 445

⁶⁵ Det har i teorien vært uenighet hvorvidt Høyesterett her bygger på et erstatningsansvar i eller utenfor kontrakt. Tørum nevner i sin avhandling at det er naturlig å anse Høyesteretts resonnement som kontraktsrettslig da førstvoterende uttaler

I Davanger-dommen kjøpte byggmester (A) en tomt og oppførte eneboliger som han senere solgte til (B) i 1971. (B) videresolgte i 1973 eneboligen til (C), men utformet i standardkontrakten en ansvarsfraskrivelse for skjulte feil og mangler som måtte følge eiendommen. I 1975-76 oppsto det store sprekkdannelser i forstøtningsmuren, som gjorde til at (C) måtte rive og gjenoppbygge denne. På grunn av ansvarsfraskrivelsen i kontrakten mellom (B) og (C), kunne ikke (C) fremme krav mot (B). I tillegg var det byggherren (A) som var skyld i feilen på grunn av dårlig utført grunnarbeid. Spørsmålet for Høyesterett var derfor om (C) kunne gjøre mangelsbeføyelser etter (B)s salg av eiendommen gjeldende mot (B)s medkontrahent (A).

Førstvoterende uttalte følgende; *“Da Holme (C) i 1976 henvendte seg til Pedersen (B), var det for å få hjelp til å ”gå på” Davanger (A) for å støtte Holmes (C) reklamasjon overfor denne. Pedersen (B) avslo med den begrunnelse at han etter salget ikke hadde noe med saken å gjøre, noe Holme (C) har slått seg til ro med.*

Etter dette finner jeg at den naturlige forståelse av avtalen mellom Pedersen (B) og Holme (C) må være at denne også innbefattet mulige mangelsbeføyelser mot Davanger (A). De rettigheter som skulle overtas av kjøperen (..) må altså også omfatte de mangelsbeføyelser denne tvisten gjelder. Jeg har på den annen side vanskelig for å se hvilke beskyttelsesverdige interesser Davanger (A) skulle ha i å motsette seg et slikt direkte krav, med den selvsagte reservasjon at Holmes (C) inntreden ikke kunne øke hans ansvar. Etter min mening ville den ankende parts synpunkter lede til at Davanger (A) fikk en ugrunnet berikelse på Holmes bekostning (C)” (jf s. 452).

Høyesterett anså det slik at ansvarsfraskrivelsen gav grunnlag for å tolke kontrakten mellom (B) og (C) slik at den overførte (B) sitt krav mot (A) til (C). Dommen bygger derfor på et subrogasjonssynspunkt, og prinsippene Høyesterett legger til grunn for avgjørelsen bygger i stor grad på de samme som i Siesta. Davanger-dommen hjemler derfor også erstatning mot tredjeperson i kontraktsforhold. Etter dette er det klart at Høyesterett anser direktekrav som erstatningskrav i kontraktsforhold.

at (D) må ha adgang til å gjøre gjeldende (B)s kontraktsmessige krav mot (A), og at “[e]tter dette er det ikke nødvendig å ta standpunkt til om (A) også hefter for skaden på ikke kontraktsmessig basis” jf Siesta-dommen s. 1124. Videre uttaler Tørum at dersom det hadde vært et deliktskrav hadde ikke Høyesterett måttet begrunne (D)s inntreden i kontrakten mellom (A) og (B), da erstatningskrav er selvstendige krav som står på egne ben, jf. Tørum (2007) a s. 296. Dette resonnementet er jeg enig i, og ser derfor ikke grunnlag for å gå nærmere inn på dette.

3.3 Sentrale lovbestemmelser om direktekrav

Retten for forbrukerne til å fremme direktekrav som fulgte av den tidligere kjøpsloven § 49a ble videreført til kjøpsloven av 1988 § 84. Ved vedtakelsen av kjl. § 84 fikk også kommersielle kjøpere muligheten til å fremme direktekrav mot tidligere salgsledd. Senere, i 2002, ble regelen om direktekrav for forbrukere flyttet til fkjl. § 35.

Fkjl. § 35 1-4. ledd viderefører i stor grad reglene som gjaldt for forbrukerkjøp i kjl. § 84 frem til vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven i 2002⁶⁶. Fkjl. § 35 er relativt lik kjl. § 84, men inneholder en rekke utvidelser som styrker forbrukerens rettigheter ytterligere i kjøpssituasjonene. Dette henger nært sammen med hensynet til at forbrukeren trenger et ekstra vern i situasjoner der selger er næringsdrivende, fremfor situasjoner der både kjøper og selger er kommersielle parter.

Hovedregelen etter både kjl. § 84(1) og fkjl. § 35(1) er at kjøper kan gjøre gjeldende misligholdskrav mot "tidligere salgsledd". Dette så lenge "mangelen" stammer fra foregående salgsledd (A). Reglene gjelder derfor kun kontraktsbrudd i form av direkte mangelskrav.

Ordlyden i både kjl. § 84(1) og fkjl. § 35(1) tilsier at (C) kun kan fremme direktekrav i de tilfeller (B) vil ha et "tilsvarende" krav mot (A). I dette ligger det at (C) ikke skal kunne kreve noe mer eller noe annet enn det (B) kan kreve av (A). (C)s krav avgrenses dermed av (B)s krav mot (A). Dette bygger igjen på at kravet må være avledet i kontraktskjeden, og at det derfor vil være naturlig at (C) krever erstatning av (A).

Kjl. § 84 bygger på subrogasjonssynspunktet; kjøper skal kunne fremme et tilsvarende krav som det selgeren har rett til å kreve mot tidligere salgsledd⁶⁷. Dette følger også av kjøpslovens forarbeider der det fremgår at "*[d]et foreslås derfor i NU 1984:5 en generell regel som for "mangelkrav" fullt ut bygger på et subrogasjonssynspunkt. Det vil si at kjøperen får samme rett overfor selgerens heimelsmenn som han ville fått ved en overdragelse av selgerens krav på disse*"⁶⁸.

⁶⁶ Tverberg (2008) s. 560. Se også Jervell (1994) for en oversikt over kjl. § 84 før ikrafttredelsen av forbrukerkjøpsloven i 2002.

⁶⁷ Bergem, Konow, Rognlien (2008) s.391.

⁶⁸ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 136.

Dette er også støttet opp i rettspraksis, særlig i Veidekke-dommen⁶⁹ hvor førstvoterende uttaler at "[p]aragraf 84 første ledd gir kjøperen adgang til også utenfor forbrukerforhold å gjøre gjeldende "krav som følge av mangel" mot tidligere salgssledd. Denne bestemmelsen bygger på subrogasjonsmodellen: Kjøperen trer inn i selgerens krav mot sin hjemmelsmann uten hensyn til om kjøperen har noe krav mot selgeren"⁷⁰.

Grunnlaget for at utvalget valgte å la loven bygge på et subrogasjonssynspunkt var av hensynet til forutberegnelighet. Dersom det for eksempel foreligger en ansvarsfraskrivelse i avtalen mellom (A) og (B) skal det være forutberegnet for (A) å ikke plutselig få et krav mot seg fra en part denne i utgangspunktet ikke står i kontraktsforhold til⁷¹.

Fkjl. § 35(1) har i stor grad samme oppbygging som kjøpsloven, og dette kan tale for at det også her var meningen å bygge på et subrogasjonssynspunkt. Imidlertid bygger loven dels på et subrogasjonssynspunkt, og dels på dobbelbegrensningsmodellen. Dette kan leses ut av lovteksten idet det følger at "[f]orbrukeren kan gjøre sitt mangelskrav mot selgeren gjeldende mot tidligere yrkesledd" og at "tilsvarende krav (...) kan gjøres gjeldende av selgeren" mot tidligere salgssledd. Etter ordlyden kan dobbelbegrensningsmodellen dermed tolkes dit hen at i tillegg til at (B) må ha et tilsvarende krav mot (A), må (C) også ha et krav mot selger (B)⁷². Forbrukeren gis dermed en valgrett til enten å gå på selger (B) eller tidligere salgssledd (A). Dette er nok av hensynet til at forbrukeren, som den svake part, skal kunne få best mulig dekning for kravet sitt.

Det som er interessant å se på i fkjl. § 35 i forhold til kjl. § 84 er lovens utvidelser, og da særlig fkjl. § 35(2). Det fremgår av ordlyden i fkjl. § 35(2) at dersom det foreligger en avtale hos tidligere salgssledd som begrenser selgerens rett, så vil ikke dette gjøre seg gjeldende overfor forbrukeren. Det tidligere salgssleddet (A) kan dermed risikere et større ansvar overfor forbrukeren (C) enn overfor sin egen kontraktspart (B).⁷³ Hvis det foreligger en ansvarsfraskrivelse i kontrakten mellom (A) og (B) vil denne således ikke gjøre seg gjeldende overfor (C). (C) trer dermed ikke nødvendigvis inn i (B)s krav her, da (C)s krav mot (A) gjerne er større enn (B)s krav mot (A). Subrogasjonssynspunktet gjør seg således ikke gjeldende

⁶⁹ Rt.1988-656. Saken gjaldt entrepriserett og jeg anser derfor en gjengivelse av dommen som uhensiktsmessig.

⁷⁰ Rt.1988-656 s. 662.

⁷¹ Ot.prp.nr.80 (1987-88) s. 137.

⁷² Tørum (2007)a s. 208

⁷³ Tverberg (2008) s. 560

etter fkjl. § 35(2). Dette kan være problematisk idet (A) kan få et krav mot seg som denne i utgangspunktet har fraskrevet seg. Man kan derfor stille spørsmål ved om man her går for langt i å sikre forbrukerens rettstilling.

Det er etter kjl. § 84(1) og fkjl. § 35(1) kun en "mangel" som kan gjøres gjeldende, noe som sett sammen med vilkåret "tilsvarende", må tolkes dit hen at det kun er avledede mangler i kontrakten som innbefattes. Selvstendige krav som oppstår på bakgrunn av erstatningsforhold utenfor kontrakt dekkes derfor ikke av loven. Dette støttes også av teori og praksis i norsk rett der det fremkommer at man ikke kan akseptere direktekrav på bakgrunn av selvstendige krav, idet disse må anses for å svekke hensynet til forutberegnlighet⁷⁴.

Ved at man lar tredjeperson (C) tre inn i kontrakten mellom (A) og (B), og ved å la (C) få samme rettigheter mot (A) som det (B) har, hjemler dette i utgangspunktet direktekrav på erstatning i kontraktsforhold. Direktekrav vil således kvalifiseres som kontraktsrettslig i norsk rett.

4 Tysk rett

4.1 Fra germansk rett via romersk rett til BGB – grobunn for direktekrav?

I motsetning til Europas andre store stater, ble ikke Tyskland samlet til ett rike før etter den fransk-preussiske krig i 1871⁷⁵. Rikssamlingen ga støtet til Bürgerliches Gesetzbuch som ble utformet og vedtatt 1. januar 1900.⁷⁶

Før ikrafttredelsen av BGB var tysk rett i stor grad påvirket både av romersk og germansk rett. Den germanske retten var et produkt av stammerett som bygget på muntlig overleverte rettsforestillinger. Når så romerretten gjorde sitt inntog i Tyskland på midten av 1500-tallet, medførte dette at den germanske retten fikk mindre betydning⁷⁷.

I Tyskland fikk Romerretten større innvirkning på den materielle retten enn hva den gjorde både i Frankrike og England. Dette ser man igjen på dagens tyske regelverk. De første tyske

⁷⁴ Tørum (2007)a s.205

⁷⁵ Glendon, Carozza, Picker (2008) s. 38.

⁷⁶ Lando (2009) s. 55.

⁷⁷ Lando (2009) s. 55, Zweigert, Kötz (1998) s. 133.

juristene utdannet seg ved norditalienske universiteter hvor det ble undervist i romersk rett. Som en følge av dette underviste man i romersk rett etter hvert som universitetsinstitusjonene ble opprettet i Tyskland⁷⁸.

I løpet av opplysningstiden på 1700-tallet, vokste ideen om å kodifisere retten frem. Dette ga grobunn for den historiske skole (1800-tallet), med Carl Friedrich von Savigny (1799-1861) som leder⁷⁹. Savigny var i utgangspunktet tilhenger av germansk rett, idet han mente at retten var et kulturprodukt utviklet gjennom en historisk prosess⁸⁰. Dette medførte at Savigny havnet i konflikt med Thibaut⁸¹, da sistnevnte hadde stor interesse i å kodifisere tysk rett, hvor romerrett skulle være den gjeldende lære⁸².

Av Savignys arbeider fikk "System des heutigen römischen Rechts" (1840) størst innflytelse i Tyskland⁸³. Ironisk nok omhandlet dette verket nettopp romerretten. Med tiden utviklet den historiske skole seg til pandektvitenskap, hvor hovedformålet var systematisk å studere romersk rett.⁸⁴ Tysk rett, især kontraktsretten, er av denne grunn i stor grad influert av romerretten. Romerske prinsipper som "pacta sunt servanda", at avtaler skal holdes slik de er inngått, står derfor sterkt.

Savigny og den historiske skole influerte også andre prinsipper som skulle få stor betydning for tysk kontraktsrett, heriblant viljeserklæringsprinsippet. Dette ble til gjennom tanken om at rettssubjektet var fritt og at subjektet kunne utføre frie handlinger⁸⁵. Mennesket som fritt individ kunne selv velge hva man ville binde seg til, og en kunne dermed ikke bli bundet av noe annet enn hva man uttrykkelig hadde inngått avtale om⁸⁶.

Viljeserklæringsprinsippet ble videreført av pandekterne, og er nå lovfestet i BGB § 133. Denne fungerer som en tolkningsregel⁸⁷.

"Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu häften".

⁷⁸ Lando (2009) s. 55-56

⁷⁹ Zweigert, Kötz (1998) s. 135-136

⁸⁰ Glendon, Carozza, Picker (2009) s. 39, Lando (2009) s. 56-57.

⁸¹ Thibaut var professor i romerrett

⁸² Zweigert, Kötz (1998) s. 137.

⁸³ Lando (2009) s.57; læren ble også kalt *Pandektenlehre*.

⁸⁴ Zweigert, Kötz (1998) s. 140

⁸⁵ Ulfbeck (2000) s. 35.

⁸⁶ Ulfbeck (2000) s. 34-35

⁸⁷ Ulfbeck (2000) s. 34-36

Som en følge av viljeserklæringsprinsippet, ble relativitetsprinsippet utviklet. Denne har også fått stor betydning for tysk kontraktsrett. Det er en klassisk regel i romersk rett at kontrakten bare skaper rettigheter og plikter for de kontraherende parter. Tredjepersoner som ikke har vært en del av avtaleinngåelsen, vil derfor som utgangspunkt ikke ha noen rettigheter etter kontrakten, jf ”*alteri stipulari nemo potest*”⁸⁸.

Relativitetsprinsippet innebærer for det første at kontraktsrettslige plikter etablert mellom (A) og (B) ikke kan gjøres gjeldende for tredjeperson (C). For det andre innebærer prinsippet at tredjepersoner ikke kan få rettigheter og plikter etter en kontrakt de ikke står i direkte kontraktsforhold til⁸⁹. Dette innebærer at en kontrakt kun etablerer rettigheter og plikter for dens kontraherende parter. Det er derfor kun de kontraherende parter som kan gjøre kontrakten gjeldende. Prinsippet fravikes heller sjelden, og direktekrav er på bakgrunn av dette ikke et naturlig referansepunkt i tysk rett.

Senere, i løpet av det 20. århundre, har stadig flere tyske rettsteoretikere oppfattet BGB som noe ufullstendig. Dette skyldes ikke minst innflytelse fra EU-retten. Det har av denne grunn vært nødvendig å reformere deler av lovboken⁹⁰. Direktekrav har imidlertid ikke blitt en del av tysk lov ettersom relativitetsprinsippet står så sterk at det ikke har vært naturlig å tillate det.

Bundesgerichtshof har likevel, på bakgrunn av rettspraksis, dannet to ulovfestede *direktekravslignende* regler. Dette er ”*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*” og ”*Drittschadenliquidation*”. Utgangspunktet om at kontrakten bare skaper virkninger inter-partes modifieres derfor i visse tilfeller⁹¹. Det vil først gjøres rede for disse reglens anvendelsesområde. Deretter blir spørsmålet hvorvidt ”*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*” og ”*Drittschadenliquidation*” hjemler krav mot tredjemann på grunnlag av erstatning i eller utenfor kontrakt.

⁸⁸ Zweigert, Kötz (1998) s. 457

⁸⁹ Ebers, Janssen, Meyer (2009) s. 7. Det følger her at i civil law landene er det vanlig å omtale prinsippet som ”*relativity of contract*”, mens det i common law landene er vanlig å omtale prinsippet som ”*privity of contract*”.

⁹⁰ Zimmermann (2005) s. 1-4.

⁹¹ Tørum (2007) a s. 64, det uttales også her at det bare er delvis riktig av tysk rett ikke aksepterer direktekrav.

4.2 Direktekravslignende lære på bakgrunn av ulovfestet rett?

4.2.1 "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte"

"Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte"⁹² betyr direkte oversatt **kontrakt med beskyttelsesvirkning for tredjeperson**⁹³. "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" kommer til anvendelse når det foreligger et brudd på kontraktens primær- og sekundærforpliktelse. Kontraktens primærforpliktelse, "*primäre Leistungsnähe*", innebærer hovedsakelig oppfyllelse av kontrakten, og brudd på denne utløser alltid ansvar. Dette gjelder ikke tredjepersons rettigheter, fordi (C) i utgangspunktet ikke har noen rettigheter etter kontrakten mellom (A) og (B), jf relativitetsprinsippet. Tredjemann (C) er derfor avhengig av at det også foreligger et brudd på kontraktens sekundærforpliktelse "*Schutzpflichten*". Kontraktens sekundærforpliktelse utløser da et omsorgsansvar for (A) overfor tredjeperson (C)⁹⁴.

For at "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" skal komme til anvendelse, må tre vilkår oppfylles. For det første må (C) være synliggjort for (A) ved avtaleinngåelsen mellom (A) og (B), også kalt "*Leistungsnähe*"⁹⁵. Dette fordi (A) skal kunne avgrense rekkevidden av potensielt skadelidte, og (A) skal også kunne forutse at det kan oppstå et eventuelt krav fra (C)⁹⁶. For det andre må (B) ha en beskyttelsesverdig interesse i å verne (C). (B) må derfor ha et visst ansvar for (C)s ve og vell, "*Wohl und Wehe*". Det må derfor foreligge et nært forhold mellom tredjeperson (C) og dennes medkontrahent (B). Til slutt må (B) og (C)s interesser ikke være forskjellige, idet (C) ikke kan fremme et krav som ikke samsvarer med (B) og (C)s krav⁹⁷. "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" gir dermed (C) rett til å fremme krav mot (A) når disse tre vilkårene er oppfylt, og hjemler derfor en direktekravslignende lære. Spørsmålet i det følgende blir om "Vertrag mit Scutzwirkung für Dritte" hjemler erstatningskrav mot tredjeperson i eller utenfor kontrakt.

⁹² Det var riktignok Larenz som gav navn til læren, se Ulfbeck (2000) s. 63 med videre henvisninger.

⁹³ von Bar (1998) s. 498; "[t]he contract with secondary protective effects for the benefit of third parties (...)".

⁹⁴ Markesinis, Unberath, Johnston (2006) s. 204-205, se også Tørum (2007)a s. 68 med videre henvisninger.

⁹⁵ Vilråene er utledet fra Markesinis, Unberath, Johnston (2006) s. 207. Se også Schlechtriem/Kessel (2005) s. 334-335 og Tørum (2007)a s. 68-69

⁹⁶ Tørum (2007)a s. 68 med videre henvisninger.

⁹⁷ Tørum (2007)a, 68-69

”Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte” hjemlet til å begynne med kun person- og tingskader. Dette taler for at denne kun hjemlet erstatningskrav mot tredjeperson utenfor kontrakt. Imidlertid åpnet Bundesgerichtshof (1965) opp for at ”Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte” også skulle hjemle rene formuestap⁹⁸. Etter dette kom kvalifikasjonsproblematikken på spissen; hjemlet ”Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte” nå erstatningskrav mot tredjeperson i eller utenfor kontrakt?

Markesinis, Unberath og Johnston uttaler i boken *the German Law of Contracts* at når Bundesgerichtshof utvidet ”Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte” til også å gjelde rene formuestap, var dette å anse som ”a **tort claim dressed up in contract clothes**”⁹⁹, (min utheving). Dette utsagnet kan tolkes dit hen at reglene hjemler erstatningskrav utenfor kontrakt.

En sak fra Bundesgerichtshof¹⁰⁰ (1995) kan også være illustrerende. Spørsmålet i denne saken var hvorvidt en kjøper (C) kunne kreve erstatning av (A). (A) var her en arkitekt som ga en unøyaktig tilstandsrapport av et hus i sammenheng med hussalg fra (B) til (C). Dommen kan minne om Davanger-dommen ettersom begge gjelder kjøp av fast eiendom. Det er derfor interessant å se om Bundesgerichtshofs argumentasjon har likhetstrekk med Høyesteretts argumentasjon.

Saksutfallet var følgende: Tiltalte (A), en arkitekt, utferdiget en tilstandsrapport i sammenheng med at (B) skulle selge et hus. Rapporten fastslo at tilstanden på huset var god, til tross for manglende undersøkelse av husets loft. (B) solgte huset til (C), og det ble i forbindelse med salget utferdiget en ansvarsfraskrivelse som utlukkete ansvar for eventuelle mangler. (C) oppdaget senere fuktskader på husets loft, disse var såpass alvorlige at etter en vurdering fra sakkyndige måtte taket rives og erstattes med et nytt. (C) krevde så erstatning fra (A) på grunnlag av unøyaktig vurdering ved utarbeidelse av tilstandsrapporten.

Kravet førte ikke frem i første instans, retten la her vekt på at (C) hadde undersøkelsesplikt, og at fuktskadene ville blitt oppdaget om (C) hadde foretatt en tilstrekkelig inspeksjon. Dessuten forelå det heller ikke noe direkte kontraktsforhold mellom (A) og (C).

⁹⁸ BGH NJW 1965, 1955; JZ 1966, 141, Testamentfall decision, ser ikke en gjengivelse av dommen som hensiktsmessig, saken gjaldt ikke et kjøpsforhold, men økonomisk tap som følge testament ikke ble opprettet.

⁹⁹ Markesinis, Unberath, Johnston (2006) s. 208

¹⁰⁰ BGHZ 127, 378/NJW 1995, 392, også kalt arkitekt-dommen.

Dette synspunktet ble ikke opprettholdt hos Bundesgerichtshof hvor man kom til at "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" var anvendelig. Riktignok hadde ikke (A) og (C) vært i direkte kontakt med hverandre, "Leistungsnähe", forut for kontraktsinngåelsen mellom (A) og (B). Imidlertid var (C) som potensiell kjøper synliggjort for (A), idet tilstandsrapporten skulle brukes i samsvar med salg av huset. (A) burde innsett at en feilaktig rapport kunne utløse erstatningsplikt. Dette fordi rapporter fra sakkyndige må tillegges ekstra vekt idet man som kjøper automatisk knytter større tillitt til ekspertuttalelser¹⁰¹. Å fremlegge en feilaktig rapport var derfor også å anse som brudd på kontraktens sekundærforpliktelse: "Schutzpflichten". Som selger hadde også (B) ansvar for (C)s ve og vell, "Wohl und Wehe", og de tre vilkårene var derfor oppfylt.

Dommen har som nevnt likhetstrekk med Davanger-dommen, for det første gjelder begge dommene huskjøp hvor det foreligger en ansvarsfraskrivelse i kontrakten mellom (B) og (C). For det andre utløser (A)s handling erstatningsplikt overfor (C). Til forskjell fra Davanger-dommen, hvor Høyesterett innfortolker (C) som en part i kontrakten mellom (A) og (B), gir Bundesgerichtshof (C) erstatning på grunnlag av en beskyttelsesplikt som utløses av kontraktens sekundærplikt. (C) blir således ikke innfortolket i kontrakten, men oppnår erstatning på grunnlag av et selvstendig krav mot (A)¹⁰². Dette kan tolkes dit hen at "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" kun hjemler erstatning utenfor kontrakt, til tross for at erstatningskravet gjaldt et rent formuestap.

Dette kan også støttes opp av Prüfzeichen-dommen¹⁰³. Saksutfallet var følgende: et selskap(C) kjøpte plastrør av produsent (A) ved hjelp av en mellommann (B). Selskapet fikk opplyst at plastrørene var av den kvalitet de ønsket, men etter ett år oppsto det mangler. Selskapet (C) saksøkte derfor produsenten (A) med krav om skadeerstatning. Kravet førte imidlertid ikke frem idet Bundesgerichtshof kom til at "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" ikke kom til anvendelse på kjøpsrettslige mangler¹⁰⁴. Dommen kan følgelig forstås slik at "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" ikke hjemler erstatningskrav i kontrakt, idet reglene ikke kan anvendes på kjøpsrettslige mangler.

¹⁰¹ von Bar (1998) s. 520-525, se også Rt.1931 s. 146 hvor en skogtakstmann ble ansvarlig på deliktsgrunnlag for å ha oppgitt for mye areal i forhold til hva det i virkeligheten var. Det forelå her et direktekrav basert på informasjonsansvar. Læren om "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" kan minne et slikt informasjonsansvar.

¹⁰² von Bar (1998) s. 502-503: (C) har etter "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" ikke rett til å gjøre gjeldende brudd på kontraktens hovedforpliktelse mot (A).

¹⁰³ BGH NJW 1974, 1503

¹⁰⁴ Se mer om denne dommen i Tørum (2007)a s. 72.

Videre kan Markesinis, Unberath og Jonhstons uttalelse om at "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" i realiteten er å plassere **"tort problems into contractual settings** in order to overcome structural difficulties in their code"¹⁰⁵, (min utheving), tale for at læren er å anse som et erstatningskrav utenfor kontrakt. Det siktes nok her til de snevre deliktsreglene i BGB § 823¹⁰⁶, og en finner støtte for uttalelsen i von Bar, der det følger; " (...) *liability to a third party under such a contract with secondary protective effects constitutes contractual liability without a contract. The function of such liability is to fill lacunae in the tort system using contractual means*"¹⁰⁷, (min utheving). Dette kan tyde på at man har gitt reglene om "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" et kontraktsrettslig preg, men i bunn og grunn dreier det seg om et deliktsansvar. En må derfor legge til grunn at "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" hjemler erstatningskrav utenfor kontrakt.

4.2.2 "Drittschadensliquidation"¹⁰⁸

Direkte oversatt betyr "Drittschadensliquidation" likvidering av tredjemannskade. Reglene hjemler "transferred loss"¹⁰⁹ som innebærer at tapet må overføres fra (B) til (C), såkalte transporterte krav. Følgende parter er involvert i dette oppsettet; (A) debitor, (B) kreditor, og person (C) skadelidte¹¹⁰. For at reglene om "Drittschadensliquidation" skal komme til anvendelse må følgende scenario inntreffe: (A) selger en gjenstand til (B) som (B) straks videreselger til (C). Etter at (C) har fått overlevert gjenstanden viser det seg at denne er mangelfull, og (C) lider som følge av dette et tap. (C) har etter tysk rett ikke anledning til å fremme krav mot (A), (B) må derfor, på vegne av (C) og som fordringens rettsmessige eier, fremme erstatningskravet mot (A)¹¹¹.

"Drittschadensliquidation" er skapt gjennom rettspraksis idet domstolene så det nødvendig å danne en lære som hjemlet transporterte krav. "Drittschadensliquidation" er tiltenkt de

¹⁰⁵ Markesinis, Unberath, Johnston (2006) s. 211.

¹⁰⁶ Ordlyden i BGB § 823 " (...) ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt" er relativt vid, og man kunne her innfortolke rene formuestap. Imidlertid har tysk rett begrenset lovens anvendelsesområde til kun å gjelde person- og tingskader, jf. Von Bar (1998) s. 124-127

¹⁰⁷ von Bar (1998) s. 498.

¹⁰⁸ Læren om "Drittschadensliquidation" er skapt på bakgrunn av at (A) ikke skal få en tilfeldig fordel ved at tapet har gått over på tredjemann, og at (A) dermed skal slippe unna ansvar. Dette er i stor grad de samme legislative hensyn som gjør seg gjeldende i kjøpslovens forarbeider, og utvalget begrunnelse for å tillate direktekrav i norsk rett, jf kapittel 2.

¹⁰⁹ Markesinis, Unberath, Johnston (2006) s. 217, se også von Bar (1998) s. 507

¹¹⁰ von Bar (1998) s.507.

¹¹¹ Schlechtriem, Kessel (2005) s. 170-173

tilfeller hvor salgsgjenstanden er blitt skadet gjennom transport fra (B) til (C). (B) leier eksempelvis en sjåfør for å frakte gjenstanden til (C), og i mellomtiden oppstår det en skade på gjenstanden. Idet (B) er eier av gjenstanden når tapet oppstår er (B) også rettmessig eier av kravet¹¹². For at "Drittschadensliquidation" skal komme til anvendelse må derfor to vilkår være oppfylt: for det første må det være tilfeldig at tapet går fra (B) til (C)¹¹³. For det andre må (C) være den skadelidende, og (B) må derfor gjøre kravet gjeldende for (C)¹¹⁴. (B) må altså fremme et krav mot (A) på vegne av tredjeperson (C).

Reglene om "Drittschadensliquidation" kan minne om subrogasjonssynspunktet i norsk rett: (C) trer inn i (B)s krav mot (A). Imidlertid trer ikke (C) etter "Drittschadensliquidation" inn i (B)s krav mot (A) idet det er (B) som må fremme kravet mot (A). Kravet går således tilbake til (A) via de ulike leddene i kontrakten¹¹⁵. Når (C) ikke kan rette kravet sitt direkte mot (A), innebærer ikke reglene om "Drittschadensliquidation" noen parallell til de norske reglene om direktekrav.¹¹⁶ "Drittschadensliquidation" oppstiller således ikke et unntak fra hovedregelen om at en kontrakt bare er bindende for dens kontraherende parter. Det er jo nettopp (B) som direkte kontraktspart, som gjør gjeldende erstatningskravet mot (A). Dette taler også for at "Drittschadensliquidation" hjemler erstatningskrav i kontrakt.

I likhet med reglene om "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" dekker også "Drittschadensliquidation" rene formuestap, noe som også taler for at reglene hjemler erstatningskrav i kontrakt. "Drittschadensliquidation" kan imidlertid sies å gå lenger enn "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" idet det åpnes for å dekke erstatningskrav på grunnlag av mangler ved løstøregjenstander. Dette er også en klar parallell til de norske reglene i kjl. § 84 og fkl. § 35 om direkte mangelskrav, jf kapittel 3.3.

En sak fra 1963¹¹⁷ er illustrerende: (B) kjøpte her lær av (A) for å lage belter til kvinnekjoler, som denne skulle videreselge til tredjeperson (C), firmaet KF. Etter hvert viste det seg at beltene gav fra seg gule merker på kjolene. (C) måtte på bakgrunn av dette trekke tilbake

¹¹² Markesinis, Unberath (2002) s. 64-65.

¹¹³ Se for eksempel BHGZ 51,91 "chicken pest case" hvor domstolen uttaler at tapet må "(...) be shifted on to the third party, so that as a matter of law the damages done to him (C), and not to the creditor (B)".

¹¹⁴ Markesinis, Unberath, Johnston (2006) s. 218-219

¹¹⁵ Dette minner mye om hvordan de EU-landene som ikke anerkjenner direktekrav tolker forbrukerkjøpsdirektivets artikkel 4, nevnt i kapittel 1.2.3

¹¹⁶ Markesinis, Unberath (2002) s. 64 der det følger at "Drittschadensliquidation" ikke innebærer noe unntak fra relativitetsprinsippet idet (C) ikke kan fremme kravet direkte mot (A). Dette synspunktet støttes også opp av Tørum (2007)a s. 78.

¹¹⁷ BGHZ 40, 91, case no. 71

395 kjoler fra markedet, noe som medførte et tap på 10 375, 50 DM. (B) fremmet så krav mot (A) på (C)s vegne etter læren om "Drittschadensliquidation". Saken førte frem i Landesgericht, og (A) ble dømt til å betale for skadene som var påført (C). (A) anket til Oberlandesgericht, hvor (C) også fikk medhold idet domstolen mente det forelå en "implied term" i avtalen mellom (A) og (B). (B) hadde derfor rett til å saksøke på vegne av (C). Saken ble anket videre til Bundesgerichtshof, hvor (A) fikk medhold. Domstolen kom til at det ikke forelå en "implied term" i avtalen mellom (A) og (B). (B) kunne derfor ikke saksøke (A) på vegne av (C).

Dommen må tolkes dit hen at (B) er avhengig av at det foreligger en "implied term" i avtalen mellom (A) og (B) for at denne skal kunne saksøke på vegne av (C). Dette er i og for seg naturlig med tanke på at (B) i realiteten ikke har noe tap på sin hånd, dette tapet må overføres fra (C) til (B). Videre kan dommen tas til inntekt for at "Drittschadensliquidation" hjemler kjøpsrettslige mangler, så lenge det foreligger en "implied term" i avtalen mellom (A) og (B). Sett i sammen med at erstatningskravet blir fremmet gjennom kontraktens ledd, taler dette for at "Drittschadensliquidation" hjemler erstatningskrav i kontrakt.

4.2.3 Oppsummering

Oppsummert kan det virke som tysk rett er varsom med å tillate direktekrav. Noe som blant annet følger av at relativitetsprinsippet og hensynet forutberegnligheten står sterkt. Når man tillater at (C) fremmer krav mot (A) er dette etter reglene om "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" på grunnlag av erstatning utenfor kontrakt. Man tillater således selvstendige krav mot (A), nettopp fordi det er unaturlig i tysk rett å skape rettigheter for (C) gjennom kontrakten mellom (A) og (B) når (C) ikke er direkte kontraktpart.

Reglene om "Drittschadensliquidation" kan anses som kontraktsrettslige. (C) har ikke her adgang til å fremme et krav mot (A), men kan få dekket tapet ved at (B) fremmer kravet. Videre hjemler "Drittschadensliquidation" både rene formuestap og dekker erstatningskrav som har oppstått ved kjøpsrettslige mangler.

Verken "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" eller "Drittschadensliquidation" hjemler direktekrav på lik linje med de norske reglene. Spørsmålet under kapittel 5 blir dermed

hvordan tysk retts regler om "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" og
"Drittschadensliquidation" harmonerer med EF-domstolens kvalifisering av direktekrav

DEL IV INTERNASJONAL PRIVAT- OG PROSESSRETT

5 Grenseoverskridende direktekrav

5.1 Direktekrav og jurisdiksjon: EF-domstolens kvalifisering av direktekrav; erstatningsverneting eller kontraktsverneting?

Det kan i enkelte tilfeller oppstå vanskeligheter ved avgjørelsen av stedlig domskompetanse med hensyn til spørsmålet om kravet gjelder erstatning i eller utenfor kontrakt. Hvis man kommer til at kravet er erstatning i kontrakt, vil Luganokonvensjonen 5.1 gjøre seg gjeldende. Dersom man på den annen side kommer til at kravet gjelder erstatning utenfor kontrakt, vil det være art. 5.3 som gjør seg gjeldende. Utgangspunktet burde således være ganske enkelt: dersom kravet gjelder erstatning i kontrakt blir Luganokonvensjonen art. 5.1. b om, *"der varene er levert, eller skulle vært levert"*, utgangspunktet. Dersom det gjelder deliktsansvar blir art. 5.3, der *"skaden ble voldt eller oppsto, eller der dette kan komme til å skje"*, gjeldende.

I det følgende skal det foretas en redegjørelse av hvordan EF-domstolen kvalifiserte direktekrav i Handte-dommen. Dommen gjelder riktignok en tolkning av Brusselkonvensjonen. Det er imidlertid på det rene at EF-domstolens tolkning av Brusselkonvensjonen også vil få betydning for hvordan Brusselordningen og Luganokonvensjonen skal tolkes. Spørsmålet i det følgende blir om EF-domstolen kvalifiserer grenseoverskridende direktekrav som et erstatningskrav i eller utenfor kontrakt.

I Handte-dommen var saksforholdet følgende: Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA (heretter TMCS) (C), registrert i Bonneville, Frankrike, kjøpte to metallpoleringsmaskiner av "Bula et fils", et sveitsisk selskap, heretter (B). Metallpoleringsmaskinene var produsert av Handte Germany (A1), men var solgt og installert av produsentens franske salgskontor, Société Handte France (A2).

Etter en tid viste det seg at maskinene ikke overholdt de krav som gjaldt til hygiene og sikkerhet på arbeidsplassen. Som en følge av dette kunne ikke metallpoleringsmaskinene brukes til det tiltenkte formål, og (C) lidte dermed et rent formuestap. (C) krevde derfor

erstatning ikke bare av (B), men også av Handte France (A2) og Handte Germany (A1). Søksmålet ble anlagt ved oppfylleelsesvernetinget i Bonneville, Frankrike.

Handte *Germany* (A1) gjorde gjeldende at art. 5.1. ikke kunne anvendes på tilfeller hvor det forelå en linje av kontrakter. Cour de Cassation anså tvisten å skape et problem i forhold til hvordan man skulle tolke konvensjonen, og stilte derfor følgende spørsmål til EF domstolen: "*Does Article 5(1) of the Convention, which provides for special jurisdiction in matters relating to a contract, apply to an action between a sub-buyer of goods and the manufacturer, who is not the seller, relating to defects in those goods or to their unsuitability for their intended purpose?*"(domspremiss 8).

Dommeren uttalte først at for å få en ensartet og uniform tolkning av konvensjonen, må ordlyden "matters relating to a contract" tolkes autonomt¹¹⁸. Dette følger av domspremiss 10: "*the Convention is to be interpreted **independently** (...) [and] ensure that it is applied **uniformly** in all the Contracting States. (...) The phrase should not therefore be taken as referring to how the legal relationship in question before the national court is classified by the relevant national law", (min utheving). I motsetning til forbrukerkjøpsdirektivets art. 4, som nevnt i kapittel 1.2.3, kan derfor medlemsstatene ikke tolke konvensjonen på bakgrunn av nasjonal rett. Konvensjonen skal tolkes likt i alle medlemsland, og nasjonal rett får derfor ikke betydning ved tolkningen.*

Dommeren fant støtte for dette synspunktet i forarbeidene; "*(...) the purpose of the Convention is (...), by establishing common rules of jurisdiction, to achieve, (...) in the field which it was required to cover, a genuine legal systematization which will ensure the greatest possible degree of legal certainty*" (domspremiss 12). Av hensynet til forutberegnelighet og uniform anvendelse må konvensjonen derfor tolkes likt.

EF-domstolen kom til at direktekrav ikke kunne kvalifiseres som "matters relating to a contract", jf art. 5.1, fordi det ikke forelå et direkte kontraktsforhold mellom (C) og (A1/A2). Det fremgår ikke noe i dommen om hvordan man skal kvalifisere slike grenseoverskridende direktekrav. Dommeren uttaler bare at art. 5.1 ikke kommer til anvendelse idet kravet ikke

¹¹⁸ Se også Hertz (1998) s. 76, det følger her at både art 5.1 og art 5.3 skal tolkes autonomt, i tråd med EF-domstolens tolkning, og at man derfor ikke skal kvalifisere disse etter nasjonal rett, *lex causae* eller *lex fori*. Se også Tørum (2007)a s. 406, og Tørum (2007)b s. 466.

kan anses som kontraktrettslig. Man må derfor bare forutsette at EF-domstolen derav anså kravet som et erstatningskrav utenfor kontrakt¹¹⁹.

Senere, i Spliethoff-dommen¹²⁰, fastslo EF-domstolen at alle direktekrav skal anses som erstatningskrav utenfor kontrakt. Grenseoverskridende direktekrav skal således behandles etter art. 5.3. Saksforholdet i Spliethoff-dommen var følgende: Det franske selskapet "Brambi Fruits", heretter (C), kjøpte et parti med pærer fra et australsk selskap (B). Det australske selskapet hyret et transportfirma, det nederlandske firmaet Spliethoff (A), til å transportere pærene fra Australia til Rotterdam, og derfra skulle pærene transporteres videre i trailer. Frysecontainerne hvor pærene ble oppbevart under overfarten var feilinnstilt, og dette medførte at pærene ble overmodnet og ødelagt under overfarten. (C) lidte som en følge av dette et rent formuestap. (C)s forsikringsselskap Réunion Européenne (D) erstattet i første omgang (C)s tap, men gikk deretter til sak mot Spliethoff (B). Domstolen kom som nevnt ovenfor til at dette kravet måtte kvalifiseres som et erstatningskrav utenfor kontrakt idet det ikke forelå noe direkte kontraktsforhold mellom (D) og (B) (domspremiss 14-20). Domstolen la her til grunn Handte-dommen og viste til at konvensjonen skal tolkes autonomt.

Det ble i Spliethoff-dommen også vist til Kalfelis vs Schröder dommen¹²¹. Det fremgår her at art. 5.3 skal tolkes slik at den: "*(..) covering all actions which seek to establish the liability of a defendant and which are not related to a "contract" within the meaning of Article 5(1)*"(domspremiss 22). Etter EF-domstolens oppfatning anså man derfor ikke en avledet kontraktskjede som et krav som springer ut av en kontrakt. Slike krav måtte kvalifiseres som erstatningskrav. EF-domstolen tolket derfor art. 5.3 dit hen at denne måtte omfatte alle erstatningskrav, det vil si krav som ikke springer ut av en kontrakt¹²².

EF-domstolen har således kvalifisert grenseoverskridende direktekrav som erstatning utenfor kontrakt. Idet konvensjonen skal tillegges en autonom tolkning må dette legges til grunn ved alle direktekrav, uavhengig av nasjonal tolkning. En må således legge til grunn at direktekrav i internasjonal sammenheng skal anses som erstatningskrav utenfor kontrakt, og

¹¹⁹ Konow (2002) s. 188.

¹²⁰ (C-51/1997).

¹²¹ (C-189/87)

¹²² Alvik (2005) s. 287

søksmålet skal da reises ved domstolen hvor "skaden ble voldt eller oppsto, eller der dette kan komme til å skje" jf art. 5.3.

5.2 Hvordan samsvarer EF-domstolens kvalifisering av direktekrav med norsk og tysk retts regler om direktekrav?

EF-domstolen kvalifiserer grenseoverskridende direktekrav som erstatningskrav utenfor kontrakt. Spørsmålet i det følgende blir derfor hvordan EF-domstolens kvalifisering av direktekrav som erstatningskrav utenfor kontrakt samsvarer med norsk og tysk retts kvalifisering av direktekrav. Dette skal gjøres ved å ta utgangspunkt i argumentasjonsmønsteret i Handte-dommen, og ved å trekke trådene fra den tidligere gjennomgangen av norsk og tysk rett i kapittel 3 og 4.

EF-domstolen kom til at grenseoverskridende direktekrav ikke kunne tolkes som kontraktsrettslig fordi; " (..) the phrase "*matters relating to a contract*", as used in Article 5(1) of the Convention, is **not to be understood as covering a situation in which there is no obligation freely assumed by one party towards another**"(domspremiss 15), (min utheving). Når det ikke forelå et direkte kontraktsforhold mellom (A) og (C), kunne heller ikke kravet anses som "*matters relating to a contract*". EF-domstolens avgjørelse samsvarer her med relativitetsprinsippet, og direktekrav falt derfor utenfor art. 5.1. (domspremiss 16). Spørsmålet blir hvordan EF-domstolens tolkning av "*matters relating to a contract*" samsvarer med norsk og tysk retts syn på direktekrav.

Etter norsk rett er det vanlig å kvalifisere direktekrav som kontraktsrettslige¹²³. Hvis en ser hen til kjl. § 84(1) og fkjl. § 35(1), har en i norsk rett ment å hjemle avledede krav i en kontraktskjede som kontraktsrettslige. Selv om (A) og (C) ikke står i direkte kontraktsforhold til hverandre, vil det likevel være fullt mulig for (C) å fremme et krav direkte mot (A). Dette følger klart av lovens ordlyd, idet kjøper (C) har rett til å fremme tilsvarende krav som det selger (B) har mot tidligere salgssledd (A). Dette følger også av andre norske lover som

¹²³ Jf kapittel 3.

anerkjenner direktekrav¹²⁴. Etter norsk lovgivning ville man derfor ansett direktekrav som “matters relating to a contract”.

Dette støttes også opp av rettspraksis. Som nevnt over i Siesta- og Davanger-dommen, er det naturlig å innfortolke (C) som en del av kontrakten mellom (A) og (B). I Handte-dommen var riktignok saksutfallet noe annerledes enn i Siesta- og Davanger-dommen, idet det gjaldt salg og installering av metallpoleringsmaskiner. Imidlertid er kontraktsforholdet mellom (A), (B) og (C) det samme.

En finner også støtte for dette synspunktet i Høyesteretts kjæremålsutvalg fra Rt.1984 s. 393. Saken gjaldt riktignok entrepriserett, men en gjengivelse vil være hensiktsmessig. Norsystemer og Elektrolux Constructor A/S (heretter Elektrolux) reiste sak mot I/S Tysfjord Ørret- og Laksefarm (heretter Tysfjord) i forbindelse med en kontrakt om oppføring av industribygg. Tysfjord reiste motsøksmål med krav om erstatning for forsinkelse. Tysfjord saksøkte i tillegg et finsk firma Thomesta OY (heretter Thomesta). Thomesta hadde levert varer til Elektrolux og Norsystemer som senere viste seg ikke å være rustbeskyttet slik som kontrakten tilsa.

Kjæremålsutvalget kom til samme avgjørelse som lagmannsretten når det gjaldt bedømmelsen av hvorvidt saken kunne fremmes ved erstatningsvernetinget, jf tvistemålsloven (heretter tvml.) § 29, nå tvl. § 4-5 (3). Det ble her først og fremst lagt vekt på at forholdet var regulert av en kontrakt. Videre la kjæremålsutvalget til grunn lagmannsrettens uttalelse om at tvml. § 29 tok sikte på *”mere direkte skadegjørende handlinger enn det kan være tale om i denne sak”* (jf, s. 396). Det kan her trekkes en parallell til Kabel-dommen hvor Høyesterett la til grunn at rene formuestap kan dekkes som erstatningskrav utenfor kontrakt hvor skadevolder har utvist forsett med hensyn til den skadebetingede handling. Dette var ikke tilfellet her. Kjæremålsutvalget valgte derfor å opprettholde lagmannsrettens avgjørelse om at slike direktekrav skal anses som kontraktsrettslige, jf uttalelsen til lagmannsretten om *”[m]en selv om en godtar at det kan være grunnlag for den kjærende part til å fremme et erstatningskrav grunnet Culpa-ansvar, må en ha for øyet at det tap som kreves erstattet er et avledet tap som typisk forekommer i kontraktssammenheng”* (jf, s. 396). En norsk domstol ville nok på bakgrunn av dette ha

¹²⁴ Se for eksempel avhl. § 4-16, buofl. § 37 og hvtjl. § 27.

kvalifisert kravet EF-domstolen sto ovenfor i Handte som å springe ut av en kontrakt. Kravet ville derfor blitt kvalifisert som “matters relating to a contract” etter norsk rett.

EF-domstolens tolkning av “matters relating to a contract” stemmer i stor grad overens med hvordan man ville ha kvalifisert kravet etter tysk rett. For det første foreligger det i Handte-dommen ingen direkte kontraktsforpliktelse mellom (A1/A2) og (C), og EF-domstolens oppfatning samsvarer således med relativitets- og viljeserklæringsprinsippet i tysk rett. Tredjeperson (C) skal ikke etter tysk rett få rettigheter etter en kontrakt denne ikke står i direkte kontraktsforhold til. (A) skal heller ikke bli bundet av noe annet enn det denne frivillig har inngått avtale om.

Dette samsvarer også med læren om “Vertrag mit Scutzwirkung für Dritte”, og hvordan denne kan anses å hjemle erstatningskrav mot tredjeperson utenfor kontrakt. De tyske domstoler og jurister forsøker etter læren om “Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte” å komme seg rundt de snevre deliktsreglene i tysk rett ved å danne en kontraktslignende lære. Men i utgangspunktet hjemler “Vertrag mit Scutzwirkung für Dritte” kun erstatningskrav utenfor kontrakt, fordi det å fremme et kontraktskrav mot en uavhengig tredjeperson ikke er et naturlig referansepunkt i tysk rett.

Dersom man ser hen til læren om “Drittschadensliquidation”, stemmer resultatet i Handte-dommen også godt overens med reglene her. Tredjemann (C) får etter denne læren dekket tapet sitt ved at (B), som står i direkte kontraktsforhold med (A), fremmer kravet for (C). “Drittschadensliquidation” kan derfor anses som kontraktsrettlig, fordi man fremmer kravet i tråd med kontraktskjeden. Tredjeperson (C) får altså ikke fremme et krav direkte mot (A). Dette er i overensstemmelse med EF-domstolens uttalelse om at man ikke kan anse ordlyden i art. 5.1 å hjemle tilfeller hvor man ikke står i direkte kontraktsforhold til hverandre. EF-domstolens tolkning av “matters relating to a contract” samsvarer derfor med tysk retts oppfatning av direktekrav.

Det følger videre av Handte-dommen at direktekrav ikke kan tolkes som “matters relating to a contract” av hensynet til forutberegnlighet: *“an action brought by a sub-buyer of goods against the manufacturer is not foreseeable by the latter **and is therefore incompatible with the principle of legal certainty**”*(premiss 19), (min utheving). Dette ble begrunnet med at det i de tilfeller hvor det foreligger en linje av internasjonale kontrakter, vil partenes forpliktelser

varierte fra kontrakt til kontrakt. De rettighetene (C) har gjennom kontrakten med (B), vil ikke nødvendigvis være de samme som det (A) har forpliktet seg til ovenfor (B) (premiss 17).

Dommeren sikret således (A)s rett til ikke å få et krav mot seg senere som denne ikke frivillig har inngått avtale om av hensynet til forutberegnlighet. Spørsmålet blir hvordan dette samsvarer med norsk og tysk retts oppfatning av direktekrav.

I norsk rett har en søkt å ivareta hensynet til forutberegnlighet ved å tilpasse kravet (C) kan fremme mot (A) til å være et *“tilsvarende krav”*, jf kjl. § 84(1) og fkjl. § 35(1)¹²⁵. Hvis en ser hen til kjøpslovens forarbeider følger det her at *“uttrykket “tilsvarende krav” retter seg både mot kravets art og dets omfang. Kravet mot det tidligere salgsledd kan derfor bare gjøres gjeldende i den utstrekning og innen den beløpsgrense dette salgsledd har mangelansvar overfor selgeren”*¹²⁶, (min utheving). (C) kan derfor ikke gjøre gjeldende noe mer enn hva (B) kunne gjort gjeldende i et krav mot (A). Samtidig vil (A) ofte ha kunnskap om at den solgte gjenstanden er mangelfull, og kravet er derfor ikke helt upåregnelig. En vil derfor etter norsk rett ivareta hensynet til forutberegnlighet, og dermed komme frem til det samme resultat som det man ønsker å oppnå i Handte-dommen. Dette til tross for at man kvalifiserer kravene ulikt.

Hvis en ser hen til Siesta- og Davanger-dommen er det også argumentert for å fremme direktekrav på kontraktsrettslig grunnlag ut i fra synspunktet om at (A) ikke har en beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg kravet. Dette fordi det vil være det samme kravet som (B) kunne gjort gjeldende mot (A). Det må også understrekes at kontraktsforpliktelsen stort sett ikke varierer mellom leddene, og (C)s krav blir jo nettopp avgrenset av (B)s krav mot (A). Hensynet til forutberegnlighet blir derfor ikke svekket ved at man lar (C) fremme kravet direkte mot (A). EF-domstolens begrunnelse om at hensynet til forutberegnlighet blir svekket ved at (A) får et krav mot seg som denne ikke direkte har forpliktet seg til samsvarer derfor ikke med norsk rett.

Igjen er resonnementet i Handte-dommen i tråd med tysk rett. En av begrunnelsene for ikke å godta direktekrav i tysk rett følger nettopp av relativitets- og viljeerklæringsprinsippet. (A) skal ikke få et krav mot seg fra en som denne ikke står i direkte kontraktsforhold til. I følge

¹²⁵ Det finnes imidlertid egne regler både om jurisdiksjon og lovvalg i forbrukerforhold i EU, jf Brusselforordningen og Roma I. Jeg går derfor ikke nærmere inn på fkjl. § 35 fordi det vil falle utenfor temaets virkeområde.

¹²⁶ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 138.

tysk rett vil en tilgang til å fremme direktekrav mot (A) svekke hensynet til forutberegnlighet. En må derfor, slik som etter reglene i “Drittschadensliquidation”, enten få (B) til å fremme kravet mot (A), eller så må (C) fremme krav mot (A) på grunnlag av læren om “Vertrag mit Schutzwirkung fur Dritte”. Vilklårene til læren må da være oppfylt, særlig vilklåret om “Leistungsnähe”. Kretsen av potensielle skadelidte vil da reduseres, og hensynet til forutberegnlighet blir dermed ivaretatt.

Dette kan illustreres ved å ta et tilbakeblikk på “arkitektdommen” fra Bundesgerichtshof¹²⁷. Retten tillot her at tredjeperson (C) fremmet krav direkte mot arkitekten (A), nettopp fordi arkitekten burde hatt kunnskap om at potensielle kjøpere kunne lide et tap på grunnlag av dennes mangelfulle rapport. Det forelå her “Leistungsnähe”, og kontrakten mellom (A) og (B) utløste beskyttelsesplikt ovenfor (C). Skadelidte var i dette tilfellet også på forhånd identifisert, og kravet kunne derfor fremmes. Det kan derfor virke som at det i tysk rett stilles strengere krav til forutberegnlighet enn i norsk rett. Dette er nok også en av grunnene at man har så snevre deliktsregler i tysk rett. Synspunktet i Handte-dommen om at (A) ikke skal få krav mot seg fra andre enn fra ens kontraherende parter samsvarer derfor godt med synspunktet om direktekrav i tysk rett.

Videre argumenterte EF-domstolen for at direktekrav fra kjøper mot produsent ikke er å anse som kontraktsrettslig i majoriteten av konvensjonsstatene (premiss 20). Dette har mottatt en del kritikk i den senere tid. For det første vil domstolens kvalifisering av kravet som et erstatningskrav utenfor kontrakt stride mot flere av medlemslandenes kvalifisering av direktekrav som kontraktsrettslig¹²⁸.

Majoriteten av medlemsstatene i EU har imidlertid, som vist til i kapittel 1.2.3, vist seg å være negative til reglene om direkte produktansvar. Hele 18 medlemsstater anerkjenner ikke direktekrav, mens 9 medlemsstater anerkjenner direktekrav¹²⁹. Argumentasjonen i Handte-dommen er derfor i tråd med flertallet av medlemsstatene i EU. Det er derfor også naturlig at domstolen har valgt å kvalifisere direktekrav som erstatningsrettslig, til tross for at dette strider med tankegangen i de landene hvor man kvalifiserer direktekrav som kontraktsrettslige.

¹²⁷ Jf kapittel 4.2.1

¹²⁸ Tørum (2007)a, s. 408, se også Konow (2002) s. 188, med henvisning til Rt.1984-393. Se også Hertz (1998) s. 71-74. Her kan det også nevnes at innflytelsesrike land som Frankrike anerkjenner direktekrav som kontraktsrettslig.

¹²⁹ Jf kapittel 1.2.3 note 15

Etter dette kan man konkludere med at EF-domstolens kvalifisering av direktekrav som erstatningsverneting samsvarer med tysk rett. Imidlertid samsvarer kvalifiseringen ikke med norske regler om direktekrav, idet disse hjemler erstatning i kontraktsforhold.

DEL V AVSLUTNING

6 Avsluttende vurderinger

Avhandling har tatt opp og behandlet temaet grenseoverskridende direktekrav. Som det har kommet frem, finnes det i norsk rett et godt utbygget regelverk om direktekrav. I norsk rett kan det fremmes krav mot tredjeperson på grunnlag av erstatning i kontrakt. I tysk rett har man derimot ikke regler på lik linje med norsk rett. Tysk rett tillater bare unntaksvis å fremme krav mot tredjemann ved hjelp av de ulovfestede reglene om "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" og "Drittschadensliquidation".

"Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" hjemler imidlertid bare en direktekravslignende lære. (C) kan etter "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" bare fremme krav mot (A) når visse vilkår er oppfylt. Videre vil det være mest naturlig å anse kravet som et erstatningskrav utenfor kontrakt.

"Drittschadensliquidation" hjemler ikke direktekrav. Reglene gir bare (C) dekning for tapet sitt ved at (B) fremmer (C)s krav mot (A). Kravet går derfor tilbake til (A) gjennom kontraktkjedens ulike ledd, og den vil derfor ikke gi (C) en rett til å fremme kravet direkte mot (A). "Drittschadensliquidation" innebærer derfor ikke noe unntak fra hovedregelen om at kjøpskontrakten kun er bindende for dens kontraherende parter.

"Drittschadensliquidation" vil kvalifiseres som et erstatningskrav i kontrakt, men hjemler ikke direktekrav. Direktekrav er således ikke et naturlig referansepunkt i tysk rett. Krav mot tredjemann kan derfor bare fremmes som et selvstendig erstatningskrav mot tredjemann, eller gjennom leddende i kontrakten.

Som sett over i Handte- og Spliethoff-dommen, er det adgang til å fremme direktekrav over landegrensene. EF-domstolen har kvalifisert slike grenseoverskridende direktekrav som erstatningskrav utenfor kontrakt. Domstolen kom her til at et direktekrav ikke kunne anses som "matters relating to a contract", og direktekrav måtte derfor kvalifiseres som et erstatningsrettslig krav etter art. 5.3.

Idet EF-domstolens tolkning av konvensjonen er autonom, skal alle medlemsland tolke konvensjonen i tråd med domstolens tolkning. Nasjonal rett får derfor ikke betydning ved tolkningen. Dette skaper i utgangspunktet ikke noe bryderi for Tysk rett, i og med at EF-

domstolens kvalifisering av direktekrav vil samsvare med tyske materielle regler. Hvis det foreligger en internasjonal tvist mellom medlemslandene om direktekrav, vil denne derfor ikke by på problemer for tysk rett.

Imidlertid vil ikke EF-domstolens kvalifisering av direktekrav samsvare med norske regler om direktekrav. Dette kan tidvis stille seg problematisk idet erstatningskrav utenfor kontrakt er selvstendige. Man er derfor ikke avhengig av en kontrakt for å fremme kravet. Slike selvstendige krav står på egne ben, og ved å tillate et slikt krav kan det oppstå fare for omgåelse av for eksempel reklamasjon og frist reglene.

På bakgrunn av dette ser en at ***EF-domstolens kvalifisering av direktekrav ikke samsvarer med norsk retts systematisering av krav mot tredjemann. Derimot samsvarer EF-domstolens kvalifisering av direktekrav med tysk retts systematisering av krav mot tredjemann.***

LITTERATURLISTE:

- Alvik (2005) Alvik, Ivar: Lovvalg og jurisdiksjon for ikke kontraktuelle erstatningskrav, *JussensVenner* 2005, 281-304 (JV-2005-281)
- Andersen, Lookofsky (2010) Andersen, Mads Bryde, Joseph Lookofsky: *Lærebog i Obligationsret I*, 3. utg. (København 2010)
- Augdahl (1978) Augdahl: *Den norske obligasjonsretts alminnelige del*, 5. utg. (Oslo 1978)
- Bergem, Konow, Rognlien (2008) Bergem, John Egil, Konow, Berte-Elen Reinertsen, Rognlien, Stein: *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løse kjøp : med kommentarer*, 3. utg. (Oslo 2008)
- Cordes, Stenseng, Lenda (2010) Cordes, Jørg, Stenseng, Laila, Lenda, Peter: *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, 2 utg. (Oslo 2010)
- Ebers, Janssen, Meyer (2009) Ebers, Martin, Janssen, André, Meyer, Olaf: *European perspectives on producers' liability : direct producers's liability for non-conformity and the sellers' right of redress*. (Munchen 2009)
- Frantzen (2002) Frantzen, Torstein: *Arveoppgjør ved internasjonale ekteskap: studier i norsk*

- internasjonal privatrett med særlig vekt på gjenlevende ektefelles rettsstilling. (Bergen 2002)
- Frantzen (2010) Frantzen, Torstein: Anvendelsen av utenlandsk rett i norske domstoler. Lov og rett 2010 s. 371-391 (LOR-2010-371)
- Glendon, Carozza, Picker (2008) Glendon, Mary Ann, Carozza, Paolo G., Picker, Colin B: Comparative legal traditions in a nutshell, 3. utg. (Minnesota 2008)
- Hagstrøm (2003) Viggo Hagstrøm: i samarbeid med Magnus Aarbakke, Obligasjonsrett, 3. opplag (Oslo 2003)
- Heimdal (2009) Heimdal, Lars Anders: Rettsvalget i internasjonale erstatningssaker (Bergen 2009)
- Heimdal (2010) Norsk internasjonal privatrett og bokhandleren til besvær. Lov og rett 2010 s. 68 (LOR-2010-68)
- Hertz (1998) Hertz, Ketilbjørn: Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention, 1. utg. (København 1998)
- Hov (2007) Hov, Jo: Avtalebrudd og partsskifte, Kontraktsrett II, 3. utg. (Oslo 2007).
- Howells, Schulze (2009) Howells, Geraint G, Schulze, Reiner: Modernising and harmonising consumer contract law / edited by Geraint Howells, Reiner Schulze (München 2009)
- Jervell (1994) Jervell, Stephan L.: Misligholdskrav mot tidligere salgsledd, tidsskrift for rettsvitenskap 1994 s. 905 (TFR-1994-905).

Kjønstad (1978)	Kjønstad, Asbjørn: I hvilken utstrekning kan misligholdsbeføyelser gjøres gjeldende mot medkontrahentens hjemmelsmenn? Jussens Venner 1978 s. 166 (JV-1978-166).
Konow (2002)	Nybrott og odling: festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3 april 2002. s. 181-198
Konow (2006)	Konow, Berte-Elen Reinertsen: Løsøre pant over landegrenser (Bergen 2006)
Krüger (1999)	Krüger, Kai: Norsk kjøpsrett, 4. reviderte utg. (Bergen 1999)
Lando (2009)	Lando, Ole: Kort indføring i komparativ ret, 3. utg. (København 2009)
Lookofsky (2008)	Lookofsky, Joseph: Understanding the CISG : a compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 3. utg. (København 2008)
Lundgaard (2000)	Gaarder, Karsten: Lundgaard, Hans Petter: Gaarders innføring i internasjonal privatrett, 3. utg. (Oslo 2000)
Lødrup (2005)	Lødrup, Peter: Lærebok i erstatningsrett, 5 utg. (Oslo 2005)
Markesinis, Unberath (2002)	Markesinis, B.S., Unberath, Hannes: The German law of torts: a comparative treatise, 4. utg. (Oxford 2002)

- Markesinis, Unberath, Johnston (2006) Markesinis, B.S., Unberath, Hannes, Johnston, Angus: The German law of contract : a comparative treatise, 2. utg. (Oxford 2006)
- Moss (2000) Moss, Guiditta Cordero: Jurisdiksjon og lovvalg for europeiske kontrakter – noen spørsmål om Lugano- og Brussel- og Romakonvensjonene, Lov og Rett 2000 s. 131 (LOR-2000-131)
- Moss (2009) Den nye europeiske internasjonale formueretten og norsk internasjonal formuerett. Lov og Rett 2009 s. 67 (LOR-2009-67).
- Moss (2010) Moss , Guiditta Cordero: Innføring i lovvalg for kjøpskontrakter. Jussens venner 2010 s. 85 (JV-2010-85)
- Nygaard (1974) Nygaard, Nils: Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis (Bergen 1974)
- Nygaard (2000) Nygaard, Nils: Skade og ansvar, 5 utg. (Bergen 2000)
- Schlechtriem, Kessel (2005) Schlechtriem, Peter Schmidt-Kessel, Martin, Schuldrecht: allgemeiner Teil, 6. utg. (Tübingen 2005)
- Sendmeyers (2009) Sendmeyers, Stefanie: Direct Producers' Liability and Sellers' Right of Redress in Private International Law, utgitt i; Ebers, Martin, Janssen, André, Meyer, Olaf; European perspectives on producers' liability : direct

- producers's liability for non-conformity and the sellers' right of redress (Munchen 2009)
- Tverberg (2008) Tverberg, Arnulf: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer, 1. utg. (Gyldendal Norsk forlag 2008)
- Tørum (2007)a Tørum, Amund Bjøranger: Direktekrav (Universitetsforlaget 2007)
- Tørum (2007)b Lukanokonvensjonens autonome verneing for direkte misligholdskrav. Rett og toleranse: festskrift til Helge Johan Thue s. 464 (FEST-2007-hjt-464)
- Ulfbeck (2000) Ulfbeck, Vibe: Kontraktens relativitet: det direkte ansvar i formueretten, (København 2000)
- von Bar (1998) Bar, Christian von: The Common European Law of Torts, Volume One (Oxford 1998)
- Willet (2009) Willet, Chris: Direct Producer Liability i *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Munchen 2009)
- Zimmermann (2005) Zimmermann, Reinhard: The new German law of obligations : historical and comparative perspectives, 1. utg. (Oxford 2005)
- Zweigert, Kötz (1998) Zweigert, Konrad, Kötz, Hein: Introduction to comparative law, 3. utg. (Oxford 1998)

Internettkilder:

Høbergs forelesning:

[http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:GglwWfOiZyUJ:www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR3000/h07/JUR3000-1-2/undervisningsmateriale/Dag%25206%2520Direktekrav%2520-%2520Alf%2520Petter%2520h%2520C3%2520B8gberg/Obligasjonsrett%25202007H%2520\(dag%25206\).ppt+h%20C3%20B8gberg+direktekrav&hl=no&gl=no&pid=bl&srcid=ADGEEsgCiK2BU1-QpNq5gfTOtJtowzShnvnMsfHeEsuwl4Dpui8yxMYPfFcCqL3jHgA52q2HzoZnoOFkFYjafPfr3Kw7skuFX-Tp6P2LRI-XzGFMALkpRpsmbWOgkwoLHfu45ZzkdMoO&sig=AHIEtbQo_2b-YrEal7U1FT69mwAHIW3clg](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:GglwWfOiZyUJ:www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR3000/h07/JUR3000-1-2/undervisningsmateriale/Dag%25206%2520Direktekrav%2520-%2520Alf%2520Petter%2520h%2520C3%2520B8gberg/Obligasjonsrett%25202007H%2520(dag%25206).ppt+h%20C3%20B8gberg+direktekrav&hl=no&gl=no&pid=bl&srcid=ADGEEsgCiK2BU1-QpNq5gfTOtJtowzShnvnMsfHeEsuwl4Dpui8yxMYPfFcCqL3jHgA52q2HzoZnoOFkFYjafPfr3Kw7skuFX-Tp6P2LRI-XzGFMALkpRpsmbWOgkwoLHfu45ZzkdMoO&sig=AHIEtbQo_2b-YrEal7U1FT69mwAHIW3clg)

www.uncitral.org

Lover, konvensjoner og annet regelverk:

Norske lover:

Avtaleloven	Lov av 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
Avhendingslova	Lov av 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova)
Bustadsoppføringslova	Lov av 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)
Forbrukerkjøpsloven	Lov av 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)
Håndverkertjenesteloven	Lov av 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven)
Kjøpslovvalgsloven	Lov av 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp (kjøpslovvalgsloven)

Kjøpsloven	Lov av 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)
Produktansvarsloven	Lov av 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar (produktansvarsloven)
Tvisteloven	Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Tyske lover:

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, 18. August 1896
-----	--

Forarbeider;

Ot.prp.nr. 80 (1987-88)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980
-------------------------	--

EU-lovgivning

Brusselkonvensjonen	Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters
Brusselordningen	EF-rådsforordning av 22. desember 2000 (44/2001) om domsmyndighet og anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker.
Forbrukerkjøpsdirektivet	Europa-parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbrukerkjøb og garantier i forbindelse hermed – 99/44/EC
Luganokonvensjonen	Lov av 19. juni 2009 nr. 90 om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen 2007 om

domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker

Roma I

EU forordning 593/2008 om lovvalgsregler for kontraktsrettslige forpliktelser

Roma II

EU forordning 864/2007 om lovvalgsregler for forpliktelser utenfor kontrakt

Andre lovforarbeider:

(COM(1993) 509 final)

Grønbog om forbrugsvaregarantier og eftersalgsservice (COM(1993)509 final).

(COM(2008) 614 final)

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om forbrukerrettigheter, Brussel 08.10.2008 (COM2008) 614 final)

Andre konvensjoner

CISG:

1980 – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)

Domsregister:

Norske:

Rt.1845 s. 285

Rt.1904 s. 716

Rt.1906 s.165

Rt.1914 s. 283

Rt.1923 II s. 59

Rt.1931 s. 146

Rt.1958 s.38

Rt.1973 s.1268

Rt.1975 s. 1117

Rt.1981 s. 445

Rt.1984 s. 393

Rt.1995 s. 486

Rt.1995 s. 872

Rt.1995 s.1415

Rt.1998 s. 656

Rt.2004 s. 675

Rt.2009 s. 1537

Tyske:

BGHZ 40, 91 case no. 71

BGHZ 51, 91 "chicken pest case"

BGH NJW 1965, 1955; JZ 1966, 141 "testamentfall decision"

BGH NJW 1974, 1503

BGHZ 127, 378/NJW 1995, 392 "arkitekt-dommen"

EF-domstolen:

Handte v. TMCS 17. juni 1992 (sak C-26/91)

Kalfelis v. Bangu Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co 27 September 1988 (Sak-189/87)

Rèunion européenne v. Spliethoff 27. Oktober 1998 (C-51/1997)

