



# JUS3112 Sensorveiledning H22

## 1. Innledning

Oppgaven gjelder krav fra Dronningparken mot henholdsvis Fort og Gæli («F&G») og Streken, og reiser spørsmål innen særlig kontraktsrett og pengekravsrett.

Av læringskravene følger at studentene forutsettes å ha god forståelse av følgende temaer som oppgaven aktualiserer:

Obligasjonsrett I (kontraktsrett):

*Prinsipper for fastleggelse av yteplikter/realforpliktelser og konstatering av mislighold herunder særlig:*

- *ulike typer av forpliktelser og ytelser*
- *oppfyllestid og oppfyllellessted*
- *krav til ytelsen*
- *risiko for skade og oppfyllelshindringer*
- *prinsippene om opplysningsrisiko og misligholdt opplysningsplikt*

*Regler om mislighold og misligholdsbeføyelser, herunder særlig:*

- *alminnelige vilkår (reklamasjon ol.)*
- *krav på oppfyllelse og retting*
- *gjensidighetsbeføyelsene (tilbakeholdsrett, heving og prisavslag)*
- *erstatningsansvar*
- *brudd på kreditorplikter, kreditormora og kreditorrisiko*
- *Avtaler om misligholdsvirkninger, ansvarsbegrensninger mv*

*Krav mot tidligere kontraktsledd (direktekrav)*

*Pengekravsrett:*

*Reglene om samskyld og regress*

*Hovedreglene om foreldelse*



I kontraktsrett er det to pensumalternativer, Hov og Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2.utg. 2017, og Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, 2017. I pengekravsrett er det relevante pensumalternativet for spørsmålene oppgaven reiser Bergsåker, *Pengekravsrett* 4. utg. 2020.

Ved karaktergivningen bør det særlig legges vekt på kandidatenes evne til å formulere problemstillingene klart, og føre sammenhengende resonnementer som viser forståelse for grunnhensyn og grunnleggende prinsipper. Dette bør som vanlig telle mer enn hvilke konklusjoner kandidatene kommer til.

I det følgende ser jeg først på Dronningparkens krav mot F&G, deretter kravene som rettes mot Streken.

## 2. Kravene mot Fort og Gæli

### 2.1 Kravene og partenes anførsler

Opgaven må forstås slik at Dronningparken fremmer to krav, for det første dekning av utbedringskostnader på kr 800 000, og for det andre kr 4 000 000 i erstatning for tapt fortjeneste.

Det er vel mest naturlig å ta utgangspunkt i F&G's prinsipale anførsel om at kravene er foreldet, og deretter drøfte om det foreligger mangel.

Dersom det foreligger mangel får vi opplyst at F&G erkjenner ansvar for utbedringskostnadene. Dette trenger dermed ikke drøftes særskilt.

Videre får vi opplyst at Dronningparken erkjenner at omsetningstapet må anses som et indirekte tap som er omfattet av ansvarsbegrensningen, men samtidig anfører at unnlatelsen av å undersøke om maskinvaren passet for programvaren var så grov at ansvarsfraskrivelsen ikke kan gjelde. Dette må bety at studentene ikke trenger å drøfte om det foreligger et indirekte tap. Antagelig bør det også bare kunne konstateres at det foreligger økonomisk tap og årsakssammenheng. At det foreligger ansvarsgrunnlag (utover mislighold) vil etter mitt syn nødvendigvis følge av at man kommer til at det foreligger et tilstrekkelig grovt mislighold til å tilsidesette ansvarsbegrensningen. Heller ikke dette bør det dermed være nødvendig å drøfte særskilt. Spørsmålet som her bør problematiseres særskilt i tilknytning til omsetningstapet er dermed utelukkende om det foreligger omstendigheter som tilsier at ansvarsbegrensningen ikke får anvendelse.

(Noen kandidater kan nok likevel tenkes å drøfte om det foreligger ansvarsgrunnlag for det tilfellet at ansvarsbegrensningen ikke gjelder, og det må være greit dersom det gjøres kort. Kandidatene bør i så fall se at det relevante spørsmålet er om unnlatelsen av å utbedre gir grunnlag for culpa-ansvar, noe som etter mitt syn må være temmelig klart, jfr. nedenfor. Etter mitt syn er det liten grunn til å problematisere kontrollansvar her, og etter omstendighetene kan det også vise litt manglende forståelse. Noen kan nok likevel tenkes å problematisere om kontrollansvar på ulovfestet grunnlag omfatter tap som etter kontraktslovgivningen er definert som indirekte tap, herunder omsetningstap,



utfra det synspunkt at skillet mellom direkte og indirekte tap er "positivrettslig" jfr. Hagstrøms syn i denne retning i 1. og 2. utgaven av Obligasjonsrett. Etter mitt syn skal man argumentere godt for å hevde dette i dag, men kandidater som går inn på problemstillingen bør etter omstendighetene kunne få en viss uttelling.)

## 2.2 Er kravene foreldet?

Rettslig utgangspunkt er foreldelsesloven § 2 sett i sammenheng med § 3, som innebærer at den alminnelige foreldelsesfristen er 3 år fra den dag fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse, jf. § 3 nr. 1. For krav som oppstår ved mislighold følger det av § 3 nr. 2 at fristen skal regnes fra den dag da misligholdet inntreffer.

Her ble anlegget levert 10. april 2019, og utgangspunktet må være at det også var da misligholdet inntrådte, i form av en skjult eller latent mangel ved leveransen. Søksmålet anlegges ikke før 20. mai 2022, som innebærer at foreldelsesfristen er utløpt hvis den begynte å løpe allerede i april 2019.

Et spørsmål her er om det går an å argumentere for et senere fristutgangspunkt enn ved leveringen, med grunnlag i at kravet her har oppstått senere siden i alle fall fortjenestetapet her manifesterer seg en god stund etter selve misligholdet, jf. § 3 nr. 1. Ut fra ordlyden går det an å hevde at regelen i nr. 1 tilsier at erstatningskrav først oppstår i det et tap oppstår. Man kan hevde at før det oppstår et tap eksisterer det heller ikke noe krav som kan kreves oppfylt. Spørsmålet er dermed om regelen i nr. 2 skal anses som en presisering av hovedregelen i nr. 1 eller som et unntak fra den.

Det er svært flott om studentene her får frem at Høyesterett har penslet ut to ulike linjer, som det nok går an å hevde at det ikke er helt umiddelbart innlysende er innbyrdes konsistente. Samtidig kan dette gjerne gjøres kort, siden det nok ikke er spesielt tvilsomt hva konklusjonen må bli her. Det følger av konsistent Høyesterettspraksis at der det foreligger en skjult mangel ved kjøp, tilvirkning mv begynner foreldelsesfristen å løpe allerede ved misligholdet, selv der konsekvensene av mangelen viser seg senere og selv der det kreves erstatning for nokså avledete følgetap og skader som reelt sett oppstår senere, jf. Rt. 2002 s. 696 (Skøyen næringspark), Rt. 2006 s. 1705 (Asker politistasjon) og Rt. 2007 s. 1236 (Bussbrann).

Det som nok likevel kan anses å komplisere dette spørsmålet noe er at for tap som følge av mangelfull rådgivning har Høyesterett lagt til grunn at kravet først oppstår når tapet manifesterer seg, og at foreldelsesfristen dermed først begynner å løpe fra dette tidspunktet, jf. HR-2019-2034-A (advokatansvar), Rt. 2002 s. 286 (KPMG) og Rt. 2000 s. 679 (Idealdommen). Senest i HR-2019-2034-A begrunner Høyesterett dette med at regelen i foreldelsesloven § 3, nr. 2 må anses som «en praktisk presisering av hovedregelen i nr. 1» jf. avsnitt 48. Isolert sett kunne man tenkt seg at dette også ga grunnlag for et senere fristutgangspunkt i tilfellene av skjult mangel, i alle fall der kravet gjelder mer avledete konsekvenser av mangelen som oppstår senere. For eksempel ved følgeskader av mangel er det mye som taler for at noe krav knyttet til den aktuelle skaden ikke kan anses å oppstå før skaden skjer. Både i Rt. 2006 s. 1705 og Rt. 2007 s. 1236 avviser imidlertid Høyesterett uttrykkelig dette argumentet. Dermed synes det også klart at det her foreligger en bevisst og



gjennomtenkt skillelinje fra Høyesteretts side. Synspunktet synes å være at *misligholdet* i rådgivningstilfellene først kan anses inntrådt når tap oppstår, mens det i tilfellene av skjult mangel hele tiden har foreligget et mislighold i form av en mangel, som i prinsippet kunne vært gjort gjeldende, jf. HR-2019-2034-A avsnitt 49-54 med videre henvisninger.

I lys av dette må konklusjonen i vår sak temmelig klart være at foreldelsesfristen begynte å løpe ved levering. Imidlertid går det nok an å stille seg noe kritisk til hvor prinsipielt velbegrunnet den nevnte skillelinjen er, i alle fall *de lege ferenda*. Noen studenter kan nok dermed også tenkes å gå noe lenger i å problematisere dette enn det rent rettslig sett er grunnlag for, uten at det etter mitt syn bør føre til trekk. Etter omstendighetene bør det også kunne gi en viss uttelling at dette problematiseres.

Et mulig, alternativt synspunkt kunne nok derimot være at det *relevante misligholdet* i denne sammenhengen først oppstår ved unnlåtelsen av å utbedre, og at det dermed begynner å løpe en ny foreldelsesfrist med sikte på omsetningstapet en eller annen gang etter 15. juni 2021. Dette synspunktet har etter mitt syn gode grunner for seg, og kandidater som er inne på slike tanker bør gis solid uttelling. Rt. 2013 s. 865 kan kanskje gi en viss støtte for synspunktet, jfr. avsnitt 57.

Noe grunnlag for å problematisere om foreldelsesfristen kan ha blitt avbrutt tidligere enn ved søksmålet i mai gir faktum etter mitt syn ikke. At det fremsettes krav, og at dette er gjenstand for diskusjon og forhandlinger, avbryter ikke foreldelsesfristen. Kandidatene kan bare kort konstatere dette, og det må også være helt greit at det ikke problematiseres i det hele tatt.

Konklusjonen må dermed være at den alminnelige, objektive foreldelsesfristen her er utløpt dersom man tar utgangspunkt i leveringstidspunktet. Alternativt går det imidlertid som nevnt an å argumentere for at unnlåtelsen av å utbedre utgjør et eget mislighold. I så fall løper fristen fortsatt.

Kandidatene bør uansett drøfte om søksmålet i mai 2022 anlegges innenfor tilleggsfristen som følger av foreldelsesloven § 10. Utgangspunktet her er at det gjelder en ettårs frist fra fordringshaveren fikk eller burde skaffet seg «nødvendig kunnskap» om fordringen.

I oppgaven får vi opplyst at mangelen viser seg 15. april 2021 når anlegget begynner å fuske. Årsaken til problemene er imidlertid ikke fullt ut klarlagt før 15. juni når rapporten fra IT-eksperten foreligger.

Det følger av Rt. 2007 s. 1479 at «nødvendig kunnskap» må forstås i lys av rettskraftreglene og kravet til fristavbrytelse etter foreldelsesloven § 15, slik at det avgjørende er når fordringshaveren har eller burde ha tilstrekkelig kunnskap til at det er forsvarlig å anlegge sak, jf. også HR-2016-1209-U.

Mye tilsier vel her at Dronningparken ikke hadde tilstrekkelig kunnskap til å kunne anlegge sak før tidligst når rapporten forelå 15. juni, og det er vel heller ingen holdepunkter i faktum for at de burde ha skaffet seg slik kunnskap tidligere.



Konklusjonen må bli at kravene ikke er foreldet.

## 1. 2.3 Mangelspørsmålet

Spørsmålet er om mismatchen mellom maskinvaren og programvaren utgjør en mangel i kontrakten som er inngått mellom F&G og Dronningparken.

Her kan det være naturlig først å si noe om hva slags kontrakt det er tale om. I oppgaveteksten får vi opplyst at partene er enige om at kjøpsloven ikke kommer direkte til anvendelse. Det er dermed unødvendig å drøfte om det foreligger et tilvirkningskjøp.

Man kan i utgangspunktet konstatere at det er tale om en nokså sammensatt total «tilvirkningsytelse», hvor F&G både prosjekterer og leverer et fysisk anlegg, inkludert datamaskiner og programvare, og installerer det i parken klart for bruk. Det er dermed tale om en ytelse som antagelig må anses som en form for entreprisytelse, eller som i alle fall har klare elementer av og likhetstrekk med entrepris.

I utgangspunktet er det ikke nødvendigvis opplagt at en slik funksjonsfeil som det her er tale om utgjør en mangel. Selv der hvor tilvirkeren som her har prosjekteringsansvaret betyr ikke det nødvendigvis at han har prosjekterings- eller utviklingsrisikoen, i betydning risikoen for resultatet av prosjekteringen. Dette reiser vanskelige spørsmål, som kandidatene her imidlertid ikke trenger å gå inn på. Vi får opplyst at «forholdsvis enkle undersøkelser» ville avdekket problemet, og at de ansatte både i F&G og Streken «burde ha foretatt slike undersøkelser da de planla attraksjonen». Oppgaven må dermed forstås slik at kandidatene ikke oppfordres til å problematisere hvilke resultatkrav som kan stilles til F&Gs leveranse, men kan gå rett på spørsmålet om F&G har opptrådt i strid med alminnelige krav til *innsats* eller *utførelsen* av slike ytelser som det her er tale om.

Kandidatene bør få frem at kravet til innsats knytter an til en aktsomhetsnorm, og at utgangspunktet ved profesjonelle tjenesteytelser er at det gjelder en streng aktsomhetsnorm. I Rt. 1995 s. 1350 uttalte Høyesterett at «[d]et gjelder i utgangspunktet et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. Likevel er det et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet», jf. også HR-2018-1234-A (budrunde) og HR-2019-1079-A (multimur). Dette utgangspunktet er også relevant der spørsmålet, som her, er om F&G og Streken har sviktet med hensyn til de krav man kan stille til forsvarlig innsats, slik at det foreligger en mangel. Kandidatene kan også gjerne nevne at et naturlig utgangspunkt ved denne vurderingen vil være hva som er vanlig praksis i den aktuelle bransje.

Når det gjelder grunnlaget for den konkrete vurderingen i så måte gir vel oppgaven ikke særlig konkrete holdepunkter utover uttalelsene fra IT-eksperten. Kandidatene kan gjerne også få frem at ikke all kritikkverdig utførelse nødvendigvis er en mangel, og at «det er et visst spillerom», jf. Rt. 1995 s. 1350. Samtidig er det vel ikke en helt urimelig antagelse at en slik total IT-leveranse som her, som innbefatter både maskin- og programvare, normalt må forutsette visse grunnleggende undersøkelser av om maskinvaren har tilstrekkelig kapasitet til å håndtere programvaren som følger



med. Når man i tillegg legger til grunn at forholdsvis enkle undersøkelser ville avdekket problemet, tilsier vel det at konklusjonen bør være at det foreligger mangel.

Av dette følger at F&G hadde en utbedringsplikt og ansvar for utbedringskostnadene, noe som heller ikke er bestridt og som kandidatene dermed ikke trenger å drøfte særskilt.

## 1. 2.4 Ansvarsfraskrivelsen

F&G avviser imidlertid ansvar for omsetningstapet under henvisning til at det omfattes av ansvarsfraskrivelsen i kontrakten for «indirekte tap». Dronningparken erkjenner at tapet i utgangspunktet er omfattet, men anfører at ansvarsfraskrivelsen ikke gjelder i den aktuelle situasjonen der F&G har nektet å oppfylle sin utbedringsplikt.

Det er mulig å angripe dette fra litt ulike utgangspunkter, men kandidatene bør se at det ikke er noe ved ansvarsfraskrivelsen som sådan som taler for at den er urimelig. En helt generell drøftelse av ansvarsfraskrivelsen opp mot avtl. § 36 kommer man dermed liten vei med. Spørsmålet er om den spesifikt kan opprettholdes i situasjonen der F&G nekter å utbedre og man i ettertid kommer til at det forelå utbedringsplikt.

Mest naturlig er det vel å se det slik at nektelsen utgjør et forsettlig mislighold, hvor utgangspunktet normalt vil være at en ansvarsfraskrivelse ikke kan gjøres gjeldende, jf. Lilleholt s. 396 og Hov og Høgberg s. 414, og jf. også Hagstrøm (3. utg., 2021) s. 503 flg. Det går an å problematisere om forsettet må omfatte følgen, altså omsetningstapet, eller bare misligholdet. Særlig kan man hevde at et forsettlig mislighold der de aktuelle følgene fremstod lite sannsynlige eller upåregnelige (jf. drøftelsen av dette nedenfor) ikke trenger å være spesielt graverende.

Videre kan man innvende at det ikke foreligger forsett når F&G jo nekter å utbedre ut fra den tilkjennegitte oppfatning at det ikke foreligger mangel. Samtidig må dette ses i lys av det alminnelige utgangspunktet om at partene bærer risikoen for egen rettsoppfatning, som tilsier at man behandles som om man var kjent med egen rettsposisjon. Om dette synspunktet rekker så langt at det også tilsidesetter en ansvarsfraskrivelse er kanskje ikke helt opplagt, men mye kan vel tale for det.

Noen kandidater kan også tenkes å vise til det man ofte kaller Wingull-prinsippet (etter voldgiftsdommen i ND 1979 s. 231), jf. Lilleholt s. 394 og Hagstrøm s. 691, som bygger på det synspunkt at unnlatt eller mislykket oppfyllelse av en primær utbedringsplikt kan utgjøre en bristende forutsetning for en assosiert ansvarsfraskrivelse. Om synspunktet rekker så langt at det kommer til anvendelse på en, som her, mer begrenset ansvarsfraskrivelse for indirekte tap er nok usikkert. Men de kandidater som trekker inn synspunktet bør uansett premieres. Et alternativt synspunkt i samme lei kunne nok også være at en slik ansvarsfraskrivelse som her bør *tolkes* innskrenkende med hensyn til tap som skyldes skyldnerens egen manglende utbedring, jfr. Rt. 1975 s. 478 og nærmere om dette Bjarne Snipsøyr, 'Utbedringsplikten i kommersielle tilvirkningskjøp – Om bakgrunnsretten og reguleringene i utvalgte standardkontrakter' MarIus 2016 nr. 466, s. 102 flg.



Spørsmålet her må anses nokså krevende, og de kandidatene som får noe ut av det bør gis god uttelling. Hvilken konklusjon kandidatene kommer til må være underordnet.

## 1. 2.5 Årsakssammenheng og adekvans

Kandidatene må se at spørsmålet om årsakssammenheng avhenger av om det er mangelen og den påfølgende nedstengningen av «Suttungs mjød» som er årsaken til de lavere besøkstallene, eller om man uansett ville hatt lavere besøkstall. Dette er et rent faktisk spørsmål, som oppgaven ikke gir særlige holdepunkter for å mene så mye om, så her kan man bare kreve at kandidatene ser spørsmålet.

Spørsmålet om tapet er adekvat eller påregnelig knytter an til det såkalte adekvanskravet, som må anses som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp. I medhold av kjl. § 67, første ledd, jf. Rt. 2004 s. 675, kan man formulere dette som et krav til at tapet «med rimelighet kunne ha [vært] forutsett som en mulig følge av kontraktbruddet.» I Rt. 1983 s. 205 ble prinsippet nokså tilsvarende formulert som at «tapet, eller rettere de enkelte tapsposter, må stå i en rimelig nær sammenheng med misligholdet; tapet må ikke være for fjernt, avledet eller upåregnelig.»

Det er flott hvis kandidatene her får frem at adekvanskravet ikke så mye handler om tapet fremstod sannsynlig eller ikke, men om mer sammensatte forutsetningsbetraktninger. Spørsmålet kan gjerne formuleres som om tapet ut fra partenes forutsetninger ligger innenfor det som man rimeligvis kan anse at skyldneren har påtatt seg ansvaret for. Man kan skille mellom subjektiv og objektiv påregnelighet og adekvanskravet innbefatter slik sett en vurdering av både subjektive forutsetninger og mer objektive normalforutsetninger for den aktuelle kontraktstype.

Rent generelt kan det vanskelig anses upåregnelig at nedstengning av et nytt anlegg som man har installert for å øke besøkstallene vil kunne medføre omsetningssvikt. F&G anfører at det var «ekstrem uflaks» at sammenbruddet hadde skjedd midt i sesongen og på et tidspunkt utbedring ville ta ekstra lang tid. Dette kan de vanskelig høres med når en hovedgrunn til at utbedringen tok så lang tid var at de selv nektet å utbedre uten å få betalt. Her kan man også gjerne vise til at skyldgraden er et moment som vil ha betydning for adekvansvurderingen. Et mulig synspunkt er videre at der misligholdet som her er forsettlig (dvs unnlatt utbedring), har skyldneren også ansvar for inadekvate tap (casus mixtus), jf. Lilleholt s. 364, Hov og Høgberg s. 118-119 og 268. De kandidatene som går inn på slike betraktninger og får noe ut av det bør få solid uttelling.

Konklusjonen må være underordnet, men etter mitt syn er det mye som taler for at omsetningstapet kan kreves dekket.

## 3. Kravene mot Streken

### 3.1 Innledning



Dronningparken fremmer et kontraktsrettslig direktekrav mot Streken, på grunnlag av angivelig mangel i forholdet mellom Streken og F&G. Hovedspørsmålet, om Dronningparken kan gjøre gjeldende et kontraktsrettslig direktekrav mot Streken, reiser flere underproblemstillinger som det er viktig at kandidatene ser og holder fra hverandre. Noen kandidater kan nok tenkes å fremholde at anførselen om foreldelse også kunne vært gjort gjeldende av Streken, noe som naturligvis er riktig. Oppgaven legger imidlertid ikke opp til at foreldelse skal drøftes i denne relasjonen siden det ikke er anført.

Det første spørsmålet er om det overhodet er adgang til å gjøre gjeldende direktekrav i relasjonen mellom Dronningparken og Streken. Dernest er det spørsmål om det foreligger et relevant mangelskrav i relasjonen mellom Streken og F&G. Et eget spørsmål som kan reises er om det er et vilkår for en eventuell direktekravsadgang at Dronningparken har et eget krav mot F&G, med andre ord om en eventuell direktekravsadgang kan bygge på subrogasjonsmodellen eller om den må bygge på såkalt springende regress eller dobbeltbegrensningsmodellen. Kandidatene bør se at dette her kanskje særlig har betydning for spørsmålet om Streken kan gjøre gjeldende ansvarsfraskrivelsen i kontrakten mellom Dronningparken og F&G slik de har anført.

Strekens anførsler om at det ikke er grunnlag for sideordnet solidaransvar behandles til sist.

### 3.2 Er det adgang til å gjøre gjeldende direktekrav?

Utgangspunktet er at det ikke er noe kontraktsforhold mellom Dronningparken og Streken, som her har opptrådt som underleverandør for F&G. Det foreligger ingen lovhjemmel for direktekravsadgang, og man kan vel vanskelig si at det foreligger klare kontraktspesifikke holdepunkter for at direktekravsadgang er avtalt eller forutsatt i noen av relasjonene mellom de involverte partene. Riktignok går det an å drøfte om Strekens innforståelse med at Dronningparken var sluttkunden, og det tette samarbeidet mellom alle tre parter under kontraktsutførelsen, gir grunnlag for noen slike forutsetninger, men det er mer naturlig å drøfte dette i tilknytning til bakgrunnsretten.

Kontraktslovgivningen gir gjerne hjemmel for direktekrav ved kontraktstyper som er lovregulert, herunder gir kjl. § 84 en hjemmel for direktekrav ved kjøp (og tilvirkningskjøp). Oppgaveteksten gjør det som nevnt klart at man skal legge til grunn at ingen av kontraktene omfattes av kjøpsloven, så dette er unødvendig å drøfte. Spørsmålet her er om det gjelder en direktekravsadgang på ulovfestet grunnlag.

Det er flere eksempler i rettspraksis på at Høyesterett har funnet direktekravsadgang uten lovhjemmel. Både i Rt. 1998 s. 656 (Veidekke) og HR 2018-648-A (bruktbil) fant Høyesterett at det var adgang til å gjøre gjeldende direktekrav. I tillegg finnes det flere eksempler i eldre rettspraksis som noen av kandidatene nok vil kunne nevne, herunder Rt. 1976 s. 1117 (Siestadommen), Rt. 1981 s. 445 (Davanger) og Rt. 1995 s. 486 (Nordland).





Samtidig er det, i alle fall nå etter dommen i HR-2018-2256-A (midtbygningen), klart at det ikke gjelder noe utgangspunkt om direktekravsadgang på helt alminnelig grunnlag, jf. dommen avsnitt 46 hvor følgende uttales: «Partene er enige om at det i norsk kontraktsrett ikke er etablert en alminnelig ulovfestet direktekravsrett. Dette utgangspunktet slutter jeg meg til.» De to dommene fra 2018 er naturlig nok ikke behandlet i de to pensumbøkene som ble utgitt i 2017, men har vært grundig gjennomgått på forelesning og i undervisningen.

I lys av sistnevnte dom, som her igjen bygger på Rt. 1998 s. 656, kan det antagelig legges til grunn at direktekrav kan gjøres gjeldende i alle fall (og kanskje primært) der underleverandøren har hatt en «særlig stilling». Særlig flertallet kan forstås slik at utgangspunktet ellers og i mangel av konkrete holdepunkter er at det ikke kan påberopes direktekravsadgang, mens mindretallet nok må forstås slik at dette avhenger av friere avveining av hvilke momenter som taler for og mot direktekravsadgang.

En naturlig måte å stille problemstillingen på i vår sak vil dermed være å først spørre om Streken har hatt en «særlig stilling» i forholdet til Dronningparken, og deretter om det uansett er grunnlag for direktekravsadgang utfra en friere avveining.

Veidekkedommen gjaldt en spesiell situasjon, der den aktuelle entreprisytelsen i praksis var fullt ut viderekontrahert til Veidekke som total-underentreprenør. I vår sak er det derimot tale om et mer normalt underleveranseforhold. Riktignok får vi vite at ansatte hos Streken samarbeidet direkte med ansatte både hos F&G og Dronningparken, både under kontraktsgjennomføringen og ved søknadsutarbeidelsen. Men mye taler nok for at kravet til særlig stilling forutsetter noe mer enn et vanlig underleveranseforhold, jf. HR-2018-2256-A avsnitt 84. Også i sistnevnte dom var det omfattende direkte kontakt mellom underentreprenørene og hovedentreprenøren (som her var direktekravskreditor, saken gjaldt et krav fra hovedentreprenøren mot to underentreprenører til dennes underentreprenør), uten at flertallet fant at det tilsa direktekravsadgang.

Når det gjelder andre momenter som ut fra en mer konkret vurdering kan tilsi direktekravsadgang er det flott om kandidatene får frem at det kan være noe usikkert hvor langt dette gir anledning til å oppstille direktekravsadgang på fritt grunnlag. I HR-2018-2256-A kom flertallet til at partenes valg av en standardkontrakt uten hjemmel for direktekrav i seg selv utgjorde et argument mot direktekrav, siden partene kunne ha gjort alternative valg. For øvrig går det også an å trekke visse slutninger fra HR-2018-648-A med hensyn til hva som vil være relevante momenter. Selv om den gjaldt et helt annet saksforhold, baserte Høyesterett seg på visse momenter som generelt vil ha betydning i vurderingen, jf. avsnitt 48 flg. – herunder partenes rimelige forutsetninger; det vil si om debitor har en beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg kravet og om fraværet av direktekravsadgang vil medføre en ugrunnet berikelse for debitor; om partene er private eller profesjonelle; behovet for direktekravsadgang i det enkelte tilfelle; og oppgjørstekniske og prosessøkonomiske hensyn.

Konklusjonen bør være underordnet og kan nok også være litt tvilsom. Selv tenderer jeg mot at situasjonen i vår sak er så vidt lik situasjonen i HR-2018-2256-A at det taler mot



direktekravsadgang. Mye taler også for at det i enda mindre grad er noe behov for å tillate direktekravsadgang i vår sak enn det som var tilfellet i dommen, hvor jo midtleddet var gått konkurs. I vår sak har Dronningparken fortsatt mulighet til å rette kravet mot F&G. Det går også an å trekke inn her at regelen i entreprisestandardene gjerne er at direktekravsadgang forutsetter at midtleddet er konkurs, uten at det kan forventes at kandidatene er kjent med dette og uten at det heller er helt opplagt hvilken rettslig betydning det har på mer allment grunnlag.

Samtidig går det nok an å hevde at det er sterkere prinsipielle argumenter for en mer alminnelig direktekravsadgang enn det flertallet tilsynelatende la til grunn i HR-2018-2256-A. Både flertallets og mindretallets argumentasjon gir betydelig rom for nyanserende argumenter. Kandidater som får noe ut av dette bør gis solid uttelling.

Det kan være naturlig å problematisere om en eventuell direktekravsadgang vil være basert på såkalt subrogasjon eller springende regress. Eventuelt kan det problematiseres direkte i tilknytning til ansvarsbegrensningen, jf. nedenfor. Uansett må antagelig utgangspunktet være at dersom det ikke er konkrete holdepunkter for annet vil direktekravsadgangen være basert på såkalt springende regress eller dobbeltbegrensningsmodellen, jf. Rt. 1998 s. 656 og at dette er løsningen man normalt finner i kontraktslovgivningen utenom kjøpstilfellene.

### 3.3 Foreligger det mangelskrav i relasjonen mellom F&G og Streken?

For at Dronningparken skal kunne gjøre gjeldende et direktekrav må også F&G ha et mangelskrav mot Streken. Vi har ikke noen holdepunkter for at det isolert sett er noe i veien med programvaren Streken har levert. Det Dronningparken anfører er imidlertid at Streken har brutt sin opplysningsplikt ved ikke å opplyse om at maskinvaren var uegnet for de komplekse 3d-animasjonene.

Her kan det være naturlig først å problematisere om forholdene gir grunnlag for en opplysningsplikt for Streken etter mønster av reglene om opplysningsplikt i kontraktslovgivningen som her må anses som utslag av mer alminnelige prinsipper. Utgangspunktet etter kontraktslovgivningen er typisk at opplysningsplikt vil gjelde opplysninger om *vesentlige forhold ved ytelsen*, som *yteren kjente eller måtte kjenne til*, og som bestilleren *hadde grunn til å regne med å få*, forutsatt at de manglende opplysningene kan antas å ha virket inn på avtalen.

Anvendt på vår sak kan det hevdes at problemet ikke gjelder Strekens egen ytelse, men maskinvaren som skal kjøre animasjonene og som F&G anskaffer selv. Samtidig må det være rimelig klart at man ikke kan tolke opplysningsplikten så snevert. Man vil også kunne ha opplysningsplikt om forhold knyttet til ytelsens bruk, forutsetninger eller egnethet for bestillerens formål. I vår sak kan man nettopp se maskinvaren som en grunnleggende forutsetning for egnetheten av Strekens ytelse for F&Gs formål. Hovedspørsmålet er vel om dette er et forhold Streken kjente eller måtte kjenne til. Her bør kandidatene få frem at dette etablerer en høyere terskel enn simpel uaktsomhet. Kravet er at det i alle fall må ha vært grovt uaktsomt å ikke kjenne til det aktuelle forholdet, jf. Rt. 2002 s. 696 (Skøyen næringspark/NEBB-dommen). Oppgaven gir få



holdepunkter for å vurdere dette, men etter mitt syn er det i alle fall ikke opplagt at dette er et forhold Streken måtte kjenne til. I prinsippet vil vurderingen her også avhenge av den avtalte funksjonsfordelingen mellom partene, og hvilke forutsetninger/spesifikasjoner som kan utledes av kontrakten med hensyn til hva Streken kunne forvente og legge til grunn med hensyn til maskinvaren, men her gir oppgaven få holdepunkter.

Dersom man kommer til at dette er et forhold Streken må ha kjent til, må man legge til grunn at det er tale om opplysninger F&G hadde grunn til å regne med å få, dvs at det var illojalt av Streken å ikke opplyse. En mulig innvending mot å la opplysningsplikten få virkning kunne imidlertid være at de manglende opplysningene kanskje ikke hadde noen betydning for selve avtalen mellom F&G og Streken. Hvis F&G hadde vært kjent med forholdet ville det antagelig primært ha motivert dem til å anskaffe bedre maskinvare. Samtidig kan man nok også se det slik at den aktuelle avtalen ikke ville ha blitt inngått under samme forutsetninger, og at dette må være tilstrekkelig til å anse innvirkningsvilkåret oppfylt.

Alternativt til å se dette som et spørsmål om tradisjonell opplysningsplikt går det også an å problematisere om Strekens unnlattelse av å foreta undersøkelser av programvarens kompatibilitet med maskinvaren i seg selv utgjør et mislighold. I alle fall dersom avtalen ikke gir spesifikasjoner av betydning med hensyn til maskinvaren, kan man kanskje se dette som en del av hva man normalt må kunne forvente av en programvareutvikler. Dette vil imidlertid også avhenge av flere forutsetninger som oppgaven ikke gir noen opplysninger om, slik som den avtalte funksjonsfordelingen, hvilke opplysninger som er gitt om maskinvaren, om gangen i prosjekteringen er slik at maskinvaren skal tilpasses programvaren eller omvendt osv. Her kan det derfor ikke forventes mye av drøftelsene, men det er flott om kandidatene ser problemstillingen.

Etter mitt syn går det an å konkludere både med at det foreligger mangel og at det ikke gjør det, litt avhengig av hvordan man forstår faktum.

Det er også et spørsmål hva slags krav F&G isolert sett vil ha mot Streken på grunnlag av mangel. Dronningparken vil bare kunne gjøre gjeldende et direktekrav innenfor rammen av det krav F&G har mot Streken. Her må nok utgangspunktet være at mangel ved Strekens ytelse forutsetter brudd på opplysningsplikt eller innsatsforpliktelse og dermed culpa, og at det slik sett er ansvarsgrunnlag. Hvis man bygger direktekravsadgang på springende regress som vel er det naturlige her, jf. over, bør man kunne legge til grunn at direktekravsadgangen i praksis innebærer at Dronningparken trer inn i F&Gs kravposisjon, men med sitt eget tap. Det må være helt greit om kandidatene legger dette til grunn. Prinsipielt går det likevel an å problematisere ytterligere hvilken kravposisjon direktekravsadgangen gir. Antagelig må det være riktig å se det slik at Dronningparkens direktekrav avhenger av hvilket ansvar Streken ville hatt overfor sin medkontrahent F&G, hvis Dronningparken først hadde gjort sitt krav gjeldende mot F&G, jf. Rt. 2007 s. 1768 (Grev Wedels plass), hvor Høyesterett uttalte (avsnitt 34):

«Som ankemotparten påpeker, står et krav midt i kontraktskjeden normalt ikke på egne ben, men er avhengig av at krav blir gjort gjeldende fra et senere ledd i kjeden. Når det – som her –



gjøres gjeldende direktekrav, har et slikt krav forutsetningsvis ikke blitt fremsatt. Jeg finner det klart at punkt 43 må forstås slik at det avgjørende er om totalentreprenøren hadde hatt et krav mot underentreprenøren, dersom byggherren hadde gjort mangelskravet gjeldende mot totalleverandøren. Det er dette hypotetiske kravet som byggherren på bestemte vilkår kan tre inn i.»

Synspunktet blir i så fall at F&Gs ansvar for utbedringskostnader og tapt fortjeneste avstedkommer et regresskrav mot Streken og at det er dette kravet Dronningparken trer inn, i eller kan gjøre sitt krav gjeldende innenfor rammen av.

Hvis vi foreløpig holder ansvarsfraskrivelsen utenfor kunne dette tilsi at kravet som oppstår i relasjonen mellom F&G og Streken langt på vei speiler kravet Dronningparken har mot F&G. Dette kan likevel problematiseres ytterligere. I prinsippet går det for det første an å problematisere om adekvansvurderingen vil slå ut forskjellig overfor Streken, særlig dersom man konkluderer med at F&G har handlet forsettlig ved å unnlate utbedring. Et synspunkt kunne videre være at Strekens ansvar i forholdet til F&G årsaksmessig ikke kan omfatte omsetningstapet, siden dette primært skyldes at F&G nektet å utbedre. Faktum gir ingen holdepunkter for at Streken har misligholdt sin utbedringsplikt overfor F&G. Strekens eventuelle utbedringsplikt i dette tilfellet må også nødvendigvis anses begrenset til påkrevde justeringer av programvaren for å kjøres med ny maskinvare, noe som her overhodet ikke synes å ha blitt aktualisert i og med at F&G nektet å utbedre i første omgang.

I lys av dette er det etter mitt syn mye som taler for at det ikke er adekvat årsakssammenheng mellom Strekens mislighold og omsetningstapet. Imidlertid kan man ikke forvente at mange kandidater ser dette. De som gjør det må få solid uttelling.

### 3.4 Særlig om ansvarsfraskrivelsen

Streken anfører at direktekravet må være begrenset av ansvarsfraskrivelsen i relasjonen mellom Streken og F&G. Spørsmålet kan gripes an på litt ulike måter og må anses nokså krevende.

Utgangspunktet er at ansvarsfraskrivelsen gjelder i forholdet mellom F&G og Dronningparken. Streken er dermed som utgangspunkt ikke beskyttet av ansvarsfraskrivelsen. Kandidatene bør imidlertid se at den likevel kan få betydning for direktekravsadgangen. Det er to mulige vinklinger på dette.

Først og antagelig mest naturlig er det å ta utgangspunkt i at direktekravsadgangen må baseres på springende regress eller dobbeltbegrensningsmodellen, noe som er det mest nærliggende her, jf over. I så fall er det sitt eget krav Dronningparken kan gjøre gjeldende innenfor rammen av Strekens ansvar overfor F&G. Det innebærer i så fall at ansvarsfraskrivelsen får virkning overfor Streken i samme grad som den kan gjøres gjeldende av F&G overfor Dronningparken, jf om dette over.



Men også hvis man tar utgangspunkt i subrogasjonsmodellen går det muligens an å hevde at ansvarsfraskrivelsen får virkning. Dette må vel anses litt uavklart, men der det er tale om et erstatningskrav som her, kan man hevde at det ikke kan oppstå noe regresskrav i relasjonen mellom F&G og Streken utover det ansvaret F&G selv får overfor Dronningparken. Hvis man dermed ser det slik at Dronningparkens direktekrav avledes av egen kontraktspart F&Gs hypotetiske kravsposisjon er synspunktet i så fall at det ikke oppstår noe krav Dronningparken kan tre inn i utover det kravet de selv har mot F&G. Det mer nærliggende alternativet etter mitt syn er nok likevel å se det slik at subrogasjonsmodellen medfører at direktekravskreditor trer inn midtledets kontraktsposisjon men «med sine egne fakta». I så fall er virkningen her at Streken ikke kan påberope seg ansvarsfraskrivelsen (forutsatt altså at man kommer til at direktekravsadgang kan baseres på subrogasjon).

Imidlertid er det vel som nevnt mer nærliggende å anse den eventuelle direktekravsadgangen her som basert på springende regress/dobbelbegrensningsmodellen Som drøftet over er det mye som taler for at F&G i saken her *ikke* kan påberope seg ansvarsfraskrivelsen. Spørsmålet som da oppstår er om Streken likevel kan påberope seg ansvarsfraskrivelsen på selvstendig grunnlag. Synspunktet måtte i så fall være at ansvarsfraskrivelsen anses som et tredjemannsløfte som også gir rettigheter til Streken. Imidlertid gir verken ordlyden eller faktum noen konkrete holdepunkter for en slik tolkning. Konklusjonen må dermed være at Streken ikke kan påberope seg ansvarsfraskrivelsen på selvstendig grunnlag.

## 1. 3.5 Kan Streken kreve at kravet mot Fort og Gæli forfølges først?

Streken hevder subsidiært at de ikke kan være sideordnet solidarisk ansvarlige med F&G. Henvisningen til solidaransvaret her kan sette kandidatene på sporet av hovedregelen om solidaransvar, som nettopp er at ansvaret er sideordnet solidarisk, jf. Rt. 2005 s. 870 og Bergsåker s. 133. Det vil si at kreditor kan velge hvem han vil søke dekning hos. Noe annet krever dermed særlige holdepunkter. For eksempel kan det noen ganger utgjøre en avtalt begrensning av direktekravsadgangen at midtledet er konkurs, jf. NS 8407 pkt. 43. Men det kan ikke forventes at studentene er kjent med dette. Et annet eksempel som noen kandidater viser til er Rt. 1997 s. 231, der Høyesterett kom til at byggherren ikke kunne fremme krav mot en byggeleder før kravsadgangen mot entreprenøren var uttømt. Saksforholdet var imidlertid ganske forskjellig, så dommen gir etter mitt syn begrenset veiledning i vår sak. Utgangspunktet ved direktekrav er at kreditor kan velge hvem han ønsker å fremsette kravet mot, det er normalt også noe av poenget med å gi direktekravsadgang. Konklusjonen må dermed være at anførselen ikke fører frem. Det må også være greit om kandidatene konkluderer med dette uten å problematisere solidaransvar særskilt.



## **4. Om vurderingen**

De fleste problemstillingene oppgaven reiser er sentrale i pensum og bør være godt kjent for studentene. Oppgaven må likevel etter mitt syn anses forholdsvis krevende og ganske omfattende. Det kan nok også by på visse utfordringer å holde orden på alle anførslene og forholdet mellom dem. Sensorene bør dermed se med en viss forståelse på studenter som enten ikke ser eller ikke kommer gjennom alle anførsler og problemstillinger.