

ENTREPRISERETTEN I UTVIKLING

Produktansvar i en industrialisert bygge- og anleggsvirksomhet

BFJR Konferanse 14. november 2017

Dr. juris Amund B. Tørum

INNLEDNING

HVA ER «PRODUKTANSVAR»?

- Selve begrepet har tradisjonelt hatt et nokså fast innhold
 - Et produkt har - som følge av skadegjørende egenskaper - voldt personskade eller tingsskade, og dette kan kreves erstattet på grunnlag av deliktsreglene (Tørum i TfR 2005)
- Begrepet ser altså på skadeårsaken; den må være forvoldt av tingens skadegjørende egenskaper
 - «Produktansvar» er altså tilsynelatende en nokså snever kategori, i motsetning til det ellers så generelle virkeområdet for deliktsreglene
- Norsk rett viser imidlertid at det ikke nødvendigvis dreier seg om et deliktsansvar
 - Norsk rett har lenge gitt kjøpsloven anvendelse på visse produktskader («produktansvar i kjøpsrettslige klær»)
 - Altså gjennom å anvende de alminnelige reglene om erstatning for mangler

ER «PRODUKTANSVAR» ET EGET ANSVARSGRUNNLAG?

- «Eget» ansvarsgrunnlag i form av vilkår som avviker fra de alminnelige deliktsreglene?
- Tre hovedalternativer
 - (i) Eget generelt ansvarsgrunnlag
 - (ii) Eget ansvarsgrunnlag på visse områder
 - (iii) Kan være særskilt regulert i kontrakten (men selvsagt bare inter partes)
- «Svaret» er klart nok
 - På området for produktansvarsdirektivet gjelder de særlige vilkårene i produktsansvarsloven («sikkerhetsmangel»)
 - Ikke rom for særnorske løsninger (Stenvik i LoR 2004 s. 204-205)
 - Utenfor området for produktansvarsloven, har vi ikke i norsk rett særskilte regler
 - I utgangspunktet må dermed saker om «produktansvar» løses basert på de alminnelige deliktsreglene, primært culpaansvaret
 - Jeg kommer tilbake til om det fortsatt er aktuelt med ulovfestet objektivt ansvar, jf. Rt. 1993 s. 1201 «Lettbetongblokk»

OVERSIKT OVER ULIKE GRUNNLAG FOR «PRODUKTANSVAR»

KORT OM PRODUKTANSVAR I «KJØPSRETTSLIGE KLÆR»

- I norsk rett gjelder det meste av rettspraksis om «produktansvar» kjøpsforhold
 - Se oversikten i Tørum i TfR 2005: «Produktansvar i kjøpsrettslige klær»
 - Det meste av Høyesteretts praksis gjelder kjl. av 1907; se dog Rt. 2004 s. 675 «Agurkpinne»
- Relevant for entrepriseretten?
 - Kjøpsloven gjelder ikke mellom byggherren og entreprenøren
 - Men; direkte relevant mellom entreprenøren og hans underleverandører, typisk i regressomgangen etter at byggherren har krevd erstatning av entreprenøren
 - Rt. 1975 s. 478 «Spennbetong»; kunne selgeren her ha snudd seg?
- Hvorfor foretrekker gjerne norske kjøpere å bygge «produktansvar» på kjøpsloven?
 - Næringskjøperen kan ikke gjøre gjeldende produktansvarsloven, jf. § 2-3 (1) b
 - Det alminnelige culpaansvaret (utenfor kontrakt); skadelidte har bevisbyrden
 - Dagens norske kjøpslov; kontrollansvaret og dets omvendte bevisbyrde

KJØPSLOVEN § 67 (2) BOKSTAV D TREKKER GRENSEN MOT DELIKTSANSVARET

- Bestemmelsen fastslår direkte bare hvilke tap som skal anses som «indirekte» og som dermed ikke omfattes av kontrollansvaret (mine markeringer):
 - «tap som følge av skade på **annet** enn salgstingen selv og gjenstander som den brukes til framstilling av eller som har nær og direkte sammenheng med dens forutsatte bruk.»
- Ifølge forarbeidene gir denne bestemmelsen også veiledning om grensen mot «de generelle regler om produktansvar» (mine understrekninger):
 - «Departementet er enig med arbeidsgruppen i at det er *naturlig at visse skader på annet enn salgstingen selv blir regulert av kjøpsloven, men at hovedregelen må være at ansvaret for slike skader bygger på alminnelige produktansvarsregler ...»*
 - «Indirekte» tap i henhold til bokstav d = deliktsreglene
- Uheldig «norsk» dobbeltsporet system?
 - Vanskelig å trekke denne grensen
 - Den svenske kjøpsloven; avgrenser mot produktansvaret
- Bestemmelsen i avhl. § 7-1 (2) d svarer i stor grad til kjl. § 67 annet ledd bokstav d

BUSTADOPPFØRINGSLOVENS SYSTEM FOR TINGSSKADER

- Fanebestemmelsen i § 6
 - «Føresegnene om skadebotansvar for entreprenøren og konsulenten gjeld ikkje for tap som følgje av personskade eller for tap i næring. For slikt tap og for tap som ikkje er følgje av avtalebrot, gjeld allmenne skadebotreglar.»
 - Ofte vanskelig å avgjøre kva som er «følgje av avtalebrot»
- Den primære mangelsbeføyelsen i entrepriseforhold – retting – gjelder også for skade på kontraktsgjenstanden, jf. § 32 (1)
 - Tilstrekkelig at skaden skyldes «mangel»; intet krav om ansvarsgrunnlag utover dette
- Erstatningsansvaret i § 35 (3)
 - Skade på kontraktsgjenstanden; rettes i utgangspunktet i henhold til § 32 (1)
 - § 35 (3) regulerer også visse tingsskader som følge av mangel, nærmere bestemt skade på annet enn kontraktsgjenstanden («entreprenørens yting»)
 - Omtvistet hvilket ansvarsgrunnlag som her gjelder; kontrollansvar eller skyldansvar med omvendt bevisbyrde?

«PRODUKTANSVAR» PÅ GRUNNLAG AV DET ULOVFESTEDE OBJEKTIVE ANSVARET?

- Primært utformet med tanke på brede risikoavveininger knyttet til «farlig bedrift»
- Men ble likevel anvendt på en typisk produktskade i Rt. 1993 s. 1201 «Lettbetongblokk»
 - Saken gjaldt et forbrukerkjøp før produktansvarsloven
 - Betongblokker til grunnmurer smuldret opp pga. høyt svovelinnhold
 - I dag måtte saken ha blitt løst på grunnlag av produktansvarsloven; EU-domstolen har tolket direktivet som totalharmonisering (Stenvik i LoR 2004 s. 204-205)
- Kan en næringskjøper bygge på dette ansvaret?
 - Direktivet stenger ikke for dette; utenfor virkeområdet
 - Men trenger næringskjøperen sterkere beskyttelse enn forbrukerkjøperen; gir ikke skyldansvaret god nok beskyttelse, jf. svensk og dansk rett?
 - «Treffer» vilkårene og avveiningen – som er tilpasset produksjonen av tingen (og ikke den ferdigproduserte tingen?)

KORT OM SYSTEMET I NS 8407

- Bestemmelsene må forstås i lys av løsningene i kjøpsloven og bustadoppføringsloven
- Pkt 42.1: Mangelsansvaret omfatter også skade på kontraktsgjenstanden
 - Som i bustadoppføringsloven
 - Objektivt ansvar for å rette
- Pkt 42.5: Skade på annet enn kontraktsgjenstanden
 - Eksempelvis skade på deler av bygget eller anlegget som ikke omfattes av kontrakten
 - Skyldansvar
- Hvor ligger hunden begravd? Mangelsvurderingen
 - Dette bringer oss til neste tema

«UTVIKLINGSSKADER» - NOEN RISS

«UTVIKLINGSSKADER»

- Problemstillingen
 - Når skal en såkalt «utviklingsskade» anses som en «mangel» som selgeren/entreprenøren bærer risikoen for?
 - Avgrensning til skader på kontraktsgjenstanden
- Hva menes med «utviklingsskader» eller «utviklingsrisiko»?
 - (i) *At et produkt ikke har de egenskaper det skulle ha*
 - Nei, dette er en helt regulær mangel
 - (ii) *At et produkt har egenskaper som det ikke skulle ha*
 - Kanskje, men dette favner også over typiske produktskader
 - (iii) *At et nytt produkt (eller ny versjon) viser seg å ha egenskaper som få eller ingen visste om eller burde ha tatt høyde for*
 - Det kan være mange årsaker til at dette blir avdekket
 - Det dreier seg om et helt nytt produkt, eller det dreier seg om et nytt bruksområde for et utprøvd produkt
 - Dette kan tjene som en foreløpig beskrivelse

HVA ER DET SOM GJØR SAKER OM «UTVIKLINGSSKADER» KOMPLEKSE?

- Eksempel: Ventilasjonsanlegget «virker ikke» og/eller støyer for mye
- Ofte svært vanskelig å påvise «root cause» - flere mulige, konkurrerende årsaker («blame game»):
 - Komplisert samvirke mellom ulike produkter; skyldes problemet feil i software og/eller hardware?
 - Feil ved produktet og/eller «feil» omgivelser; feil produkt på feil sted?
 - Av og til uklart hvilke «omgivelser», eksempelvis temperaturer og luftfuktighet, produktet er designet for
 - Feil ved produktet eller feil ved installasjonen?
 - Ble produktet installert i henhold til prosedyren? Vanskelige bevissspørsmål
 - Feil ved produktet eller feil ved designinput/spesifikasjon?
 - Hvem hadde ansvaret for å forsikre seg om man valgte riktig produkt; selger, kjøper eller kjøpers tekniske rådgiver?
 - For å bruke Kais uttrykk; hvem har «egnethetsrisikoen» for at produktet passer – brukte kjøperen selgeren som rådgiver/prosjekterende?

NORSK RETTSPRAKSIS OM «UTVIKLINGSSKADER»

- Norge har begrenset relevant rettspraksis (onshore)
 - Rt. 1975 s. 478 «Spennbetong» har imidlertid fortsatt en viss interesse, selv om saken gjaldt – for å bruke Kais ord – «egnethetsrisikoen»
 - Hvem hadde risikoen for at spennbetongelementer til taket på et industribygg i Tromsø, ikke tålte de lokale snølaster, slik at taket måtte forsterkes?
 - Dette ble formulert som et spørsmål om hva selgeren hadde forpliktet seg til å levere, dvs. fastleggelse av selgerens prestasjonsplikt – for igjen å bruke Kais ord
 - Basert på en nokså konkret vurdering kom Høyesterett til at kjøperen hadde vært tydelig på at selgeren måtte sørge for elementene tålte de lokale snølastene, og at selgeren – uten å ta tydelig forbehold – syntes å ha akseptert dette
 - Selgerens bærende anførelse om at han ikke hadde noe konsulentansvar, førte derfor ikke fram
 - Betydningen av at det dreide seg om et nytt produkt, ble ikke berørt i premissene, og man gikk heller ikke inn på hvilke minstekrav som fulgte av byggeforskriftene

NORSK RETTSPRAKSIS OM «UTVIKLINGSSKADER»

- Kort om ND 1979 s. 231 «Wingull» (Brækhus)
 - Saken gjaldt problemer knyttet til framdriftsmaskinen på skipet «Wingull», nærmere bestemt at et nokså nyutviklet remdriftsanlegg havarerte gjentatte ganger
 - Kjøperen anførte at leverandøren hadde et «konsulentansvar»
 - Følgende uttalelser er særlig relevante for oss:
 - «Etter voldgiftsrettens mening må [leverandørens] forpliktelser gå utover plikten til å levere motorene og komponentene til remanlegg og fjernkontroll etc. [Leverandøren] er en meget sakkyndig tilvirker og selger av skibsmaskiner. Når en slik tilvirker selger et anlegg, må kjøperen kunne gå ut fra at anlegget kan funksjonere etter sitt formål ... Se her **Krüger, Norsk Kjøpsrett ...**»
 - «Det er nok så at det remdriftsanlegg som ble levert, falt utenfor [leverandørens] vanlige produksjon, og faktisk var det første anlegg av denne art verkstedet hadde levert. Men det kan ikke fritta [leverandøren] fra det vanlige ansvar en selger av maskinanlegg har. Hvis [leverandøren] ville unngå slikt ansvar, måtte verkstedet ha tatt **forbehold, f.eks. ved å erklære at anlegget ikke var ferdig utprøvet**, men at det ble tilvirket etter kjøperens uttrykkelige anmodning og på hans risiko».

PLASSERINGEN AV RISIKOEN FOR «UTVIKLINGSSKADER»

- Det rettspolitiske grunnspørsmålet
 - Var risikoen helt ukjent eller burde man ha tatt høyde for den?
- Utgangspunktet er klart nok
 - «Kjøperen kan ikke gjøre gjeldende som mangel noe han kjente eller måtte kjenne til ved kjøpet», jf. kjl. § 20 (1) og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper
 - Følgende typetilfelle er derfor kurant:
 - Kjøperen/byggherren var faktisk kjent med risikoen da kontrakten ble inngått (måkevingedørene på Tesla model X)
 - Her har han tatt en bevisst (og forhåpentligvis kalkulert) risiko, og han må derfor som et klart utgangspunkt selv bære konsekvensene av sitt valg
- Betydningen av entreprisemodell
 - Større eksponering for totalentreprenøren?

PLASSERINGEN AV RISIKOEN FOR «UTVIKLINGSSKADER»: TYPETILFELLER

- Typetilfelle 1: Verken selger/entreprenør eller kjøper/byggherre visste om risikoen da kontrakten ble inngått
- Typetilfelle 2: Verken selger/entreprenør eller kjøper/byggherre visste om risikoen, men byggherren var den som foreslo å bruke produktet
- Typetilfelle 3: Selgeren var kjent med risikoen, og han la til grunn at kjøperen/byggherren eller hans rådgivere var kjent med risikoen
- Hva er det som vanskeliggjør slike saker? Usikkerhet i flere plan
 - Vanskelige rettslige spørsmål
 - Ettersom man sjelden kan bevise hva de visste, blir det i praksis langt på vei en normativ vurdering av hva de «måtte» eller burde forstå
 - Denne vurderingen kompliseres av at svaret ofte vil bero på om kjøperen/byggherren skal identifiseres med hva hans tekniske rådgiver måtte forventes å være kjent med – basert på et slags profesjonsansvar
 - Vanskelige bevisspørsmål knyttet til hva partene visste eller diskuterte
 - Svaret er sjelden binært, men ofte et gradsspørsmål
 - Vanskelige bevisspørsmål knyttet til «root cause»; battle of experts

TAKK FOR OPPMERKSOMHETEN!

WWW.SCHJODT.NO