



NORGES HØYESTERETT

Den 15. mars 2005 avsa Høyesterett dom i

HR-2005-00392-A, (sak nr. 2004/1400), sivil sak, anke,

Tamro MedLab AS (advokat Rasmus Asbjørnsen - til prøve)

mot

Institutt for Medisinsk Pleie AS (advokat Jan Krohn)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Matningsdal**: Saken gjelder krav om heving og erstatning begrunnet i at kjøpsgjenstanden ikke svarte til ”opplysninger som selgeren i sin markedsføring” hadde gitt om tingen, jf. kjøpsloven § 18 første ledd.
- (2) Institutt for Medisinsk Pleie AS – heretter kalt IMP – ble stiftet i april 1999. Tone Strømme Johannesen, som er utdannet sykepleier og radiograf, var selskapets enestyre og daglige leder. Til oppstarten i juni 1999 kjøpte IMP et hårfjerningsapparat av typen EpiLight superfast og et massasjeapparat av typen SilkLight. Apparatene, som var produsert av ESC Sharplan, ble kjøpt ved samme kontrakt fra Tamro MedLab AS – heretter kalt Tamro. Kjøpesummen for EpiLight apparatet var kr 1 168 000, men det er innbetalt kr 1 137 750. For SilkLight apparatet var kjøpesummen kr 204 000, hvorav kr 68 000 er innbetalt.
- (3) IMP var ikke tilfreds med apparatene, og reklamerte både muntlig og skriftlig. Selskapet holdt dessuten tilbake resten av kjøpesummen for SilkLight apparatet. Til slutt krevde IMP å få heve kjøpet av begge apparatene. Tamro bestred at det forelå hevingsgrunn, og tilbød i stedet utbedring av feilene. IMP gav Tamro frist til 31. januar 2001 med å sørge for utbedring, og forbeholdt seg hevingsrett dersom utbedring ikke skjedde innen dette tidspunktet.
- (4) Ifølge IMP forelå det ikke tilfredsstillende utbedring innen denne dato. Dette førte til at selskapet noe senere hevet kjøpet for begge apparatene. Den 16. juli 2001 tok IMP ut stevning mot Tamro for Asker og Bærum herredsrett med krav om tilbakebetaling av det som var innbetalt for apparatene. Da saken var anlagt ved feil verneting, ble den trukket fra Asker og Bærum herredsrett, og saken ble hevet. Det ble deretter den 3. desember

2001 uttatt stevning for Oslo byrett, nå tingrett, med krav om tilbakebetaling av kjøpesummene samt erstatning for omsetningssvikt. Tamro reiste motsøksmål med påstand om at IMP skulle tilpliktes å betale den utestående del av kjøpesummen for SilkLight apparatet.

- (5) Før jeg går inn på sakens videre utvikling, nevner jeg at det for EpiLight apparatet opprinnelig ble påberopt flere forskjellige mangler, men hovedanførselen under behandlingen for domstolene har hele tiden vært at IMP ved kjøpet ble forespeilet at apparatet var effektivt på alle hårfarger, noe som ikke er riktig. IMP anfører at dette representerer en kjøpsrettslig mangel etter kjøpsloven § 18 første ledd, og gir hevingsrett.
- (6) Oslo tingrett avsa den 9. april 2003 dom som etter retting har denne domsslutning:

”I hovedsøksmålet

Tamro Medlab AS betaler til Institutt for Medisinsk Pleie AS 1.137.750 – en millionetthundreogtrettisjatusensjuhundreogfemti – kroner med tillegg av lovens rente fra forfall til betaling skjer, mot at Institutt for Medisinsk Pleie tilbakeleverer Epilight apparatet til Tamro Medlab AS.

I motsøksmålet

Institutt for Medisinsk Pleie AS frifinnes.

I begge søksmål

Hver av partene bærer sine egne omkostninger.”

- (7) Domskonklusjonen innebærer at IMP fikk medhold i sitt hevingskrav vedrørende EpiLight apparatet, men ikke i heving av SilkLight apparatet. På den annen side ble IMP i form av prisavslag fritatt for å betale resterende kjøpesum med kr 136 000. Et erstatningskrav begrenset oppad til kr 750 000 førte ikke fram, uten at dette fremgår av domsslutningen.
- (8) Tamro påanket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett, mens IMP erklærte aksessorisk motanke for så vidt selskapet ikke var tilkjent erstatning for sitt omsetningstap. Lagmannsretten avsa den 25. juni 2004 dom med denne domsslutning:

”I. I hovedanken – hovedsøksmålet:

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Tamro Medlab AS til Institutt for medisinsk Pleie AS kr 80.000,- – åttitusen – ekskl. merverdiavgift innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse og med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

II. I hovedanken – motsøksmålet:

1. Institutt for Medisinsk Pleie AS betaler til Tamro Medlab AS kr 136.000,- – etthundreogtrettisekstusen – innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum av kr 68.000,- – sekstiåttetusen – fra 31. mars 2000 og av kr 68.000,- – sekstiåttetusen – fra 31. mai 2000 og til betaling skjer.
2. I saksomkostninger for ting- og lagmannsrett betaler Institutt for Medisinsk Pleie AS til Tamro Medlab AS kr 20.000,- – tyvetusen – innen 2 – to – uker

fra dommens forkynnelse, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

III. I motanken:

- 1. Tamro Medlab AS betaler til Institutt for Medisinsk Pleie AS kr 175.000,- – etthundreogsyttifemtusen – innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall og til betaling skjer.**
- 2. Hver av partene dekker sine omkostninger for ting- og lagmannsrett.”**

- (9) Tamro har påanket lagmannsrettens dom, domsslutningen post I og III, til Høyesterett. IMP har erklært aksessorisk motanke vedrørende domsslutningen post II og III. Begge ankene gjelder lagmannsrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse.
- (10) For Høyesterett har Tone Strømme Johannesen, IMP's enestyre og daglige leder, og Thomas Sakshaug, Tamros representant ved salget, avgitt forklaring. Videre er det innhentet forklaring fra to sakkyndige vitner. For lagmannsretten avgav syv av IMP's klienter forklaring. Disse vitnene har ikke forklart seg for Høyesterett, men i et felles prosesskriv fra partene heter det at "[d]et er på det rene at ingen av instituttets klienter som vitnet i lagmannsretten opplevde hårfjerningsbehandlingen med EpiLight apparatet som vellykket ...". Bortsett fra at ankemotparten ikke har opprettholdt enkelte anførsler som ble gjort gjeldende for lagmannsretten, står saken i det alt vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (11) *Den ankende part, Tamro MedLab AS, har i korte trekk anført:*
- (12) Det bestrides at EpiLight apparatet lider av noen kjøpsrettslig mangel i henhold til kjøpsloven § 18 første ledd. De opplysningene som ble gitt om apparatets egenskaper, er riktige, og det er tatt nødvendige forbehold med hensyn til apparatets effekt på enkelte hårfarger. IMP's representant, Tone Strømme Johannesen, må antas å ha hatt kunnskap om den teknologien som apparatet bygget på, og dermed de begrensninger som fysikken setter for fjerning av enkelte hårtyper. I denne sammenheng er det også vist til lovens § 20, som det anføres at § 18 første ledd må tolkes i lys av. Den reelle årsak til de dårlige driftsresultatene er at det ikke var markedsgrunnlag for den virksomheten som ble etablert – noe som er IMP's egen risiko. Under enhver omstendighet kan det ikke antas at eventuelle uriktige opplysninger om apparatets egenskaper har innvirket på kjøpet. Det vises til at IMP uansett skulle kjøpe en maskin for hårfjerning, og alternativet var to andre apparater med samme begrensning i anvendelsesområdet som EpiLight.
- (13) Subsidiært anføres det at den påberopte mangelen ikke er vesentlig, slik at det uansett ikke er grunnlag for heving, jf. kjøpsloven § 39 første ledd.
- (14) Atter subsidiært anføres det at det er reklamert for sent både i forhold til kjøpsloven § 32 første ledd og lovens § 39 andre ledd.
- (15) Under ingen omstendighet er det grunnlag for å fragå kjøpet av SilkLight apparatet. Det er ikke påberopt noen kjøpsrettslig mangel ved apparatet, og sammenhengen mellom kjøpet av apparatene er for fjern til at heving av kjøpet av EpiLight apparatet gir grunnlag for å fragå kjøpet av SilkLight apparatet.

- (16) Det bestrides at det er grunnlag for erstatning for påstått omsetningstap. Tapet er et indirekte tap etter kjøpsloven § 67 andre ledd. Etter kjøpsloven § 40 andre og tredje ledd er erstatning da betinget av at det er utvist skyld eller at egenskapene er ”tilsikret”. Ingen av disse ansvarsgrunnlagene foreligger. Noe tap er dessuten ikke dokumentert.
- (17) Tamro MedLab AS har nedlagt denne påstand i hovedanken og motanken vedrørende hovedsøksmålet:
- ”1. Tamro MedLab AS frifinnes.
 2. Tamro MedLab AS tilkjennes sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett med tillegg av lovens forsinkelsesrente, for tiden 8,75%, fra forfall til betaling skjer.”
- (18) I motanken vedrørende motsøksmålet er det nedlagt slik påstand:
- ”1. Lagmannsrettens dom slutningens pkt II 1 og 2 stadfestes.
 2. Tamro MedLab AS tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett med tillegg av lovens forsinkelsesrente, for tiden 8,75 %, fra forfall til betaling skjer.”
- (19) *Ankemosparten, Institutt for Medisinsk Pleie AS*, har i korte trekk anført:
- (20) Ved inngåelsen av kjøpsavtalen ble det reservasjonsløst opplyst at EpiLight apparatet kunne behandle alle hårfarger og hårtyper. Dette er ikke tilfellet, slik at kjøpsloven § 18 første ledd medfører at det foreligger en kjøpsrettslig mangel. Begrensningene i hvilke hårfarger som effektivt kan behandles med apparatet, er så omfattende at mangelen er vesentlig og gir hevingsrett etter kjøpsloven § 39 første ledd.
- (21) Det bestrides at reklamasjonsfristene i lovens §§ 32 første ledd og 39 andre ledd ikke er overholdt. IMP har helt siden leveringens klaget over effekten på EpiLight apparatet, og også påberopt seg svakheter ved SilkLight apparatet. Det kan ikke være avgjørende at IMP, i likhet med Tamros representant, lenge ikke forstod årsaken til den mangelfulle effekten. Dessuten gav Tamro ved sitt brev av 22. november 2000 avkall på å påberope at det var reklamert for sent. Tamro er derfor nå avskåret fra å påberope for sen reklamasjon.
- (22) Det anføres at SilkLight apparatet ble innkjøpt som en pakkeløsning med EpiLight apparatet for å gi IMP ytterligere et ben å stå på. Når kjøpet av EpiLight apparatet heves, representerer dette en bristende forutsetning for kjøpet av SilkLight apparatet. IMP må dermed ha rett til også å fragå kjøpet av dette apparatet.
- (23) Det kreves erstatning for tapt omsetning som følge av mangelen. Dette tapet må regnes som et direkte tap etter kjøpsloven § 67 første ledd slik at ansvarsregelen i § 40 første ledd jf. § 27 kommer til anvendelse. Dersom tapet regnes som indirekte, anføres det at ansvaret både kan begrunnes i skyld og tilsikring etter § 40 tredje ledd. Det innrømmes at omfanget av omsetningstapet er vanskelig å beregne. Man har imidlertid tatt utgangspunkt i et gjennomsnittlig tap av fem behandlinger i uken i 78 uker. På denne bakgrunn kreves det en erstatning oppad begrenset til kr 750 000.
- (24) Institutt for Medisinsk Pleie AS har nedlagt denne påstand:

”I hovedanken:

1. **Borgarting lagmannsretts domsslutning pkt. I.1 stadfestes.**
2. **Institutt for Medisinsk Pleie AS tilkjennes saksomkostninger for samtlige retter.**

I motanken:

1. **Tamro Medlab AS refunderer til Institutt for Medisinsk Pleie AS innbetalt andel av kjøpesum for Silklight-apparatet, kr 68 000,- med tillegg av lovens forsinkelsesrenter fra forfall og til betaling skjer, mot å få apparatet tilbakelevert.**
2. **Institutt for Medisinsk Pleie AS frifinnes for kravet om å betale restkjøpesummen for Silklight-apparatet, kr 136.000,-.**
3. **Tamro Medlab AS betaler til Institutt for Medisinsk Pleie AS erstatning med et beløp fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr 750 000,- med tillegg av lovens forsinkelsesrenter fra forfall og til betaling skjer.**
4. **Institutt for Medisinsk Pleie AS tilkjennes saksomkostninger i motanken for samtlige retter.”**

(25) *Mitt syn på saken:*

(26) Jeg er kommet til at Tamros anke vedrørende heving av EpiLight apparatet ikke fører fram, mens IMP må få medhold i sin motanke med hensyn til å heve kjøpet av SilkLight apparatet. Videre er jeg kommet til at IMP må tilkjennes et noe høyere erstatningsbeløp enn det som ble tilkjent av lagmannsretten.

(27) Kjøpsloven § 17 fastsetter at tingen skal være ”i samsvar med de krav til art, mengde, kvalitet, andre egenskaper og innpakning som følger av avtalen”. I vår sak beror imidlertid avgjørelsen på § 18 første ledd, som fastsetter at reglene om mangler ”gjelder også når tingen ikke svarer til opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen, dens egenskaper eller bruk og som kan antas å ha innvirket på kjøpet”. Spørsmålet er om Tamro i markedsføringen overfor IMP overdrev egenskapene til EpiLight apparatet på en slik måte at det dermed foreligger en mangel.

(28) Hårfjerning ved hjelp av lysbehandling synes å ha blitt innledet på begynnelsen av 1990-tallet, og i første omgang ved bruk av laser. Ethvert laserapparat har bare én frekvens på lyset, og dermed et snevrere anvendelsesområde enn IPL og de langt på veg tilsvarende FPL apparatene, som kom på markedet midt på 1990-tallet. EpiLight apparatet, som vår sak gjelder, anvender IPL teknologien. Det sender ut et bredspektret lys fra 590 til 1200 nanometer, og har dermed et mer variert anvendelsesområde enn en laser.

(29) Denne metoden for hårfjerning forutsetter at det i håret foreligger kromoforkonsentrasjon (biologisk fargestoff) – noe man blant annet finner i melanin. Melanin kan deles i to grupper – eumelanin (i svart/brunt hår) og pheomelanin (i rødaktig/lysebrunt hår) – som har ulik kjemisk struktur. I Norden er det stort innslag av pheomelanin. Om muligheten for å fjerne hår med et IPL apparat uttaler det sakkyndige vitnet, siv.ing. teknisk fysikk Per Arne Lennart Torsteinsson:

”Med behandling med IPL filtreres lyset for å varme opp selve håret, og det oppvarmede håret vil avgi varme til hårsekksveggen. Den optimale forutsetningen er

personer med lys hud, og mørkt hår. Hårfargen avgjør hvor godt håret leder lys – dvs. energi. Et svart hår vil i praksis absorbere all energien til varme – mens lysere hår ikke absorberer lys/energi like bra. Lyst hår avgir mindre varme til omgivelsene – enn mørkt hår. Ved høy energi i håret – ødelegges melaninet i håret – slik at varmen ikke transporteres. Et nordisk blondt hår absorberer ca. 1/30-del av energien sammenliknet med et sort hår. Generelt er også blondt hår tynnere enn mørkt hår, som også påvirker absorpsjonsevnen. I praksis synes det vanskelig å behandle lyst hår. Grenseverdiene for når det er mulig å behandle pasienten, inntreffer før håret er hvitt.”

- (30) Tamros representant ved salget, Thomas Sakshaug, har i sin forklaring for Høyesterett bekreftet at det skriftlige materialet som var utarbeidet av produsenten, og som ble overlevert IMP, dannet grunnlaget for hans presentasjon av apparatet.
- (31) I brosjyren heter det i en overskrift at det er tale om "[a] revolutionary alternative to other hair removal methods", og at apparatet behandler alle hårfarger "[w]hite/gray, blond, red/auburn, brown, black". Det heter videre at apparatet har "[p]roven clinical results for all hair colors and textures on all parts of the body". I det utdelte materialet finnes det flere tilsvarende formuleringer – blant annet i en oppsummering hvor det heter at "[t]he unique design of the EpiLight system with its adjustable spectral range allows safe treatment of all hair colors and most skin types (Fitzpatrick skin types I-V)". Reservasjonen for hudfarge tar etter det opplyste sikte på svart hud.
- (32) Som det fremgår av forklaringen til det sakkyndige vitnet Torsteinsson, har melaninnholdet stor betydning ved den aktuelle behandlingsmåten. Dette er omtalt i et avsnitt i brosjyrematerialet hvor det heter:
- "The hair absorption coefficient is a function of hair color. The main absorbing chromophore in dark hair is eumelanin, while in red and blond hair it is pheomelanin. Dark hair generates a very good 'contrast' ratio with the dermis since it has a much higher absorption coefficient. Blond hair has a much lower contrast ratio. Thus, it is much harder to damage lighter hair than darker hair, without damaging surrounding tissue. EpiLight Hair Removal System, eliminates all light hair colors hair as well as dark, as can be seen from the clinical cases on the first page."**
- (33) Selv om man her fremhever betydningen av hårfarge, gir avslutningen av sitatet et klart inntrykk av at også dette problemet har EpiLight løst. Dette bestyrkes av hva som uttales et par avsnitt senere:
- "The figure illustrates the responses of different hair types as a function of wavelength. It clearly demonstrates that longer wavelengths are more effective for dark and red hair, while the 600 to 700 nm wavelength range may be more effective for hair that is thin, shallow and blond. – Epilight Hair Removal System has proven safe and effective for eliminating hair of all colors, including white hair, from all areas of the body."**
- (34) Disse sitatene bør leses i sammenheng med en oppsummering noe tidligere i artikkelen om tre kriterier som er viktige for å oppnå et godt resultat. Hårfarge er overhodet ikke nevnt. Og hensett til den gjentatte fokuseringen på at apparatet behandler "all hair colors", er jeg enig med lagmannsretten i at det klare hovedbudskapet er at EpiLight utgjør et særegent alternativ til andre hårfjerningsmetoder, og har vist seg sikkert og effektivt for fjerning av hår av alle farger fra alle kroppsdeler.
- (35) Denne omtalen av apparatets egenskaper er i strid med fysikkens lover, idet grått og hvitt hår, som ikke inneholder melanin, ifølge de sakkyndige ikke kan fjernes ved lysbehandling. På bakgrunn av de sakkyndige vitnenes forklaringer legger jeg videre til

grunn at effekten på lyst, brunt og rødt hår er langt svakere enn på mørkt hår. Dette kommer ikke fram i det materialet som ved inngåelsen av kjøpsavtalen ble presentert for IMP.

- (36) Min konklusjon er etter dette at IMP ved kjøpet ble forespeilet at apparatet var langt mer effektivt enn det var grunnlag for. Dette innebærer at EpiLight apparatet ikke svarer til ”opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen, dens egenskaper ...”. Jeg tilføyer at i forhold til dette kriteriet kan jeg ikke se at det har betydning at mangelskriteriene i den aktuelle bestemmelsen først ble innført bare for forbrukerkjøpene.
- (37) Forutsetningen for at de uriktige opplysningene skal gi grunnlag for mangelsbeføyelser, er at de ”kan antas å ha innvirket på kjøpet”. Denne formuleringen viser at beviskravet for at opplysningene har innvirket på kjøpet, ikke er særlig strengt. Etter min mening er også dette vilkåret oppfylt. Tone Strømme Johannesen har forklart at hun før kjøpet vurderte forskjellige maskiner for lysbehandling, og at hun valgte EpiLight fordi den kunne behandle alle hårtyper – noe som ifølge Sakshaug var unikt på området. At maskinen hadde betydelige begrensninger i så måte, var noe hun ikke forstod.
- (38) Jeg er etter dette kommet til at EpiLight apparatet har en kjøpsrettslig mangel. Heving forutsetter imidlertid at mangelen er vesentlig, jf. kjøpsloven § 39. Umiddelbart kunne dette vilkåret ikke synes oppfylt, idet mangelen består i at det ble forespeilet egenskaper som etter fysikkens lover er uoppnåelige. IMP kunne dermed ikke ha fått en maskin med de aktuelle egenskapene om man hadde valgt en annen leverandør.
- (39) Denne innfallsvinkelen er imidlertid etter min mening for snever. Avgjørende kan ikke være om mangelen er vesentlig i forhold til hva som kunne skaffes på markedet, men om den er vesentlig i forhold til hvilke egenskaper IMP var lovet i sin konkrete avtale. I forhold til dette legger jeg til grunn at apparatet er langt mindre effektivt enn forespeilet. Begrensningene har betydning for såpass mange hårfarger at mangelen etter min mening må regnes som vesentlig og at den dermed gir hevingsrett.
- (40) Neste spørsmål blir om hevingsretten er tapt som følge av for sen reklamasjon. Kjøpsloven § 32 første ledd fastsetter at kjøperen taper sin rett til å gjøre en mangel gjeldende dersom han ikke ”innen rimelig tid etter at han oppdaget eller burde ha oppdaget den, gir selgeren melding som angir hva slags mangel det gjelder”. På bakgrunn av forklaringene til Johannesen og Sakshaug legger jeg til grunn at Johannesen helt fra leveringstidspunktet var i kontinuerlig kontakt med Sakshaug om at apparatet ikke virket som forutsatt. Klagene var rett nok den første tiden konsentrert om en feil ved apparatets software som ikke hadde noen betydning for dets effekt. Men i tillegg tok hun flere ganger opp å få en oppgraderingspakke, som hadde vært omtalt under kontraktsforhandlingene, men som ikke ble levert, og som hun håpet ville øke apparatets effekt. Når hun, i likhet med Sakshaug, fortsatt ikke kan ha skjønt at problemet var at selskapet var forespeilet egenskaper som ikke kunne oppnås, kan ikke en manglende presisering av den mangelen som nå påberopes, medføre at reklamasjonen er for sent fremsatt.
- (41) Da det i november 2000 skriftlig ble anført at apparatet ”heller ikke har den forespeilede effekt på hårfjerning” og at man i utgangspunktet ”ønsker heving av kjøpet”, svarte Tamro i brev av 22. november 2000 at ”[v]i anser dette som en reklamasjon på utstyret og

vil sørge for at dine to lasere fungerer i.h.t. gitte spesifikasjoner”. Jeg oppfatter dette utsagnet dels som en bekreftelse på at det hadde vært løpende kontakt mellom partene om IMP’s misnøye med apparatene, og dels som en aksept for at det er reklamert i tide. Etter dette er jeg kommet til at innsigelsen om at reklamasjonsfristen i § 32 første ledd ikke er overholdt, ikke kan føre fram.

- (42) Jeg kan heller ikke se at hevingsretten er tapt fordi fristen for såkalt spesifisert reklamasjon i § 39 andre ledd ikke er overholdt. Denne bestemmelsen krever at kjøperen må gi selgeren melding om heving ”innen rimelig tid etter at han fikk eller burde ha fått kjennskap til mangelen, eller etter utløpet av den frist som kan følge av krav eller melding etter §§ 34 eller 36”. I denne sammenheng viser jeg for det første til at IMP allerede i brev av 25. november 2000 uttalte at man ønsket ”primært kjøpet hevet”. Videre minnet IMP i brev av 2. januar 2001 om at utbedring etter kontrakten skulle skje ”innen rimelig tid”, og det ble gitt en siste frist for utbedring til 31. januar 2001. Da Tamro i sitt brev av 22. november 2000 hadde lovet å foreta utbedring, var det etter min mening lojalt å gi Tamro denne fristen for retting. Hevingsretten kan dermed ikke være tapt i dette tidsrommet.
- (43) Det er noe uklart når IMP deretter hevet kjøpet. En telefaks 2. mars 2001 fra IMP’s daværende prosessfullmektig til Tamros prosessfullmektig kunne tyde på at IMP var innstilt på å delta i videre forhandlinger for å finne en løsning, men da Tamro i sin prosedyre for Høyesterett har lagt til grunn at denne telefaksen inneholdt en hevingserklæring, bygger jeg på dette. Etter min mening er dette innen den fristen som følger av § 39 andre ledd.
- (44) Jeg er etter dette kommet til at IMP kan heve kjøpet av EpiLight apparatet. IMP får dermed medhold i sin påstand om at lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt I,1 stadfestes. I denne sammenheng finner jeg det naturlig å knytte en kommentar til utgangspunktet for forsinkelsesrenten, som ifølge tingrettens dom løper fra ”forfall”. For tingretten krevde IMP forsinkelsesrente for en periode før dommen, men kravet ble ikke tatt til følge, idet retten kom til at apparatet hadde gitt inntekter som minst tilsvarte forsinkelsesrentene, jf. kjøpsloven § 65. Tingrettens dom må derfor forstås slik at forsinkelsesrenten løper fra oppfyllelsesfristen for tingrettens dom. For lagmannsretten forsøkte IMP å oppnå forsinkelsesrente fra et tidligere tidspunkt, men da det ikke var motanket, var lagmannsretten prosessuelt avskåret fra å prøve dette kravet. I anketilsvaret for Høyesterett gjentok IMP at man ønsket tingrettens avgjørelse av rentekravet overprøvd. Dette ble imidlertid frafalt i skranken for Høyesterett. Jeg legger etter dette til grunn at forsinkelsesrenten skal regnes fra to uker etter forkynningen av tingrettens dom for Tamro.
- (45) Det neste spørsmålet er om IMP har rett til også å fragå kjøpet av SilkLight apparatet, selv om det ikke anføres at det er beheftet med noen kjøpsrettslig mangel. Spørsmålet er om kjøpet av de to apparatene har en slik saklig sammenheng at en vesentlig mangel ved EpiLight apparatet representerer en bristende forutsetning for kjøpet av SilkLight apparatet. For tilfeller hvor det skal leveres etter hvert, følger det av kjøpsloven § 44 første ledd at det som utgangspunkt skal foretas en separat vurdering av den enkelte leveranse. Samtidig fastsetter tredje ledd at dersom kjøperen hever for en enkelt levering, kan han samtidig heve kjøpet for tidligere eller senere leveringer som ”på grunn av sammenhengen mellom leveringene ikke vil kunne brukes til formål som partene forutsatte på avtaletiden”. Selv om denne bestemmelsen ikke gjelder direkte i vår sak, ser

jeg den som uttrykk for et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp om at mangel ved en kjøpsobjekt etter omstendighetene kan gi rett til å gå fra kjøpet av en annen gjenstand som ble kjøpt ved samme kontrakt, jf. Hagstrøm: Obligasjonsrett side 441–443.

- (46) For IMP's virksomhet var EpiLight apparatet det viktigste behandlingsapparatet. SilkLight apparatet ble kjøpt for at virksomheten skulle ha ytterligere et ben å stå på, men kunne ikke alene gi grunnlag for å starte virksomhet for hudpleie. Thomas Sakshaug har i sin forklaring for Høyesterett bekreftet at de to apparatene ble tilbudt som en pakkeløsning. Slik situasjonen var i denne saken, må det etter min mening legges til grunn at det var en så nær indre sammenheng mellom kjøpet av de to apparatene at IMP også må kunne heve kjøpet av SilkLight apparatet.
- (47) IMP vil etter dette få medhold i sitt krav om tilbakebetaling av det som er innbetalt for dette apparatet – kr 68 000. Dette innebærer samtidig at IMP må frifinnes for Tamros krav om betaling av den resterende del av kjøpesummen – kr 136 000. Da dette er en nødvendig konsekvens av at IMP får medhold i sitt tilbakebetalingskrav, finner jeg ikke grunn til å utforme noen egen domskonklusjon om dette kravet.
- (48) Før jeg går videre, finner jeg det riktig å knytte en kommentar også til forsinkelsesrenten vedrørende dette tilbakebetalingskravet. Påstanden er som nevnt at beløpet skal tilkjennes "med tillegg av lovens forsinkelsesrenter fra forfall og til betaling skjer, mot å få apparatet tilbakelevert". I skranken for Høyesterett ble det presisert at renteplikten skal løpe fra det tidspunkt SilkLight apparatet er tilbakelevert. Det er derfor ikke grunnlag for å gå inn på om det kunne ha vært krevd renter fra et tidligere tidspunkt.
- (49) Neste spørsmål blir dermed om IMP også kan kreve dekket sin positive kontraktsinteresse i form av omsetningssvikt som følge av at EpiLight apparatet var kontraktsstridig. For erstatningsplikten er det av betydning om tapet skal regnes som direkte eller indirekte etter kjøpsloven § 67, da det som utgangspunkt ikke kan kreves erstatning for indirekte tap, jf. kjøpsloven § 40 andre ledd. Erstatning kan bare kreves dersom tapet skyldes "feil eller forsømmelse fra selgerens side" eller "tingen allerede på avtaletiden avvek fra det som er tilsikret av selgeren". Vår sak gjelder redusert avkastning av EpiLight apparatet. Dette er klart indirekte tap etter § 67 andre ledd bokstav a og b.
- (50) Etter min mening er det ikke grunnlag for å tilkjenne erstatning begrunnet i utvist skyld, idet Tamro klart ikke kan identifiseres med eventuell uaktsomhet fra produsentens side. Spørsmålet blir dermed om egenskapene kan anses "tilsikret". Om hva som kreves for at det skal foreligge tilsikring, heter det i Ot.prp. nr. 80 (1986–87) side 93:
- "Hvorvidt det foreligger en garanti fra selgerens side for visse egenskaper, er i første rekke et spørsmål om tolking av partenes avtale. Det følger allerede av §§ 17 og 18 at tingen skal være i samsvar med egenskaper som selgeren har vist til og opplysninger som han for øvrig har gitt. Men ikke alle opplysninger som selgeren gir kan anses som noen tilsikring. Det må forutsettes at kjøperen på grunnlag av opplysningens betydning og måten den er gitt på hadde særlig grunn til å forutsette at tingen ikke skulle avvike fra det opplyste. Som eksempel kan nevnes at tingens egenskaper er nøyaktig spesifisert i avtalen, eller at selgeren ved markedsføringen eller under kontraktforhandlingene særskilt har understreket visse egenskaper på en måte som er egnet til å skape en tillit hos kjøperen til at nettopp disse egenskaper foreligger."**
- (51) Forarbeidene viser med andre ord at ikke enhver uriktig opplysning om salgsgjenstandens egenskaper som etter § 18 første ledd gir grunnlag for mangelsbeføyelse, kan regnes som

tilsikring. Det kreves at kjøperen hadde ”særlig grunn” til å forutsette at tingen ikke skulle avvike fra det opplyste. Jeg er kommet til at dette vilkåret er oppfylt. I tillegg til den spesifiserte oppregningen som er gjengitt foran om at apparatet virket på alle hårfarger, er dette budskapet gjentatt reservasjonsløst en rekke ganger – som en rød tråd – i brosjyrematerialet. Virkningen er også illustrert ved tre illustrasjoner som viser et hudparti før, under og en måned etter EpiLight behandling. På illustrasjonen før behandlingen finnes det nærmere 20 hårstrå – hvorav to hvite. På illustrasjonen etter behandling er ett hårstrå igjen, og de to hvite er borte. Virkningen på hvitt og blondt hår er også illustrert på en illustrasjon over bredden i apparatets nanometernivå. Her er hvitt og blondt hår plassert på nivåene fra 590 og oppover. Med en så massiv, illustrert og reservasjonsløs fremheving av at apparatet virket på alle hårfarger, og som dannet grunnlaget for Tamros markedsføring av apparatet, er jeg kommet til at IMP hadde ”særlig grunn” til å forvente at det faktisk hadde de egenskapene som var forespeilet. Egenskapene er dermed tilsikret slik at Tamro er erstatningsansvarlig overfor IMP.

- (52) Det er krevd erstatning for omsetningstap i 78 uker. Kravet tar utgangspunkt i et gjennomsnittlig tap av fem behandlinger i uken med en gjennomsnittspris pr. behandling på i overkant av kr 2 100. Fratrullet sparte utgifter er tapet etter dette skjønnsmessig beregnet til kr 750 000. Kravet er at det tilkjennes erstatning med inntil dette beløpet.
- (53) Jeg har funnet erstatningsutmålingen vanskelig. Det opprinnelige budsjettet, som gikk ut på at første driftsår ville gi driftsinntekter på kr 2.939.000, fremstår som altfor optimistisk. På den annen side gir heller ikke de faktiske driftsinntektene på de to apparatene til og med mai 2000 på like i overkant av kr 300 000 noe godt holdepunkt for beregningen av tapet, idet dette beløpet er påvirket av at IMP ikke hadde fått avtalt vare. Selv om man har dårlige holdepunkter for å beregne et tap, må det etter min mening legges til grunn at IMP har hatt en omsetningssvikt som følge av mangelen ved EpiLight apparatet. Når man på grunnlag av markedsføringen var forespeilet et revolusjonerende og svært effektivt hårfjerningsapparat, må dette klart også ha blitt brukt i markedsføringen overfor kundene. Og når det da viste seg at apparatet ikke hadde de tilsikrede egenskapene, må dette etter hvert ha fått negative konsekvenser for IMP’s omsetning. Dermed har IMP fått en omsetningssvikt som jeg for den aktuelle perioden skjønnsmessig fastsetter til kr 250 000 inklusive rentekompensasjon.
- (54) Hovedanken har etter dette ikke ført fram, og jeg er kommet til at Tamro må pålegges å erstatte IMP sakens omkostninger for Høyesterett, jf. tvistemålsloven § 180 første ledd. IMP’s aksessoriske motanke har ført fram, og jeg er kommet til at IMP må tilkjennes erstatning for sine omkostninger i anledning denne anken, jf. tvistemålsloven § 180 annet ledd jf. § 172. Ved hovedanke og motanke skal det foretas en separat utmåling av omkostningsbeløpet, men da IMP etter min mening må tilkjennes fulle omkostninger for samtlige instanser, har jeg funnet det forsvarlig å utmåle et samlet beløp.
- (55) For tingretten krevde IMP’s daværende prosessfullmektig å bli tilkjent et honorar inklusive merverdiavgift på kr 81 500. Jeg har ikke noe å bemerke til dette kravet, som tilkjennes. For lagmannsretten ble det krevd et honorar på kr 148 800 inklusive merverdiavgift. Også dette beløpet tilkjennes. For Høyesterett er det krevd kr 162 500 inklusive merverdiavgift. Også dette kravet tas til følge. Videre er det krevd dekket utgifter til de sakkyndige vitnene med henholdsvis svenske kroner 11 233 – dvs. norske kroner 10 213 – og norske kroner 8 000. Endelig kommer rettsgebyr for samtlige instanser med kr 43 545. Totale omkostninger som tilkjennes, utgjør etter dette

kr 454 558.

(56) Jeg stemmer for denne

D O M:

1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt I.1, stadfestes.
2. Tamro MedLab AS tilpliktes å refundere til Institutt for Medisinsk Pleie AS 68 000 – sekstiåttetusen – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer, mot å få SilkLight apparatet tilbakelevert.
3. Tamro MedLab AS betaler erstatning til Institutt for Medisinsk Pleie AS med 250 000 – tohundreogfemtusen – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.
4. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Tamro MedLab AS til Institutt for Medisinsk Pleie AS 454 558 – firehundreogfemtifiretusenfemhundreogfemtiåtte – kroner.
5. Oppfyllelsesfristen er 2 –to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

(57) Dommer **Stabel:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(58) Dommer **Skoghøy:** Likeså.

(59) Dommer **Gussgard:** Likeså.

(60) Dommer **Aasland:** Likeså.

(61) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt I.1, stadfestes.
2. Tamro MedLab AS tilpliktes å refundere til Institutt for Medisinsk Pleie AS 68 000 – sekstiåttetusen – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer, mot å få SilkLight apparatet tilbakelevert.
3. Tamro MedLab AS betaler erstatning til Institutt for Medisinsk Pleie AS med 250 000 – tohundreogfemtusen – kroner med tillegg av den alminnelige

forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.

4. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Tamro MedLab AS til Institutt for Medisinsk Pleie AS 454 558 – firehundreogfemtifiretusenfemhundreogfemtiåtte – kroner.
5. Oppfyllelsesfristen er 2 –to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: