

Mønsterbesvarelse - JUS131 Kontraktsrett II

Eksamen høsten 2018

Kandidat: Kristina Vågnes

Ikke kommentert

Del I

Tvistens parter er Peder Ås og Lease Company AS, ved Lars Holm.

Oppgaven reiser to hovedspørsmål. For det første om Peder kan kreve prisavslag som følge av manglende DAB i leiebilen, og for det andre om Peder kan kreve vederlag for den verdiøkningen som installering av DAB i leiebilen har medført.

Det vil først vurderes hvorvidt Peder kan kreve prisavslag som følge av manglende DAB i leiebilen.

Det rettslige grunnlaget er avtalen mellom partene, som i gjeldende sak ikke gir veiledning for å avgjøre det aktuelle spørsmålet. Det må derfor ses hen til bakgrunnsretten.

Avtalen innebærer leie av løssøre, herunder en bil, og det finnes derfor ingen kontraktslovgivning som regulerer det aktuelle spørsmålet. Oppgaven må derfor løses på bakgrunn av ulovfestede regler om prisavslag.

Det er et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp at det kan kreves prisavslag dersom det foreligger en mangel. Dette fremgår blant annet av kjl. § 38, forbrkjl. § 31, hvtjl. § 25, avhl. § 4-12, bofl. § 33 og husll. § 2-11 som angir enkeltstående uttrykk for en ulovfestet regel.

Videre fremgår det gjennom bred forankring i kontraktslovgivningen at det foreligger en mangel dersom det foreligger avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse og faktisk oppfyllelse, jf. bl.a. kjl. § 17, forbrkj. § 15, hvtjl. § 17, avhl. § 3-1 og bofl. § 25.

Spørsmålet er dermed om manglende DAB i leiebilen utgjør et avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse.

Vurderingen beror på en tolkning av avtalen gjennom alminnelige tolkningsprinsipper og tar derfor utgangspunkt i avtalens ordlyd, partenes utsagn og øvrige omstendigheter som kan kaste et lys over avtalens innhold. Avtalen forholder seg imidlertid taus om kvalitetskravene til bilen. I Videospillerdommen utarbeidet Høyesterett en abstraks mangelsvurdering ved å se på om tingen utgjorde en "alminnelig god vare". I dommen uttalte Høyesterett at vurderingen berodde på hvorvidt kjøperen, ut ifra blant annet kjøpesummen, hadde "grunn til å besvære seg" over tingen.

Det neste som må vurderes er dermed om leiebilen utgjør en alminnelig god vare.

I gjeldende sak er det snakk om en ny Audi Q7. Det forventes relativt god standard hos nye biler, og at de er utstyrt med det nyeste av teknologi. Dette taler for at DAB burde vært installert i bilen og at Peder hadde grunn til å besvære seg over bilens kvalitet, og at den dermed ikke utgjør en alminnelig god vare.

Avtalen ble imidlertid inngått i 2014, to år før DAB tok over for det tradisjonelle FM-nettverket. Det var dermed ikke nødvendig å ha DAB installert for å høre på radio på avtaletiden. Ved innføringen av DAB hadde Peder også alternative løsninger som bluetooth og internettradio. Dette trekker i retning av at Peder ikke har grunn til å besvære seg over bilen, og at den følgelig utgjorde en alminnelig god vare.

Peder betalte 200 000 kroner ved leieforholdets start. Dette må anses som en relativ stor sum for leasingbiler, og han må betale kroner 8.995 hver måned. Med tanke på den høye prisen må det kunne anses som et minstekrav at bilen har det nyeste utstyret innenfor bilteknologi, noe DAB må anses for å være. Den høye prisen trekker dermed i retning av at Peder hadde grunn til å besvære seg over bilens kvalitet, og at den derfor ikke utgjorde en alminnelig god vare.

Innenfor bilmarkedet er det imidlertid mye som kan skje på to år. Det er et marked som utvikler seg raskt, og teknologien forandrer seg hele tiden. Dermed vil det være vanskelig å være forberedt på fremtidige endringer på markedet, og dets betydning for kunden. Det må også legges til grunn at DAB "ble bestemt innført" i 2016, noe som medfører at Leasing Company AS ikke hadde muligheten til å forutse at FMnettverket skulle skrus av i løpet av avtaletiden. I 2014 hadde dermed bilen alle kvalifikasjoner som kunne ventes av en ny leasingbil, noe som trekker tungtveiende i retning av at Peder ikke hadde grunn til å besvære seg over bilens kvalitet.

Etter denne redegjørelsen med vekt på at avtalen ble inngått hele to år før innføringen av DAB, legges det til grunn at Peder ikke hadde grunn til å besvære seg over bilens tilstand, og at den følgelig utgjorde en "alminnelig god vare".

Det forelå dermed ikke et avvik fra kontraktmessig oppfyllelse, og manglende DAB utgjorde dermed ikke en mangel ved avtalen.

Konklusjonen er følgelig at Peder ikke kan kreve prisavslag som følge av manglende DAB i leasingbilen.

Subsidiært, under forutsetning av at manglende DAB utgjorde en mangel, anfører Lease Company AS at mangelen under enhver omstendighet var gjort gjeldende for sent, og at Peders krav på prisavslag dermed er bortfalt.

Det fremgår av Victocor-dommen at nøytral reklamasjon er et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp, og fremgår blant annet av kjl. § 32 som et krav til "å gjøre mangelen gjeldende" "innen rimelig tid" etter kjøperen "oppdaget eller burde ha oppdaget" mangelen.

Det forutsettes at Peder har gjort mangelen gjeldende drøye fire måneder etter oppdaget mangel, jf. faktum.

Spørsmålet er dermed om Peder reklamerte innen rimelig tid da han ventet drøye fire måneder med å melde fra om mangelen.

Den relative reklamasjonsfristen skal ivareta hensynet til kreditor ved å gi han tid til å områ seg om mangelens omfang og mulig krav. På den andre siden skal det ivareta hensynet til debitor ved å gi han et varsel om at det vil bli gjort gjeldende et krav, slik han kan forutse sin rettsstilling.

I forbrukerkjøpsloven § 27 fremgår det at reklamasjon "aldri kan være kortere enn to måneder", og er begrunnet med forbrukervern. Regelen er imidlertid positivrettslig og ble innført for å tilsvare forbrukerverndirektivet i EU. Dette taler for at regelen ikke kan gjelde som et alminnelig prinsipp i kontraktsretten. I kistebakkane-dommen ved vurdering av relativ reklamasjonsfrist etter avhendingsloven uttrykkte Høyesterett imidlertid at ved kjøp av fast eiendom mellom to forbrukere, kunne det i vertfall ikke foreligge noen kortere frist enn det som fulgte av forbrkj. § 2.

Dommen omhandler kjøp av fast eiendom og får dermed ikke direkte overføringsverdi til gjeldende sak. I dommen ble imidlertid regelen ansett for å gjelde mellom to forbrukere, da forbrukervernet gjorde seg gjeldende også her. Fra det-mer-til-det-mindre prinsippet taler dette for at regelen i alle fall må gjelde i forholdet mellom en næringsdrivende og en forbruker, slik som i gjeldende sak.

Forbrukervernet er viktig å ivareta, ikke bare på forbrukerkjøpslovens område, og skal beskytte den svake parten i kontraktsforholdet. Det legges dermed til grunn at Peder hadde minst to måneder på å reklamere.

Likevel uttaler Høyesterett i den kistebakkane-dommen at det er lite som taler for en lengre frist enn to måneder, og at tre måneder må være i ytterkant av hva som kan ventes, da selv en ukyndig forbruker i disse tilfellene vil ha hatt tid til å områ seg om mangelen med en kyndig. I gjeldende sak ventet Peder drøye fire måneder med å fremsette krav om prisavslag uten at det foreligger en spesiell grunn for ventingen. Ved installering av DAB fire måneder før avtalen utløp, var han klar over at bilen hadde en mangel, og det foreligger ingen holdepunkter for hvorfor han ventet til avtalens utløp med å fremme krav.

Med hensyn til debitor, og behovet for å kunne forutse sin rettsstilling, legges det til grunn at Peder reklamerte for sent da han fremmet krav om prisavslag drøye fire måneder etter oppdaget mangel.

Anførselen til Lease Company AS fører dermed frem, og kravet om prisavslag har dermed bortfalt.

Den subsidiære konklusjonen er dermed at Peder ikke kan kreve prisavslag som følge av manglende DAB på leasingbilen.

Atter subsidiært, under forutsetning at Peder reklamerte i tide og at det foreligger en mangel, blir spørsmålet hvordan prisavslaget skal utmåles. Peder anfører at han har krav på kostnadene ved utbedring av mangelen, herunder 27. 000 kroner, mens Lease Company AS anfører at avslaget må utmåles på basis av den såkalte "forholdsmessighetsmodellen".

Reglene om utmåling av prisavslag varierer i de ulike kontraktslovene og egner seg derfor ikke til en generalisering. Spørsmålet må derfor besvares gjennom en tolkning av rettskildematerialet og hvilken utmålingsmetode som er nærmest den ulovfestede avtaletypen - leie av løsøre.

Prisavslag er en gjensidighetsbeføyelse, og skal gjenopprette balansen i avtaleforholdet. Dette balansehensynen blir best ivaretatt gjennom et forholdsmessig prisavslag noe som er hovedregelen i blant annet kjl. § 38, forbrkjl. § 31 og avhl. § 4-12. I noen tilfeller vil imidlertid et forholdsmessig prisavslag ikke egne seg, da det er vanskelig å konstatere gjenstandens verdi med og uten mangel. I disse tilfellene foreligger det regler om utmåling på basis av utbedringskostnadene ved å få mangelen rettet, jf. blant annet hvtjl. § 25, avhl. § 4-12 (2) og bofl. § 33 (2) (1).

Partsforholdet i gjeldende sak er næringsdrivende og forbruker. Etter forbrukerkjøpsloven er hovedregelen et forholdsmessig prisavslag, noe som tilsier at forbrukervernet blir ivaretatt gjennom en slik utmåling. Partsforholdet trekker dermed i retning av et forholdsmessig prisavslag. Likevel er partsforholdet etter håndverkertjenesteloven også næringsdrivende og forbruker, noe som svekker det foregående argumentet, og taler for at et prisavslag tilsvarende utbedringskostnadene er like egnet til å ivareta forbrukervernet.

Avtaletypen er leie av løsøre. Selv om avtalen omfatter leie og ikke kjøp, er avtaletypen nærmest kjøpsloven og forbrukerkjøpslovens anvendelsesområde, da håndverkertjenesteloven og bustadoppføringsloven omhandler tjenesteravtaler. Avtaletypen trekker dermed tungtveiende i retning av å legge til grunn et forholdsmessig prisavslag. Det at balansehensynet best ivaretas gjennom et forholdsmessig prisavslag trekker ytterligere i retning av å legge til grunn denne utmålingen.

Etter denne redegjørelsen, med hovedvekt på at et forholdsmessig prisavslag både ivaretar balansehensynet i kontrakten, og forbrukervernet, legges det til grunn av prisavslag må skje etter forholdsmessighetsmodellen.

Den atter subsidiære konklusjonen er dermed at Peder kan kreve prisavslag på kroner 12 000 som følge av manglende DAB i leiebilen.

Det neste spørsmålet er hvorvidt Peder kan kreve vederlag som følge av verdiøkningen intallering av DAB i leiebilen har medført.

Avtalen er taus om det aktuelle rettsspørsmålet og avtaletypen reguleres ikke i kontraktslovene. Spørsmålet løses følgelig på bakgrunn av ulovfestede regler om vederlag, jf. tidligere drøftelse.

Lease Company AS anfører at norsk rett ikke inneholder regler som kan begrunne et slik vederlagskrav.

Det fremgår av blant annet husll. § 10-5 at ved tilbakelevering av husrommet kan leier få vederlag for "vesentlige forbedringer i husrommet".

Bestemmelsen kan begrunne et vederlag også i henhold til avtale om leie av løsøre, da det ved leie av ting også er mulig å gjennomføre forbedringer slik som Peder har gjort i gjeldende sak. Dersom en privatperson har rett til slikt vederlag ved leie av husrom, taler hensyn til harmonisering og sammenhengsbetraktninger til å legge det samme til grunn for leie av løsøre.

En tilsvarende regel finnes likevel ikke i kjøpsloven, som regulerer kjøp av løsøre. Det kan tale for at regelen bare egner seg til leie av husrom. Likevel vil en slik regel være særegen for leieavtaler, da det ved kjøp, ikke vil være snakk om å levere tilbake gjenstanden til eier, og en utbedring vil bare komme en selv til gode. Dermed gjør ikke samme hensyn seg gjeldende ved rene kjøpsavtaler, som ved leieavtaler. Dette trekker tungtveiende i retning for å legge til grunn en tilsvarende vederlagsregel for leie av løsøre.

Det fremgår imidlertid av husll. § 10-5 at vederlag kun kan kreves dersom "vesentlige forbedringer i husrommet" er gjort "med utleiers samtykke". Dette kan begrunnes med hensyn til utleier, da han ikke skal måtte betale vederlag for enhver utbedring gjennomført av leietaker. Dette kunne medført at leietakere endret og bedret husrommet for store kostnader vitende om at de ved avtalens utløp fikk tilbake kostnadene som et vederlag. Det ville medført en svært usikker rettstilstand for utleier.

En tilsvarende begrensning må derfor også gjelde ved leie av ting, da de samme hensyn gjør seg gjeldende for utleier av bilen.

I gjeldende sak har Peder gjennomført utbedringene på eget initiativ, uten en varsel til Leasing Company AS. Det foreligger dermed ikke et samtykke fra leasingselskapet til Peder om utbedring av bilen. Følgelig har ikke Peder krav på vederlag.

Konklusjonen er dermed at Peder ikke kan kreve vederlag for verdiøkningen som installering av DAB har medført.

Del II.

Kjøpsloven § 27 (1)

1 - Oppgavens innhold og rammer.

Kjøpsloven (kjl.) § 27 (1) angir at kjøperen kan kreve "erstatning" for det tap han lider som følge av forsinkelse fra selgers side, og er dermed uttrykk for et strengt objektivt ansvar for selger. I andre

setning angir bestemmelsen en rekke unntak som må være oppfylt for at selger ikke skal anses objektivt ansvarlig. Disse unntakene er kjernen i kontrollansvaret, og må anses som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp, som er ensartet regulert i kontraktslovgivningen, jf. bl.a. forbrkjl. § 24, bofl. § 19, avhl. § 4-5, hvtjl. § 28 og husll. § 2-13.

De øvrige vilkårene for erstatningsansvar er at det må foreligge et økonomisk tap, ved "tap", en årsakssammenheng, ved "som følge av", og et mislighold av kontrakten, ved "forsinkelse". Dette fremgår også av langvarig og samstemt rettspraksis.

I denne fremstillingen vil det redegjøres for vilkårene i kjl. § 27 (1), med hovedfokus på vilkårene for ansvarsfrihet som fremgår i andre setning.

Det er videre omtvistet hvorvidt kontrollansvaret som følger av kjl. § 27 (1) gir uttrykk for en alminnelig ulovfestet regel, og hvis dens eksistens, hvor stor rekkevidde ansvaret skal ha. Dette vil også drøftes og tas stilling til under fremstillingens hoveddel. Det vil da fokuseres på om et eventuelt ulovfestet kontrollansvar gjelder generelt, og om det i så fall skal omfatte både genus- og spicietelser, og hvorvidt et ulovfestet kontrollansvar omfatter både indirekte og direkte tap. At det lovfestede kontrollansvaret bare gjelder direkte tap, fremgår av kjl. § 27 (4), og er dermed utenfor oppgavens rammer som omhandler kjl. § 27 (1). Det vil likevel utgjøre en viktig del av vurderingen av kontrollansvarets rekkevidde på ulovfestet grunnlag, og kan ses i lys av ordlyden "tap" i kjl. § 27 (1).

Oppgaven avgrenser mot en redegjørelse av de øvrige vilkårene for å konstatere erstatningsansvar (mislighold, økonomisk tap og årsakssammenheng), og avgrenser mot en redegjørelse av kjl. § 27 øvrige ledd.

1.1 - Legislative hensyn

Erstatningsreglene er begrunnet i en rekke legislative hensyn. For det første skal reglene om erstatning bidra til å oppmuntre selger til å opptre kontraktsmessig. Faren for å bli stilt erstatningsansvarlig overfor de økonomiske tap kjøperen opplever ved kontraktsbrudd, skal dermed virke preventivt, og gi selgeren et ønske om å yte korrekt. Erstatningsreglene fungerer dermed som et oppmuntringshensyn for selger.

Erstatningsreglene fungerer også som en sikkerhet for kjøper, da han gjennom disse reglene kan få dekket den positive kontraktsinteressen selv om selger skulle misligholde kontrakten. Erstatningsreglene utgjør dermed et sikkerhetshensyn for kjøper.

Erstatningsreglene ivaretar også det viktige balansehensynet som ligger til grunn i kontraktsforholdet mellom partene. Dette ivaretas gjennom at kjøperen får den positive kontraktsoppfyllelsen erstattet.

2 – Hoveddel

2.1 - Lovfestet kontrollansvar

Det fremgår av kjl. § 27 (1) (2) at selger fritas for ansvar dersom forsinkelsen skyldes "hindring" "utenfor hans kontroll" som selgeren "ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden" eller "unngå eller overvinne følgene av".

2.1.1 - "hindring"

Ordlyden av "hindring" angir at det må foreligge et forhold som gjør det vanskelig for selger å oppfylle. Det angir imidlertid ingen krav om faktisk umulighet. Hvorvidt det foreligger en "hindring" vil ofte tolkes i lys av vilkåret "unngå eller overvinne følene av" da dersom selger enkelt kan "unngå eller overvinne følgende" av en "hindring" tilsier det at "hindring"svilkåret ikke er reelt. Dersom det

foreligger en faktisk umulighet er det klart at vilkåret om "hindring" er oppfylt, typiske hindringer som faller innenfor er force majeure begivenheter som krig, blokkade, streik, naturkatastrofer osv.

2.1.2 - "unngå eller overvinne følgene av"

Ordlyden av "unngå eller overvinne følgene av" tilsier at det må foreligge en mulighet for å beseire hindringen som foreligger. I lys av uttrykket "følgene av" er det imidlertid nok at selger kan unngå følgene av hindringen, og ikke hindringen i seg selv. Typisk vil dette kunne gjøres gjennom en varsel til kjøper om at hindringen har oppstått.

Kjøpslovens forarbeider angir at ved vurderingen av "unngå eller overvinne følgene av" må vurderes hvor stor oppofrelse selger med rimelighet kan ventes å gjøre. Videre fremgår det at det ikke er tilstrekkelig at kontraktsmessig oppfyllelse blir vanskeligere, men at det må være "ekstraordinært tyngende" for selger å opptre kontraktsmessig, jf. ot.prp. nr. 80. Det at levering for eksempel blir litt dyrere, vil dermed ikke være tilstrekkelig for at selger ikke kunne "unngå eller overvinne" følgene av hindringen.

2.1.3 - "utenfor hans kontroll"

Ordlyden av "utenfor [selgers] kontroll" angir at selgeren har en kontrollsfære. Hvor stor denne sfæren er gir ikke ordlyden noen veiledning på, og det kan tolkes på to måter. På den ene siden kan det anses som et krav til at selger må ha kontroll gjennom faktisk styringsrett og påvirkning (gjærne kalt et kontrollperspektiv). På den andre siden kan det tolkes som at selger har kontroll for alle følger som indirekte kan spores tilbake til kjøperens handlinger (gjærne kalt et årsaksperspektiv).

I enkelte tilfeller vil fastleggingen av hvilket perspektiv som skal legges til grunn være avgjørende for utfallet av saken. Et eksempel er der hvor leverandøren av materiale til et byggefirma ikke leverer i tide, og varene selve byggefirmaet skal levere, blir levert for sent, og det oppstår en forsinkelse. Dersom et kontrollperspektiv legges til grunn kan man argumentere for at forholdet ligger "utenfor [selgers] kontroll" da leverandørselskapet ikke kan kontrolleres gjennom selgers faktiske styringsrett og påvirkning. På den andre siden kan man si at selgers valg av leverandør er årsaken til forsinkelsen, noe som indirekte kan spores tilbake til selgeren.

Forarbeidene til kjøpsloven er tvetydige og gir dermed ingen veiledning i hvilket perspektiv som skal legges til grunn.

Med hensyn til systembetraktninger, og forholdet mellom kjl. § 27 (1) og (2), kan det fastslås at et kontrollperspektiv bør legges til grunn. I kjl. § 27 (2) blir det fastslått at selger også svarer for forsinkelse som beror på "tredjemann" eller "leverandør som selger har brukt". Dersom det etter første ledd legges til grunn et årsaksperspektiv vil dermed andre ledd fremstå som overflødig, og miste sin selvstendige betydning. Dette trekker tungtveiende i retning av å legge til grunn et kontrollperspektiv.

I NU om kjøpsloven § 27, blir det også slått fast at dersom forsinkelse beror på leverandør som selger har valgt, må dette anses som et forhold utenfor selgers kontroll. Utredningen underbygger dermed argumentet overfor.

Etter denne redegørelsen legges det til grunn at "utenfor hans kontroll" må forstås som at selger er ansvarlig for alle forhold han kunne kontrollert gjennom faktisk styringsrett og påvirkning.

2.1.4 - "ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden"

Ordlyden av "tatt i betraktning" angir at det må være snakk om forhold som var mulig å forutse på avtaletiden. Etter kjøpslovens forarbeider skal imidlertid ikke kravet tolkes strengt, og det kreves mindre enn at selger "burde" tatt det i betraktning. Det er dermed tilstrekkelig at det forelå en viss sannsynlighet for at forholdet inntraff på avtaletiden.

I 1. Verdenskrig-dommen fra 1922, ble et selskap ansvarlig i en sak om leveranse over havet. Grunnen til forsinkelse var utbruddet av 1. verdenskrig, som ut ifra forholdene på avtaletiden, var rimelig at selgerne kunne tatt i betraktning å forbeholdt seg mot. Dommen kom før det nye kontrollansvaret ble innført, men illustrerer likevel godt hva som skal til for at noe kan "ta[s] i betraktning på avtaletiden". Dommen viser også at selv om det foreligger et klassisk force majeure tilfelle, vil vilkåret om "tatt i betraktning på avtaletiden" kunne medføre at selger også må svare for slike hendelser.

2.2 Ulovfestet kontrollansvar etter modellen i kjl. § 27 (1).

Kontrollansvarets eksistens og rekkevidde på ulovfestet grunnlag er omtvistet, og rettstilstanden er derfor usikker. Det vil først tas stilling til hvorvidt det kan kostateres en alminnelig regel om kontrollansvar, og deretter drøftes hvor stort rekkevidde et eventuelt slikt ulovfestet ansvar har.

2.2.1 - Generelt grunnlag

Kontrollansvaret er relativt ensartet regulert i kontraktslovgivningen, noe som angir at regelen er godt egnet for generalisering. Det fremgår blant annet at kjl. § 27 (1), forbrkjl. § 24, avhl. § 4-5, hvtjl. § 28, bofl. § 19 og husll. § 2-13. Dette trekker i retning av at kontrollansvaret også må anses som en alminnelig regel.

Tradisjonelt sett ble det gamle kjøpsloven av 1907 ansett og også gjelde på ulovfestet grunnlag. Etter denne loven var ansvar for generiske ytelser betinget av objektivt ansvar med unntak for force majeure, mens ansvar for specieytelser var betinget av skyld fra selger side. Ved innføringen av det nye kontrollansvaret ble ikke den gamle rettstilstanden kommentert, noe som taler for at denne reguleringen fortsatt gjør seg gjeldende på ulovfestet grunnlag. Dette taler for at det ikke foreligger behov for et ulovfestet kontrollansvar.

Det ble imidlertid uttalt i forarbeidene til den nye kjøpsloven at kontrollansvaret etter § 27 bare skulle fungere som en nyansering av det gamle objektive ansvaret med unntak for force majeure. Siden det nye ansvaret har medført at selger i større grad blir ansvarlig objektivt sett etter § 27, trekker forarbeidene i retning av at den nye regelen også må gjelde ulovfestet, og at objektivt ansvar med unntak for force majeure blir for snevert.

Kontrollansvaret er imidlertid som nevnt et strengt ansvar for selger, hvis eksistens på ulovfestet grunnlag, kan føre til rettsusikkerhet og med tiden være prosessdrivende. Hensynet til selgers forutberegnelighet og prosessøkonomiske hensyn trekker dermed i retning mot å etablere et ulovfestet kontrollansvar.

Mindretallet i Linse-dommen uttalte likevel at kontrollansvaret måtte anses som en ulovfestet regel for generiske ytelser. Uttalelsen var imidlertid bare en obiter dictum gitt av Høyesteretts mindretall, noe som etter den alminnelig prejudikatlære svekker den rettskildemessige vekten av argumentet. Likevel må det påpekes at Høyesteretts flertall aldri tok stilling til mindretallets påstand om kontrollansvaret, noe som trekker opp uttalelsens vekt i liten grad. Dommen trekker derfor med noe vekt i retning av å etablere en alminnelig regle om kontrollansvar.

Både i CISG, UNDRUIT principles og European principles eksisterer det en regel om kontrollansvar. Med hensyn til rettsharmoni taler dette også for at kontrollansvaret må gjelde som en ulovfestet regel.

Tungtveiende teoretikere som Selvig og Hagstrøm argumenterer også i retning av at kontrollansvaret gjelder som et alminnelig prinsipp. Dette trekker litt i retning av å etablere en ulovfestet regel om kontrollansvar.

Til tross for at et ulovfestet kontrollansvar kan være prosessdrivende og skape rettsusikkerhet, vil den ensartede forankringen i kontraktslovgivningen og internasjonal rett tilstrekkelig ivareta selgers forutberegnelighet, og det legges dermed til grunn at det foreligger en ulovfestet regel om kontrollansvar.

2.2.2 - En sontring mellom genus- og specieytelser?

Rekkevidden av et ulovfestet kontrollansvar er usikkert, og det første som må tas stilling til er hvorvidt et slikt ansvar bare skal gjelde genusytelser, eller om det også skal omfatte specieytelser.

Som nevnt under vurderingen av det alminnelig kontrollansvaret, sondret den tidligere rettstilstanden mellom objektivt ansvar med unntak for force majeure for genusytelser, og et uaktsomhetsansvar for specieytelser. Dette taler for at en tilsvarende sontring også kan legges til grunn i dag, og at det objektive ansvaret bare skal gjelde for genusytelser.

Den brede forankringen i kontraktslovene trekker imidlertid i retning av at lovgiver har valgt å gå vekk ifra den tidligere rettstilstanden, da blant annet lover som håndverkertjenesteloven og bustadoppføringsloven, som begge regulerer specieytelser, har regler om kontrollansvar. Dette trekker tungtveiende i retning av at kontrollansvaret både må omfatte genus- og specieytelser.

Mindretallet i linse-dommen uttalte at det ulovfestede kontrollansvaret begrenset seg til å gjelde for genusytelser. Dommen trekker dermed i retning av at det være et skille mellom genus- og specieytelser og at det ulovfestede kontrollansvaret bare skal omfatte førstnevnte. Likevel kan argumentet om den rettskildemessige vekten i henhold til alminnelig prejudikatlære også brukes her, noe som svekker argumentet i noen grad.

Rettstekniske hensyn taler mot at ha et skille mellom generiske og individuelt bestemte ytelser, da det i enkelte tilfeller kan være vanskelig å skille hva som er en generisk ytelse, og hva som er en individuelt bestemt ytelse.

De internasjonale kildene som opererer med et kontrollansvar skiller heller ikke mellom genus- og specieytelser, noe som trekker ytterligere i retning mot at kontrollansvaret bare skal gjelde for genusytelser.

Den juridiske teoretikern Hagstrøm har også tatt til orde for at et ulovfestet kontrollansvar, hvis eksistens, burde omfatte både genus- og specieytelser. Dette trekker dermed noe i retning av å omfatte begge typer ytelser.

Etter denne redegjørelsen må det vektlegges at kontraktslovgivningens bestemmelser om kontrollansvar i nyere tid har gått bort ifra en sontring mellom genus- og specieytelser, noe som peker i retning av at lovgiver har gått bort ifra den tidligere rettstilstanden. Det legges dermed til grunn at det ulovfestede kontrollansvaret omfatter både genus- og specieytelser.

2.2.3 - Indirekte og direkte tap

Et annet viktig spørsmål ved rekkevidden av et eventuelt ulovfestet kontrollansvar er hvorvidt ansvaret skal omfatte både direkte og indirekte tap.

Det fremgår av kjl. § 27 (4) at det lovfestede kontrollansvaret ikke skal gjelde indirekte tap etter kjl. § 67 (2). Den samme begrensningen finnes også i avhl. § 7-1. At lovgiver har valgt å begrense det objektive ansvaret til å bare omfatte direkte tap, taler for at tilsvarende også må gjelde på ulovfestet grunnlag.

Kjl. § 67 og avhl. § 7-1, er imidlertid svært positivrettslige regler som ikke egner seg for en generalisering. Dette trekker tungtveiende i mot at skillet også skal gjelde på ulovfestet grunnlag.

Dersom skillet ikke trekkes med på ulovfestet grunnlag vil imidlertid selger stå ovenfor et enda strengere kontrollansvar enn det som følger av lovgivningen. Dette vil også kunne ha den konsekvensen at kontrollansvaret tar over for det som tidligere har blitt omfattet av det ulovfestede uaktsomhetsansvaret. Etter Agrukpinne-dommen uttalte Høyesterett at dersom det skulle foretas en begrensning mellom direkte og indirekte tap for det ulovfestede kontrollansvaret, må det bero på hvorvidt tapet har en "direkte og nær" sammenheng med misligholdet. Dette taler for at skillet mellom direkte og indirekte tap også må gjelde på ulovfestet grunnlag.

Vurderingsmomentene "direkt og nær" kan imidlertid sammenlignes med adekvansbegrensningen som følger av reglene om adekvat årsakssammenheng, som er betinget av at tapet ikke er for "fjernt og avledet", jf. langvarig og samstemt rettspraksis. Dermed vil selgerens ansvar kunne begrenses gjennom disse reglene. Dette taler for at det ikke er nødvendig å dra med skille om direkte og indirekte tap på ulovfestet grunnlag.

Til tross for at det ulovfestede kontrollansvaret kan fremstå som svært strengt for selger dersom skillet mellom direkte og indirekte tap ikke tas med, vil selgers ansvar kunne begrenses gjennom adekvansvurderingen. Sammenholdt med den tunge rettskildemessige vekten de positivrettslige reglene har, er det derfor nærliggende at det ulovfestede kontrollansvaret omfatter både direkte og indirekte tap.