



**Realdebitors kontrollansvar for mislighold ved bruk av kontraktshjelper
- innenfor og utenfor lovfestet område**

Kandidatnummer: 182469

Veileder: Per Våland Mauritzen

JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

Antall ord: 14613

01.06.2013

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Del I innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema og problemstilling.....	4
1.2 Noen begreper	4
1.3 Historisk utvikling.....	5
1.3.1 Kjøpsloven av 1907.....	5
1.3.2 Ny kjøpslov etter mønster fra CISG.....	6
1.4 To sentrale spørsmål.....	6
1.5 Gangen videre i oppgaven.....	7
2 Del II Kjøpsretten.....	8
2.1 Innledning.....	8
2.1.1 Kontrollansvaret i kjl § 27.....	8
2.1.2 Krav til hindringens karakter.....	8
2.1.3 Kontrollvilkåret	9
2.1.4 Bestemmelsen i § 27 andre ledd.....	10
2.1.5 Hvem omfattes av 2. Ledd?.....	10
2.2 Kontrollansvar for mangler	11
2.3 Problemstillingen ”Å satse på feil hest”.....	11
2.3.1 Kjernen i problemstillingen.....	12
2.3.2 Årsaksperspektivet eller påvirkningsperspektivet.....	12
2.3.3 Uenighet i juridisk teori.....	13
2.3.4 Forståelsen av CISG art. 79.....	14
2.3.5 Forarbeidene til § 27	15
2.3.6 Rettspraksis	17
2.3.7 Lovens system	18
2.3.8 Prinsippet om identifikasjon mellom realdebitor og kontraktsmedhjelper	18
2.3.9 Alternative forståelser av kontrollvilkåret.....	19
2.3.10 Konklusjon	20
2.3.11 Kontrollvilkåret de lege ferenda.....	22
3 Del III Andre lovregulerte kontraktstyper.....	24
3.1 Innledning.....	24

3.2	En ensom svale.....	25
3.3	Avhendingslova § 4-5	26
3.4	Tomtefesteloven § 22 og 27.....	28
3.5	Bustadoppføringslova.....	29
3.6	Entrepriseretten	30
3.7	Forbrukerkjøp.....	31
4	Del IV Ulovfestet kontraktsrett.....	33
4.1	Innledning.....	33
4.2	Analogi eller induksjon	33
4.3	Kontrollansvar som ulovfestet prinsipp	34
4.3.1	Utgangspunktet for vurderingen.....	34
4.3.2	Genusytelser	35
4.3.3	Specieytelser.....	36
4.4	Avgrensning og tilpasning av prinsippet.....	37
4.5	Privatperson som realdebitor.....	38
4.6	Personlige- og innsatsforpliktelser	38
4.7	Ulovfestet kontrollansvarsregel om dobbelt force majeure?.....	39
5	Del V Kilder	41
5.1	Litteratur.....	41
5.2	Forarbeider	42

1 Del I innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling.

Hovedtema for oppgaven er realdebitors erstatningsansvar for forsinket eller mangelfull levering, hvor årsaken til misligholdet skyldes at realdebitor selv er utsatt for mislighold fra sin kontraktshjelper.

En forutsetning for erstatning, uavhengig av hva man krever erstatning for, er at det foreligger et ansvarsgrunnlag. Ansvarsgrunnlag kan sies å være det rettslige grunnlag for ansvar. Hvilket ansvarsgrunnlag som oppstilles som vilkår for erstatning ved realdebitors mislighold, er følgelig sentralt for erstatningsspørsmålet og av den grunn hovedtema for denne oppgaven.

I hovedsak er det tre typer ansvarsgrunnlag som dominerer obligasjonsretten; uaktsomhetsansvar, heretter kalt culpa, kontrollansvar og objektivt ansvar.

Culpaansvar gjelder som et ulovfestet obligasjonsrettslig prinsipp og utgjør således den klare hovedregel om at realdebitor er ansvarlig for mislighold som følge av uaktsomhet hos seg selv eller andre han hefter for. Det objektive ansvaret er det strengeste overfor realdebitor, ved at man uten hensyn til skyld, pålegges erstatningsplikt dersom han har påført sin kontraktspart skade som følge av mislighold. I motsetning til culpaansvaret forutsetter objektivt ansvar hjemmel i et særskilt rettsgrunnlag som eksempelvis ulovfestet objektivt ansvar for garanterte og tilsikrede egenskaper.

Kontrollansvarets karakter kan sies å ligge et sted mellom det objektive- og culpaansvaret¹ Ansvarsformen bygger på en hovedregel om objektivt ansvar, men åpner for ansvarsfritak på nærmere angitte vilkår. Kontrollansvar er den nyeste av de nevnte ansvarstypene, men har i den senere tid har fått en sentral posisjon i obligasjonsretten gjennom vedtakelsen av en rekke nye lover på kontraktsrettens område.

1.2 Noen begreper

Obligasjonsrett er et begrep som stammer fra det latinske ordet "obligatio" som betyr rettslig forpliktelse² Obligasjonsrett er således en rettsdisiplin som tar for seg den rettslige regulering av avtaler om formuerettslige forpliktelser.

Kontrollansvar er en betegnelse av ansvarsgrunnlaget som er uttrykt i bl.a. kjøpslovens § 27 og har fått sin betegnelsen ut fra at kontrollvilkåret som er inntatt i bestemmelsen. En annen betegnelse på det samme ansvarsgrunnlaget er hindringsansvar, hvilket bl.a Kai Krüger mener

¹ Krüger, Kontraktsrett s. 803

² Gisle, Jusleksikon s. 281

er en mer treffende betegnelse.³ I denne fremstillingen vil betegnelsen kontrollansvar bli benyttet, av den enkle grunn at dette synes å være mest innarbeidet blant de fleste.

Ansvarssubjektet er realdebitor. I et avtaleforhold hvor en realytelse kjøpes for penger vil den part som skal yte realytelsen, opptre som realdebitor. Motsetningsvis vil den som mottar realytelsen være realkreditor. Begrepene anvendes uavhengig av ytelsens karakter, enten det gjelder fast eiendom, løsøre håndverkertjenester osv.

En kontraktshjelper vil som regel også være en realdebitor i avtaleforholdet til hovedrealdebitor. For å unngå eventuelle misforståelser vil slike konsekvent omtales som kontraktshjelpere.

Andre begreper vil blir forklart fortløpende gjennom drøftelsen.

1.3 Historisk utvikling

1.3.1 Kjøpsloven av 1907

Den tidligere kjøpsloven fra 1907 hadde ulike regler om erstatning avhengig av om kjøpet gjaldt et såkalt genus- eller speciekjøp. Genusytelser, også kalt artsbestemte ytelser er likeartede ytelser, typisk havregryn, agurkpinner, murstein osv. Specieytelser er derimot angitt ut fra mer konkrete spesifikasjoner, eksempelvis en unik fiolin, eller et bestemt parti vin fra en bestemt gård av en bestemt årgang. Også halvgenerisk er en kategori ytelser. Dette er som navnet indikerer en mellomkategori. Dette var tradisjonelt ansett som et bestemt parti av generisk bestemte ytelser, typisk et parti korn eller grus. Disse er behandlet som genusytelser⁴

En sentral forskjell på genus- og specieytelser er at en genusytelse som for eksempel et parti havregryn normalt kan erstattes med et annet parti av samme art, mens en Stradivariusfiolin kan være så spesiell at den ikke uten videre kan erstattes med en annen fiolin.

Etter 1907-loven var dette skillet altså avgjørende. Det følger av lovens § 23 at:

”Angaar kjøbet en bestemt gjenstand, og bliver denne ikke leveret i rette tid, har sælgeren at svare skadeserstatning, 1 medmindre det oplyses, at forsinkelsen ikke kan tilregnes ham”

Hovedregelen var således culpaansvar for forsinket levering.

Videre følger det imidlertid av § 24 at:

“Ved kjøb af gjenstande, som er bestemte efter art, pligter sælgeren, selv om forsinkelsen ikke kan tilregnes ham, at svare skadeserstatning, medmindre han har forbeholdt sig fritagelse derfor, eller muligheden af at opfylde aftalen maa ansees udelukket ved omstændigheder, som ikke er af saadan beskaffenhed, at sælgeren ved kjøbets afslutning burde taget dem i beregning, saasom ved tilfældig

³ Krüger, Hindringsansvar. Se petitavsnitt på s. 340

⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 119

undergang af alle gjenstande af den art eller det parti, 3 kjøbet angaar, ved krig, indførselsforbud eller lignende.”

Det var altså slik at dersom avtalen gjaldt en genusytelse, var selger pålagt et objektivt ansvar for forsinket levering, med unntak for tilfeller hvor forsinkelsen skyldtes force majeure.

En sentral begrunnelse for å operere med et strengere ansvar for genusytelser enn specieytelser, var at selger av genusytelser har en mulighet for å gjøre dekningskjøp, hvilket selgeren av specieytelser ikke har.

Reguleringen av erstatningsspørsmålet slik det er i Kjøpsloven av 1907 var i sin tid ansett å være en kodifisering av ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper.⁵ Det er følgelig en naturlig sammenheng mellom reguleringen i loven og ulovfestet rett.

1.3.2 Ny kjøpslov etter mønster fra CISG

Norge har tiltrådt FNs Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) som er gjennomført i norsk rett ved kjøpsloven av 1988. Kontrollansvarsregelen følger av traktatens art. 79 og er transformert til §27 i den nye kjøpsloven. Bestemmelsen innebærer at man innen kjøpsretten ikke lenger sonderer mellom genus- og specieytelser. Videre medfører bestemmelsen at man har fått et nytt ansvarsgrunnlag; kontrollansvar, som gir grunnlag for erstatning for direkte tap jf. fjerde ledd. Erstatning for indirekte krav forutsetter fremdeles culpaansvar jf. femte ledd.

Kontrollansvarsreglene i § 27 kommer tilsvarende til anvendelse for mangler jf. § 40.

1.4 To sentrale spørsmål

Innføringen av kontrollansvaret med den nye kjøpsloven reiser to sentrale problemstillinger

1. Det første spørsmålet gjelder selve ansvarsvilkårene. Det er her særlig kontrollvilkåret som er problematisk, i form av hvor strengt kontrollansvaret skal anvendes overfor realdebitor, og som særlig kommer på spissen i spørsmålet om realdebitors ansvar for mislighold er forårsaket av at han var utsatt for mislighold fra sin kontraktshjelper.
2. For det andre har kontrollansvaret som ansvarsgrunnlag i tiden etter kjøpsloven av 1988 blitt gjennomført i en rekke andre lover. Dette reiser problemstillingen om ansvarsformen også har tatt over som gjeldene bakgrunnsrett på ulovfestet område.

Siktemålet med denne oppgaven er å gi et velbegrunnet svar disse spørsmålene.

Drøftelsen av de overnevnte spørsmål har avdekket en rekke interessante underproblemstillinger. Av hensyn til begrensningene som gjelder for oppgavens størrelse, vil slike problemstillinger kun bli gitt en kortfattet behandling.

⁵ Krüger, Kjøpsrett s. 37

1.5 Gangen videre i oppgaven

De lovregulerte tilfellene vil først bli behandlet, med utgangspunkt i kjøpsrettens regler om kontrollansvar jf. Kjl. § 27 om forsinkelse, og § 40 om mangler. Behandlingen av dette utgjør oppgavens andre del. Kjøpsretten er betydningsfull for obligasjonsretten ved at den historisk har vært toneangivende både for etterfølgende lovgivning og for ulovfestet rett. Kjøpsrettens regulering er derfor et naturlig utgangspunkt når vi, med utgangspunkt i problemstilling nr. 1 under punkt 1.4 overfor, skal drøfte spørsmålet om erstatning innenfor kontrakt.

Oppgavens del tre tar for seg samme problemstilling anvendt på andre lovregulerte kontraktstyper, med fokus på eventuelle avvikende regler fra kontrollansvarsregelen slik den gjelder for løsørekjøp.

Oppgavens fjerde del vil behandle rettstilstanden for de kontraktstypene som faller utenfor lovreguleringen, og besvarer problemstilling nr. 2 under punkt 1.4. Det sentrale tema på det ulovfestede område er bakgrunnsrettens erstatningsrettslige regler. Sentralt her er spørsmålet om kontrollansvaret nå kan anses som ulovfestet deklarasjonsrett.

2 Del II Kjøpsretten

2.1 Innledning

2.1.1 Kontrollansvaret i kjl § 27

Kontrollansvarsregelen i § 27 er bygget opp med utgangspunkt i en regel om objektiv erstatningsansvar for tap som følge av forsinkelser. Videre er det tatt inn en unntaksregel om at kontraktsbrudd som skyldes en hindring under visse omstendigheter kan fritta realdebitor for ansvar. Dette vil i det følgende bli omtalt som ”hindringsfritak”. For at hindringen skal virke ansvarsbefriende må den oppfylle fire angitte vilkår. Tre av vilkårene oppstiller krav til hindringens karakter. Dette er vilkårene om at det må være tale om en hindring som realdebitor ”... ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden...” ”...eller å unngå” ”eller overvinne følgene av.” Vilråene som stiller krav til hindringens karakter for å virke ansvarsbefriende, reiser ikke særskilte spørsmål i forbindelse med tilfelle hvor realdebitor benytter en kontraktshjelper. Ettersom kontraktshjelperansvaret er hovedtema for denne oppgaven vil gjennomgangen av disse vilråene gjøres kort.

Videre er det et vilkår om at hindringen må ligge utenfor realdebitors ”kontroll”. Ved gjennomgangen av kontrollvilkåret i relasjon kontraktshjelpersituasjonen må drøftelsen samtidig ta for seg spørsmål av generell interesse for forståelsen av kontrollansvaret. Sentralt i del II er problemstillingen som i juridisk teori er omtalt som å ”satse på feil hest”. Forutsetningene og kjernen i problemstillingen vil bli nærmere behandlet i det følgende.

2.1.2 Krav til hindringens karakter

Utgangspunktet i kontrollansvarsregelen er som allerede nevnt, et objektivt ansvar for mislighold. Hovedvilkåret for at realdebitor likevel skal bli ansvarsfri er at årsaken til misligholdet er at det har oppstått en ”hindring”.

Ordlyden tilsier at det kreves omstendigheter som avskjærer realdebitor fra å oppfylle. Det er imidlertid uttalt i forarbeidene at det ikke skal innfortolkes et krav om objektiv umulighet.⁶ Forarbeidene peker på at ”Det kan foreligge forhold som ikke gjør oppfyllelsen absolutt umulig, men som gjør det så ekstraordinært tyngende å oppfylle at forholdet etter en objektiv vurdering må sies å utgjøre en hindring for oppfyllelse”. En objektiv vurdering av om en hindring er ekstraordinært tyngende, innebærer at man må se bort fra den enkelte realdebitor subjektive forhold.

Hva slags vanskeligheter som kvalifiserer til å være en ”hindring” i lovens forstand vil etter forarbeidene først og fremst være de klassiske force majeure begivenhetene som ” ...krig,

⁶ Ot. Prp. Nr. 80 (1986-87) s. 72

naturkatastrofer eller alvorlige brann- eller eksplosjonsulykker som rammer selgerens bedrift, streik, eksport- eller importforbud eller andre myndighetstiltak". Også en stor økning i leveringskostnadene for realdebitor kan innebære en hindring. Dette fremgår av forarbeidene hvor det uttales at:

"Forhold av rent økonomisk art kan også i prinsippet tenkes å utgjøre hindring for oppfyllelse, for eksempel ekstraordinær utgift- eller prisstigning. Men det er ikke tilstrekkelig at avtalen ikke lenger er rekningsvarende, eller at det har blitt betydelig dyrere enn bereknet å oppfylle".⁷

Hagstrøm antar i denne sammenheng at tidligere rettspraksis, hvor særlig sentrale avgjørelser som Falconbridge-dommen (Rt. 1935 s. 122) og voldgiftsavgjørelsen omtalt som Vedbolagsdommen (Rt. 1951 s. 317) fortsatt er retningsgivende i vurderingen om hvorvidt økte økonomiske belastninger kan anses å utgjøre en "hindring".⁸

Vilkåret om at det må foreligge en "hindring" konsumerer videre vilkårene om at realdebitor ikke "...kan unngå eller overvinne følgene av (hindringen)." Dette fordi vurderingen av hvor vanskelig det vil være å unngå eller overvinne følgene av en hindring også er en naturlig del av vurderingen om det i det hele tatt foreligger en "hindring". Disse vilkårene må således vurderes i sammenheng.

Endelig er det et vilkår at hindringen er av en slik karakter at realdebitor "...ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt (den) i betraktning på avtaletiden..."

Ordlyden peker på et krav om at hindringen er av så ekstraordinær art at man ikke kan forvente at den inngår i alminnelige risikovurderinger knyttet til avtaleinngåelsen.

Som eksempler viser forarbeidene i den forbindelse til de klassiske force majeure begivenheter som krig, naturkatastrofer, alvorlig brann eller eksplosjonsulykker, streik, import/eksportforbud eller andre myndighetstiltak.⁹ Videre er det også sagt i forarbeidene at kontrollansvaret er ment å være en noe lempeligere regel overfor realdebitor enn den tidligere regel om objektivt ansvar med unntak for force majeure. Dette innebærer at vilkåret om uforutsigbarhet kan være oppfylt også av andre omstendigheter enn de som tradisjonelt er ansett som force majeure.¹⁰ Eksempelvis angrep utenfra av et nytt og ødeleggende datavirus som ikke var kjent på avtaletidspunktet og som det ikke finnes måter å beskytte seg mot, kunne oppfylle vilkårene for hindringsfritak. Dette er imidlertid en begivenhet som må anses å være av en annen karakter enn de tradisjonelle force majeure-begivenhetene som naturkatastrofer, krig og importrestriksjoner.

2.1.3 Kontrollvilkåret

Kontrollvilkåret skiller seg fra de øvrige vilkårene for ansvarsfritak ved at det ikke angår hindringens karakter, men realdebitors mulighet, til å utøve kontroll over hindringen.

⁷ Ot. Prp. Nr. 80 (1986-87) s. 72

⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 484

⁹ Ot. Prp. Nr. 80 (1986-87) s. 72

¹⁰ Ot. Prp. Nr. 80 (1986-87) s. 37, siste avsnitt.

Bestemmelsen vil etter sin ordlyd omfatte alle de omstendigheter som realdebitor kan utøve kontroll over. Det er i teorien vanlig å omtale dette som realdebitors kontrollsfære¹¹ Forståelsen av kontrollvilkåret og hva kontrollsfæren omfatter er et sentralt tema som vil bli nærmere redegjort for i forbindelse med drøftelsen av kontraktshjelperansvaret.

2.1.4 Bestemmelsen i § 27 andre ledd

Bestemmelsen lyder som følger:

”Beror forsinkelsen på en tredjemann som selgeren har gitt i oppdrag helt eller delvis å oppfylle kjøpet, er selgeren fri for ansvar bare om også tredjemann ville være fritatt etter regelen i første ledd. Det samme gjelder om forsinkelsen beror på en leverandør som selgeren har brukt, eller på noen annen i tidligere salgsledd”.

Hvis man tenker seg regelen i § 27 uten andre ledd ville det være tilstrekkelig for ansvarsfritak at misligholdet representerte en hindring overfor realdebitor som oppfylte de øvrige vilkårene etter første ledd. Andre ledd medfører således et tilleggskrav om at også kontraktshjelperen i tillegg til realdebitor oppfyller vilkårene for hindringsfritak etter første ledd. Regelen kan således sies å utvide realdebitors kontrollsfære til også å omfatte underleverandørens kontrollsfære.

Som et eksempel kan man tenke seg en realdebitor som har forpliktet seg til å levere et parti motorer, og har engasjert en kontraktshjelper for å få levert en styringsenhet til disse. Man kan så tenke seg at kontraktshjelper er forhindret fra å levere fordi hans lagerbygning er blitt rammet av flom, som man ikke kunne å forutse. Dette kan lede til forsinket levering fordi underleverandøren da må produsere nye varer for levering. Forsinkelsen kan i neste omgang lede til at hovedleverandøren selv kommer i mislighold.

Etter loven er det følgelig et vilkår for fritak for ansvar at manglende levering av styringsenheten oppfyller vilkårene for hindringsfritak etter første ledd i forhold til realdebitor, og at flommen anses som en hindring som oppfyller vilkårene for hindringsfritak i forhold til kontraktshjelperen.

På grunn av at både realdebitor og kontraktshjelper må omfattes av fritaket blir regelen ofte omtalt som et krav om ”dobbelt force majeure”. En mer korrekt betegnelse er ”dobbelt kontrollansvar” siden fritak beror på kontrollansvarsreglene og ikke lenger et spørsmål om man er rammet av en force majeure-begivenhet. Jeg velger likevel å holde på begrepet ”dobbelt force majeure” av den grunn at dette er en godt innarbeidet terminologi.

2.1.5 Hvem omfattes av 2. Ledd?

¹¹ Eksempelvis Hov, Kontraktsrett II s. 187

Ordlyden ”tredjemann som selgeren har gitt i oppdrag helt eller delvis å oppfylle kjøpet” peker på kontraktshjelpere som er engasjert i forbindelse med den konkrete avtalen som selger har med sin medkontrahent.

Dette svarer til CISG art. 79 som gir regelen virkning for; ”...person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract”. Kjøpslovens ordlyd ”oppfylle (...) kjøpet” og tilsvarende ”perform (...) the contract” i CISG peker på underleverandører som er engasjert i anledning den aktuelle kontrakten. Bestemmelsen avgrenser følgelig mot selgers ordinære underleverandører som på fast basis leverer varer til selgers varelager. Disse kan ikke sies å oppfylle en av realdebitors konkrete avtaler.

Her går imidlertid kjøpslovens bestemmelse lenger i at den utvider regelen til å omfatte også ”leverandør som selgeren har brukt, eller (...) annen i tidligere salgsledd” jf. § 27 (2) 2.p.

Hagstrøm omtaler de kontraktshjelpere som omfattes av art. 79 (2) som ”egentlige” kontraktshjelpere.¹² Dette er etter mitt skjønn treffende ordbruk siden det kun er underleverandører som er engasjert i anledning en konkret avtale som er kontraktshjelpere i ordets rette forstand. Som en konsekvens av dette vil de kontraktshjelperne som omfattes av § 27 andre ledd andre punktum omtales som ”uegentlige” kontraktshjelpere.

Som eksempel på en egentlig kontraktshjelper er motorleverandørens kontraktshjelper som skal levere styringsenheter til en bestemt motortype som motorleverandøren har forpliktet seg til å levere. Motorleverandørens faste underleverandør av stål og aluminium vil imidlertid ikke være en slik egentlig kontraktshjelper selv om disse råvarene skal brukes i den aktuelle produksjonen.

Regelen i 2. punktum er gjort til en særnorsk regel som ikke gjelder for internasjonale kjøp jf. kjl. § 99. Situasjonen før vedtakelsen av § 99 i 2002 var at § 27 var i strid med våre forpliktelser etter CISG om å gjennomføre et felles kjøpsrettslig regelverk for avtaler om kjøp mellom landene som har tiltrådt traktaten.

2.2 Kontrollansvar for mangler

Ved å endre på eksempelet over om motorprodusenten til at de aktuelle styringsenhetene ikke ble ødelagt, med bare skadet, men levert, står vi overfor en typisk mangelssituasjon. Mangelfull leveranse fra underleverandør til hovedrealdebitor kan lede til at leveransen fra hovedrealdebitor til realkreditor er mangelfull. I slike situasjoner gjelder kontrollansvarsreglene i kjl. § tilsvarende jf. § 40.

2.3 Problemstillingen ”Å satse på feil hest”

¹² Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 501

2.3.1 Kjernen i problemstillingen

Problemstillingen om ”å satse på feil hest” blir synlig hvis man etter at misligholdet er et faktum, retter fokus bakover i årsaksrekken som ledet frem mot misligholdet. I mange tilfeller vil hovedleverandøren på tidspunktet for valg av kontraktshjelper, kunne unngått mislighold ved å velge en annen kontraktshjelper. Dersom den kontraktshjelperen man har valgt hindres fra å levere, mens andre potensielle kontraktshjelpere ikke er rammet av samme hindring, sier man at realdebitor har ”satset på feil hest”.

Problemstillingen kan eksemplifiseres med motorprodusenten fra tidligere. Ved valg av kontraktshjelper fantes det gjerne flere mulige produsenter av denne styringsenheten, men når partiet av underleverandørens deler først er skadet, er det gjerne for sent å bestille fra en annen leverandør. I et slikt tilfelle vil vurderingen av hindringens art, i relasjon til vilkåret om den kunne forutses, forebygges eller unngås gjerne være oppfylt. Det er imidlertid omdiskutert i teorien om realdebitors mulighet til å velge en annen kontraktshjelper, og dermed unngått misligholdet, bringer den manglende oppfyllelsen fra kontraktsmedhjelperen innenfor realdebitors ”kontroll”. For å komme nærmere et svar på dette spørsmålet er det nødvendig å foreta en nærmere analyse av hvordan kontrollvilkåret må forstås, generelt, og spesielt i forhold til tilfellet som omfattes av andre ledd.

2.3.2 Årsaksperspektivet eller påvirkningsperspektivet

Det er uenighet i teorien om hvordan kontrollvilkåret er å forstå, og således også uenighet om valg av kontraktshjelper er noe som automatisk bringer kontraktshjelperens mislighold innenfor realdebitors kontrollsfære.

Roald Martinussen tar i sin fremstilling av kjøpsretten for seg spørsmålet og deler synet inn i to synsvinkler; årsaksperspektivet og påvirkningsperspektivet.¹³

Årsaksperspektivet er det strengeste overfor selger, hvilket legger til grunn at dersom selger hadde mulighet til å endre årsaksrekken slik at man ikke ble rammet av hindringen, så faller hindringen innenfor selgers kontroll. Det er altså hva man *i prinsippet* kunne kontrollere som er avgjørende, og dette uavhengig av om selgers påvirkningsmulighet kun ligger på et teoretisk plan.

Påvirkningsperspektivet forutsetter at det faktisk foreligger en reell påvirkningsmulighet for å at man kan si at hindringen ligger innenfor ens kontroll.¹⁴ Hagstrøm omtaler påvirkningsperspektivet som kontrollperspektivet, uten at det synes å være noen tilsiktet nyanse mellom de to begrepene. Hagstrøm fremhever innholdet av perspektivet ved å presisere at det er en betydelig forskjell på det ”...å ha satt en utvikling i gang, og det å ha påvirknings- eller kontrollmulighet” over den¹⁵. Selv om man har satt i gang en utvikling som førte til mislighold av kontrakten ved å velge en kontraktshjelper til å utføre en del av denne, har man

¹³ Martinussen, Kjøpsrett s. 103

¹⁴ Martinussen, Kjøpsrett s. 104

¹⁵ Hagstrøm, Kjøpsret s.162

ikke nødvendigvis hatt påvirknings- eller kontrollmulighet over at misligholdet faktisk inntraff. Fordi man trekker inn realdebitors oppfordring til å påvirke årsaksrekken som en del av vurderingen, kan påvirkningsperspektivet ikke sies å være like strengt objektivt som årsaksperspektivet. Dette avgrenser kontrollsfæren mot påvirkningsmuligheter som realdebitor ikke hadde oppfordring til å benytte.

De to perspektivene vil kunne føre til motsatt løsning på problemstillingen. Dette fordi man *i prinsippet* (som regel) kunne valgt en annen kontraktshjelper og dermed unngått mislighold. Etter årsaksperspektivet vil denne valgmuligheten føre til at realdebitor blir ansvarlig for kontraktshjelperens mislighold. Dersom det på tidspunktet for valg av kontraktsmedhjelper fremsto som irrasjonelt å velge en annen kontraktshjelper, eller om det var likegyldig hvem man valgte, må påvirkningsmuligheten man har ved å kunne velge annerledes anses som mer teoretisk enn reell og praktisk. Etter påvirkningsperspektivet, vil en mulighet til å velge annerledes i et slikt tilfelle, ikke automatisk medføre at et mislighold fra kontraktshjelperen faller innenfor realdebitors kontrollsfære.

2.3.3 Uenighet i juridisk teori

Viggo Hagstrøm hevder i sin fremstilling av kjøpsretten at så lenge man har foretatt et ”forsvarlig valg” av underleverandør, kan man ikke holdes erstatningsansvarlig selv om det senere viser seg å være et uheldig valg som medførte forsinket levering.¹⁶ Hagstrøm gir ved å legge inn en forsvarlighetsstandard, strengt tatt uttrykk for en culpavurdering. I sin sammenheng, kan uttalelsen imidlertid forstås som et uttrykk for påvirkningsperspektivet. Dersom valget av underleverandør fremstår som indifferent, er der ingen grunn til å velge den ene underleverandør fremfor den andre. Påvirkningsmuligheten i at man kunne valgt annerledes er følgelig mer teoretisk en reell. Kjernen i påvirkningsperspektivet er nettopp at slike teoretiske påvirkningsmuligheter faller utenfor kontrollsfæren. Påvirkningsperspektivet har følgelig i likhet med culpa et subjektivt element, men med en høyere terskel. Som vi skal senere under punkt 2.3.10 synes Hagstrøm å modifisere den overnevnte uttalelse slik at de subjektive vilkår er strengere enn for det alminnelig culpaansvar.

Hagstrøms uttalelser samsvarer med Olav Torvunds forståelse, hvor han i sin forelesningsrekke (podcast) om emne uttaler at så lenge man ”satser på en god hest og så blir akkurat denne hesten rammet av lynet slik at den ikke klarer å prestere like vel, ja da kan du bli fritatt for ansvar”¹⁷.

Også Kai Krüger synes også å dele Hagstrøm og Torvunds standpunkt i det han skriver følgende:

”kjl § 27 (2) fastslår at selgeren som grunnlag for ansvarsfritak for seg selv også kan påberope seg en hindring som rammer underleverandør eller annen kontraktshjelper. Den omstendighet at det er

¹⁶ Hagstrøm, 1995, s. 587

¹⁷ Torvund, Kjøpsrett-podcast, del 8, 24:00 flg.

selgerens underleverandør som rammes, anses m a o ikke i seg selv som noe som ligger innenfor kontrollsfæren¹⁸.

Krüger anser følgelig eksistensen av § 27 andre ledd som avgjørende for at man ikke kan se det slik at kontraktshjelperens mislighold alltid ligger innenfor realdebitors kontrollsfære bare fordi realdebitor har valgt å benytte denne ved oppfyllelsen av kontrakten. Han tar følgelig avstand fra å legge årsaksperspektivet til grunn for tolkningen av kontrollvilkåret i relasjon til valg av kontraktsmedhjelper.

Jo Hov skriver imidlertid i sin lærebok i kontraktsrett II s. 188 flg at det å foreta en vurdering av om selger har opptrådt "forsvarlig", vil stride mot kontrollvilkårets objektive karakter.¹⁹ Dette er en tilnærming i tråd med årsaksperspektivet. Hov medgir at det å legge årsaksperspektivet til grunn der leverandøren ikke hadde oppfordring til å velge annerledes, kan virke som en urimelig streng regel. Han mener likevel at man ved å trekke inn vurderingen om det er foretatt "et forsvarlig valg" kommer over i en culpavurdering. Dette vil være i strid med kontrollansvarets karakter som et annet og strengere ansvar enn culpa.

Også andre teoretikere har vurdert spørsmålet i relasjon til kontrollansvarsreglene på tilgrensende rettsområder. Det er imidlertid ikke gitt at kontrollvilkåret må forstås på samme måte i andre lover som i kjøpsloven. Dette vil bli nærmere behandlet i del III og del IV.

Kjernen i uenigheten som råder i teorien er altså om kontrollvilkåret skal tolkes ut fra det strengt objektive årsaksperspektivet eller påvirkningsperspektivet, som er mer lempelig overfor realdebitor. For å besvare dette må det først gjøres en undersøkelse av rettskildesituasjonen.

2.3.4 Forståelsen av CISG art. 79

Til støtte for Hovs syn kan det vises til at toneangivende teoretikere internasjonalt synes å tolke CISG art. 79 tilsvarende. Hagstrøm viser i denne sammenheng til tre sentrale teoretikere.²⁰

Tallon uttaler følgende om forståelsen av kontrollvilkåret:

"impediment ... eksterior to the defaulting partys activity. A typical example is the damage that a defect in the goods causes damage to the byer. Can the seller seller contend that he had no means to discover the defect? The external approach leads to a negative answer and the conclusion that a non-external impediment may never produce an exempting effect even though it meets the other requirements for a valid exemption. For equitys sake, the risk should be placed on the seller in such a case."²¹

¹⁸ Krüger, Kjøpsrett s. 466

¹⁹ Hov, kontraktsrett II s. 189

²⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 488

²¹ Tallon i Biancha-Bonell s. 580

Tallon forutsetter følgelig at en hindring først ligger utenfor ens kontroll dersom det var umulig å eliminere muligheten for en slik hindring. Denne forståelsen er i samsvar med det strenge årsaksperspektivet. Uttalelsen tar utgangspunkt i en mangelssituasjon som synes å være tilnærmet identisk med saksforholdet i agurkpinningdommen som behandles under. Hvorvidt forståelsen av kontrollkriteriet i relasjon til mangler har overføringsverdi til tilfeller av forsinkelse vil bli nærmere belyst i denne sammenheng.

Videre viser Hagstrøm til Bergem og Rognlien og Gomard-Rechnagel som synes å dele de overnevntes syn i valg av tolkningsperspektiv. Disse hevder henholdsvis at hindringen skal være av ”ytre karakter”²², og at ”normalt kun utenfra kommende hindringer kan medføre ansvarsfritagelse”²³ Hagstrøm synes følgelig å ha dekning for at det rådene syn i teorien knyttet til art. 79 er at den må leses i lys av det strenge årsaksperspektivet. Hagstrøm tilføyer imidlertid at det også finnes teoretikere som tar til orde for motsatt standpunkt.

Som følge av våre folkerettslige forpliktelser etter CISG er vi bundet til å anvende § 27 i tråd med korrekt forståelse art. 79. Et rådene syn internasjonalt vedrørende forståelsen i art. 79 kan av den grunn tilsi at vi må legge denne forståelsen til grunn ved anvendelsen av den tilsvarende regelen i § 27.

2.3.5 Forarbeidene til § 27

For å komme nærmere hva som er riktig tolkning av § 27 er det naturlig å se på bestemmelsens forarbeider.

Forarbeidene til kjl. er av noe spesiell karakter som følge av at man ved implementeringen av CISG samarbeidet med de øvrige nordiske landene for å sikre lik gjennomføring i Norden.

Det første arbeidet med et forslag til revisjon av kjøpsloven er NOU 1976:34 Dette er et arbeid utført av det norske kjøpslovutvalget opprettet i 1967. Før utformingen av Ot.prp. nr. 80 (1986-87) ble det utarbeidet et fellesnordisk lovforarbeid NU 1984: 5 Odelstingsproposisjonen bygger på synspunkter fra begge arbeidsgruppene, og bærer preg av dette ved at den tidvis er inkonsekvent og inneholder enkelte selvmotsettelser.

Proposisjonen gir først og fremst uttalelser om forståelsen av kontrollvilkåret generelt i relasjon til § 27 første ledd, hvor det uttales følgende:

” Selgeren blir alltid ansvarlig for forhold som ligger innenfor hans kontrollsfære, uavhengig av om han kan bebreides for at de har oppstått. Det er altså ikke tale om noen uaktsomhetsvurdering. Det er tilstrekkelig at årsakene til kontraktbruddet kan sies å ligge innenfor det som *i prinsipp* (min utheving) er kontrollerbart for selgeren.”²⁴

Videre på s. 73 følger det at:

²² Bergem & Rognlien s. 611

²³ Gomard-Rechnagel s. 222

²⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 72

”Forhold som direkte eller indirekte beror på selgerens tiltak eller handlinger, ligger også innenfor hans kontrollsfære. Dette omfatter alt som kan kontrolleres eller påvirkes ved planlegging, styring og kontroll med virksomheten. Selgeren er derfor alltid ansvarlig dersom årsakene til hindringen bunner i den måten virksomheten drives på.”

Dette må kunne sies å være ganske klar tale for at det er årsaksperspektivet –det strengeste– som skal legges til grunn.

Uttalelser i proposisjonen synes å være i samsvar med uttalelser i den nordiske utredningen:

”ansvaret omfatter således avtalsbrot som är at hänföra til företagens interna förholdane, oberoande vad avtalsbrottet konkret beror på ... dessutom omfattar ansvarsområdet företagens handlade utåt, d.v.s. avtalsbrott som kan hänföras til det sätt på hvilket säljaren valt att göra dispositioner med utomstående vilka behövs för at driva hans verksamhet”. Videre slås det fast at det er ”tilräkligt at hinderet beror på omständigheter som i princip är kontrollerbara för säljaren”.²⁵

Forarbeidene må samlet sett anses å her gi klart uttrykk for at det som utgangspunkt skal legges til grunn et strengt årsaksperspektiv ved tolkningen av kontrollvilkåret.

Når man ser på den delen av proposisjonen som omhandler § 27 andre ledd og dermed hovedleverandørens valg av kontraktshjelper, synes standpunktet ikke lenger å være like klart.

I proposisjonen uttales det at

” I visse tilfelle innebærer bestemmelsen at selgeren blir fri for forsinkelsesansvar selv om han i og for seg har hatt mulighet til å velge mellom flere leverandører”²⁶

Dette blir videre understreket med følgende eksempel:

”en fiskegrossist har bestilt fersk laks som skal leveres hos grossisten dagen før videresending til kjøperen. Det forutsettes at grossisten har foretatt et forsvarlig valg mellom flere mulige leverandører av laksen. Under transporten til grossisten ødelegges fiskepartiet ved en ulykke. Fordi tidsfristen er knapp, kan det være umulig for grossisten å skaffe et nytt parti i tide. Det foreligger da en hindring som for så vidt skulle fritta ham etter første ledd. Men han går også fri etter andre ledd, fordi også leverandøren var rammet av en tilsvarende hindring. Dette må gjelde uavhengig av om grossisten i og for seg kunne ha valgt en annen leverandør av partiet”²⁷

Et tilsvarende eksempel er tatt inn i den fellesnordiske utredningen²⁸

Lest i sammenheng kan forarbeidene sammenfatningsvis sies å legge årsaksperspektivet til grunn som utgangspunkt ved tolkningen av kontrollvilkåret. Ut fra denne hovedregelen skulle valg av underleverandør også være innefor hovedleverandørens kontroll dersom han hadde valgt mellom flere. Ut fra de overnevnte eksempler må imidlertid forarbeidene tolkes slik at

²⁵ NU 1984: 5 s. 259

²⁶ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 75

²⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 75

²⁸ NU 1984: 5 s. 265

det for så vidt gjelder valg av kontraktshjelper, skal man legge påvirkningsperspektivet til grunn som tolkningsregel.

Et moment som kan svekke vekten av forarbeidene i denne sammenheng, er at man legger til grunn to så vidt ulike tolkninger av samme begrep uten å omtale dette. Det må anses som lovt teknisk uheldig å legge til grunn ulik forståelse av samme begrep ut fra hvilket typetilfelle man står overfor. Når motsetningen ikke er nevnt kan det settes spørsmålsteget ved hvor gjennomtenkt lovgivers standpunkt til forståelsen av kontrollvilkåret egentlig er.

2.3.6 Rettspraksis

Forståelsen av kontrollvilkåret i kjøpsloven er lite problematisert i rettspraksis.

En avgjørelse som anvender kontrollansvarsreglene og som spesifikt behandler forståelsen av kontrollvilkåret er Agurkpinningdommen (Rt. 2004 s. 625). Saken gjaldt agurkpinning som var kjøpt inn til et gartneri fra en grossist. Agurkpinningene viste seg å være beheftet med sopp som smittet agurkene de støttet opp, slik at agurkavlingen ble ødelagt. Spørsmålet som her ble vurdert i forhold den nye kjøpsloven var om grossisten var ansvarlig for gartneriets tap.

Som tema for vurderingen fokuserte Høyesterett på grossistens mulighet til å avdekke mangelen som soppen representerte. Spørsmålet var således om det lå innenfor grossistens kontroll å avdekke mangelen. Dette er altså en annen vurdering enn om grossisten var ansvarlig som følge av sitt valg av underleverandør av agurkpinning. Problemstillingen som var drøftet i saken var om grossisten selv kunne oppdaget mangelen ved agurkpinningene og dermed avverget å levere mangelfullt. Siden dette ble besvart bekræftende var det ikke interessant å vurdere om realdebitor kunne fritas etter reglene om dobbelt force majeure i § 27 andre ledd. Dommen er likevel av interesse i forhold til forståelsen av § 27 andre ledd. I forhold til dette uttaler Høyesterett følgende:

”Den mangel som splittbambuspinnene var beheftet med, var skjult og kunne ikke ha vært oppdaget uten forholdsvis omfattende undersøkelser. Spørsmålet er om denne mangel ligger innenfor det som selgeren kunne ha forhindret.

Ved denne vurdering må man anlegge en objektiv betraktning. Det er ikke noe vilkår for kontrollansvar at selgeren kunne og burde ha oppdaget mangelen. I forhold til kontrollansvaret er det avgjørende om mangelen ligger innenfor det selgeren objektivt sett har kontroll over”²⁹.

Høyesterett la følgelig til grunn en objektiv fortolkning av kontrollvilkåret. Det avgjørende var at man kunne ha oppdaget mangelen. Det var dermed uten betydning om det kunne forventes at leverandøren foretok tiltak for å avdekke mangelen. Dette svarer til årsaksperspektivet.

Mikkelsen synes å avskrive dommens rettskildevækt med henvisning til at hindringen ikke var av ”ekstraordinær karakter”. Han tolker dommen slik at det avgjørende for domsresultatet var

²⁹ Rt. 2004 s. 675 avsnitt 52 og 53

at forholdet ikke var ekstraordinært som skapte en situasjon hvor oppfyllelse ikke kunne forventes.³⁰ Dette forstår jeg som at Mikkelsen mener at soppangrepet på agurkpinnene ikke var av en slik uforutsigbar og uoverkommelig karakter som de øvrige vilkårene i § 27 forutsetter.

Det er mulig at Mikkelsen har rett i at soppangrepet ikke var av en slik ekstraordinær karakter og at Høyesterett kunne kommet til samme konklusjon på dette grunnlag. Det kommer imidlertid klart til uttrykk i dommen at vurderingstemaet er hva som kan sies å være innenfor leverandørens ”kontroll”. Dette må, slik jeg ser det, være en klar henvisning til kontrollvilkåret. Dette støttes av dommerens drøftelse for øvrig. Det kan dermed ikke være riktig slik Mikkelsen hevder at dommen er uten relevans for forståelsen av kontrollvilkåret.

2.3.7 Lovens system

Hagstrøm peker på at bestemmelsen i andre ledd i seg selv er et argument for at det er påvirkningsperspektivet som må legges til grunn for tolkningen av kontrollvilkåret.³¹

Resonnementet er slik at realdebitor i de fleste tilfeller vil kunne velge mellom ulike kontraktshjelpere. Det er rent unntaksvis slik at kontraktshjelperen som ble valgt var den eneste realdebitor kunne velge. Hvis man legger til grunn et strengt årsaksperspektiv ved tolkningen av kontrollvilkåret vil man alltid bli ansvarlig for mislighold som følge av hindringer som rammer kontraktshjelperen når man hatt et slik valg. Ansvar for mislighold hos en underleverandør som er valgt av realdebitor ville med andre ord bli objektivt.

For å illustrere poenget ytterligere kan man si at det å benytte en underleverandør i seg selv er et valg ettersom man i prinsippet har muligheten til å på egenhånd oppfylle avtalen. Resultatet blir et objektivt ansvar i alle tilfeller hvor misligholdet skriver seg fra en underleverandør. Den selvstendige betydningen av bestemmelsen i andre ledd vil i så tilfelle være begrenset til de tilfeller hvor realdebitor har forpliktet seg overfor sin kontraktspart til å bruke en bestemt kontraktshjelper. Slike tilfeller er lite praktisk, og bestemmelsen ville følgelig ha svært liten selvstendig betydning. Det er lite trolig at en så generelt utformet regel som regelen om dobbelt force majeure i kjl. § 27 andre ledd er ment å ha et så snevert virkeområde. Det synes således å ligge implisitt i bestemmelsen i andre ledd at valg av kontraktshjelper ikke i seg selv bringer mislighold denne innenfor realdebitors kontrollsfære.

Dette er i samsvar med Krügers oppfatning som nevnt innledningsvis, som tillegger eksistensen av regelen i § 27 andre ledd avgjørende betydning for at valg av kontraktshjelper ikke i seg selv bringer kontraktshjelperens mislighold innenfor kontrollsfæren.³²

2.3.8 Prinsippet om identifikasjon mellom realdebitor og kontraktsmedhjelper

³⁰ Mikkelsen, Hindringsfritak, S. 177

³¹ Hagstrøm, Kjøpsrett s. 158

³² Krüger, Kjøpsrett s. 466

Realdebitors erstatningsansvar ved bruk av kontraktsmedhjelper er regulert av et ulovfestet obligasjonsrettslig prinsipp om at man er ansvarlig for mislighold hos sin underleverandør på samme måte som om misligholdet skyldtes en selv. Prinsippet sikrer at realkreditor ikke får en svakere rettstilling som følge av at realdebitor setter bort deler av oppdraget til andre.

Regelen om dobbelt force majeure kan sies å harmonisere kontrollansvarsregelen med prinsippet om identifikasjon, fordi man da vurderer mislighold hos kontraktsmedhjelperen etter regelen i første ledd. Dette ivaretar på samme måte som identifikasjonsregelen at realkreditors rettstilling ikke svekkes ved at realdebitor ytelsen bort til en underleverandør.

Dersom man konsekvent skulle følge årsaksperspektivet med den følge at realdebitor for alle praktiske formål ble objektivt ansvarlig for mislighold hos en valgt underleverandør, ville ikke kontrollansvarsreglene lenger harmonere med prinsippet om identifikasjon. Man ville derimot få en rettstilstand med et adskillig strengere ansvar for mislighold hos sin kontraktshjelper enn mislighold som skyldtes en selv.

Dersom kontrollansvaret var ment å bryte med et så innarbeidet prinsipp som prinsippet om identifikasjon, ville det vært naturlig at dette kom til uttrykk i forarbeidene. Det er imidlertid ingen uttalelser i underbygger dette.

2.3.9 Alternative forståelser av kontrollvilkåret

Fremstillingen av rettskildebildet over synes å utpeke årsaksperspektivet for forståelsen av kontrollvilkåret som generell regel. Samtidig er det sterke holdepunkter for at ”satsing på feil hest” ikke i seg selv fører til ansvar. Dette reiser spørsmålet om det konkrete standpunktet i forhold til ansvar for satsing på feil hest er forenelig med hovedregelen om et strengt årsaksperspektiv? Hvis ikke, hvordan kan regelen alternativt forstås?

For å svare på spørsmålene over kan det være fornuftig å først utdype hva som ligger i de ulike tokningsperspektivene.

Ved å si at kontrollsfæren avgrenses ut fra hva man *i prinsippet* kan kontrollere, slik det gjøres i kjøpslovens forarbeider, får man tydelig frem kjernen i årsaksperspektivet. Det avgjørende er om man, uavhengig av vanskelighetsgraden eller hvorvidt et mulig tiltak fremsto som rasjonelt, kunne kontrollert hindringen som oppstod. En slik avgrensning stenger for å trekke rimelighetshensyn inn i vurderingen av hva som ligger innenfor kontrollsfæren. Selv om det kan fremstå som urimelig å knytte ansvar til en påvirkningsmulighet vil urimelighet ikke føre til et fritak såfremt påvirkningsmuligheten i prinsippet forelå.

Hvis man derimot trekker rimelighetshensyn inn i vurderingen av hva som ligger innenfor ens kontroll, fraviker man årsaksperspektivet og kommer over i påvirkningsperspektivet. Spørsmålet blir da om man kunne kontrollere hindringen, og i så tilfelle, var denne muligheten til å utøve kontroll av en slik karakter at det er rimelig å knytte ansvar til den?

Man kan så vurdere spørsmålet om ansvar for satsing på feil hest i lys av det som er sagt over. Mislighold hos en kontraktshjelper kunne *i prinsippet* vært unngått dersom en eller flere av de

alternative underleverandørene ville levert kontraktsmessig. Denne muligheten kan imidlertid være så lite praktisk at det fremstår som urimelig å knytte ansvar til den. Dersom man legger til grunn lovgivers standpunkt om at valget av kontraktshjelper ikke bringer kontraktshjelperens eventuelle mislighold innenfor kontrollsfæren, så ivaretar man hensynet til rimelighet i det konkrete tilfellet, men man bryter samtidig med årsaksperspektivets kategoriske regel.

Standpunktet om at ”satsing på feil hest” ikke i seg selv er ansvarsbetingende er med andre ord ikke forenelig med hovedregelen om årsaksperspektivet som tokningsprinsipp. Dersom man skal opprettholde et slikt standpunkt og samtidig holde på årsaksperspektivet som generell tolkningsregel av kontrollvilkåret, er resultatet en unntaksregel som fraviker den generelle hovedregel.

Et annet alternativ er å gjennomføre årsaksperspektivet konsekvent, slik at man alltid blir ansvarlig for mislighold som skriver seg fra en kontraktshjelper realdebitor har valgt.

En tredje mulighet er å anse påvirkningsperspektivet som gjeldene tolkningsperspektiv. Etter påvirkningsperspektivet er det hva man i praksis har en reell mulighet til å kontrollere, som anses å ligge innenfor kontrollsfæren. I dette ligger det som nevnt over, at man må vurdere om kontrollmuligheten var av en slik karakter at det er rimelig å knytte ansvar til den. Rimelighetsterskelen kan her settes høyt, slik at det skal mye til for at en påvirkningsmulighet ikke anses å være reell og praktisk. Dersom man velger en slik forståelse av kontrollvilkåret, unngår man motsetningen mellom hvordan kontrollvilkåret skal forstås som hovedregel, og hvordan det skal forstås i spørsmålet om ansvar for valg av kontraktshjelper. Dette fordi muligheten til å avverge mislighold fra sin kontraktshjelper ved at man kunne valgt en annen, er mer teoretisk enn reell.

2.3.10 Konklusjon

Holdepunktene for at man ikke kan legge årsaksperspektivet til grunn ved tolkningen av kontrollvilkåret i relasjon til spørsmålet om ansvar for valg av kontraktshjelper, er etter min mening sterke.

Mest tungtveiende er de klare eksemplene i kjøpslovens forarbeider som peker i retning av at satsing på feil hest ikke automatisk medfører erstatningsansvar.

Videre må det vektlegges at kjl. § 27 (2) i de fleste praktiske tilfeller ellers vil bli virkningsløs fordi en realdebitor helt unntaksvis er tvunget til å velge en bestemt kontraktshjelper. Det synes av den grunn å følge implisitt i bestemmelsen at man valg av kontraktshjelper ikke i seg selv medfører at mislighold fra denne ligger innenfor kontrollsfæren slik årsaksperspektivet tilsier.

Den omstendighet at man ville fått en regel som fraviker en prinsippet om at man hefter for sin kontraktshjelper som om man hadde utført oppdraget selv, taler også mot at kontrollvilkåret skal forstås på denne måten.

Endelig fremstår en regel om tilnærmet objektivt ansvar for mislighold hos en valgt underleverandør som en dårlig regel. Dette fordi moderne industriproduksjon bygger på en utstrakt bruk av underleverandører. Dersom man skulle ha et tilnærmet objektivt ansvar for mislighold hos en valgt underleverandør ville dette virke hemmende på bruken av underleverandører. Dette vil være i strid med et grunnleggende siktemål bak obligasjonsretten; at de obligasjonsrettslige reglene best mulig legger til rette for et velfungerende næringsliv.

I spørsmålet om ansvar for å ha ”satsset på feil hest”, må dermed konklusjonen være at det ikke avskjærer muligheten for å gå ansvarsfri at man hadde mulighet til å velge en annen kontraktshjelper. Det er dermed påvirkningsperspektivet som i denne sammenheng må være gjeldene tolkningsperspektiv.

Neste spørsmål blir da hvilken betydning konklusjonen har for forståelsen av kontrollvilkåret generelt. Som vist over vil man ved å legge til grunn at ”satsing på feil hest” ikke automatisk fører til ansvar, bryte med hovedregelen om at kontrollvilkåret skal tolkes etter årsaksperspektivet. Dette gir en lite konsekvent og komplisert regel, hvilket kan tilsi at man ikke kan opprettholde årsaksperspektivet som hovedregel.

Alternativet ville da være å legge påvirkningsperspektivet til grunn som generell tolkningsregel.

Et slikt standpunkt medfører imidlertid at man fraviker klare holdepunkter i forarbeidene, som også har fått tilsutning fra Høyesterett i Agurkpinne-dommen. Også teori knyttet til cisp art. 79 tilsier at årsaksperspektivet skal legges til grunn. Det er særlig forarbeidene som her må tillegges stor betydning ettersom disse klart gir uttrykk for at den klare hovedregel er at kontrollvilkåret skal forstås ut fra årsaksperspektivet.

Hagstrøm fremhever at forarbeidene peker mot en generell regel i tråd med årsaksperspektivet, men viser også til de uttalelser som legger påvirkningsperspektivet til grunn i spørsmålet om ansvar for å satse på ”feil hest”. Til dette skriver han følgende:

”Ut over de relativt alment formulerte synspunktene i forarbeidene er det i realiteten bare drøftelsen av svikt fra underleverandør som berører grenseområdet mellom kontrollansvaret og de eldre reglene om force majeure. Drøftelsen er til gjengjeld grundig, og de standpunkter som er tatt bygger på bevisste rettspolitiske valg. Sett under ett taler forarbeidene derfor nærmest for at det er de praktiske påvirknings- og kontrollmulighetene som er avgjørende for kontrollkriteriet. Samlet sett synes det best forenelig med lovtekst og forarbeidene å kreve at kontrollansvaret forutsetter at det har foreligget en påvirknings eller kontrollmulighet”³³

Hagstrøm synes her å vurdere de motstridende uttalelsene i forarbeidene mot hverandre, for så å falle ned på at det er påvirkningsperspektivet som kommer klarest til uttrykk. Hagstrøm konkluderer med å legge påvirkningsperspektivet til grunn som tolkningsperspektiv, både som generell regel og i spørsmålet om ansvar for satsing på ” feil hest”.

³³ Hagstrøm, obligasjonsrett, s. 492

Etter min mening er Hagstrøms standpunkt i strid med lovgivers standpunkter slik de fremgår av forarbeidene. Uttalelsene i forarbeidene peker, slik jeg ser det, på at årsaksperspektivet skal legges til grunn som den klare hovedregel. Årsaksprinsippet styrkes gjennom flere uttalelser om at det er hva man *i prinsippet* kan kontrollere som er avgjørende. Prinsippet fravikes imidlertid i det konkrete spørsmålet om ansvar for satsing på feil hest ved at man har tatt inn eksempelet om fiskehandleren som blir sviktet av sin underleverandør, uten å bli ansvarlig.

Selv om forarbeidene gir anvisning på en konkret løsning i strid med hovedregelen, kan man ikke legge til grunn at unntaksregelen setter hovedregelen til side. Det riktige må her være å se slik at forarbeidene gir uttrykk for en hovedregel om at det er det strenge årsaksperspektivet som gjelder, men at det må gjøres et unntak i spørsmålet om ansvar for satsing på "feil hest".

Konklusjonen er følgelig at kontrollvilkåret som hovedregel må tolkes ut fra årsaksperspektivet, med det unntak at man må legge påvirkningsperspektivet til grunn i spørsmålet om ansvar for å satse på "feil hest". For realdebitors valg av kontraktshjelper må det altså gjelde et unntak fra det strenge årsaksperspektivet. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at man *i prinsippet* kunne valgt en annen kontraktshjelper. Det må i tillegg ha foreligget en viss grad av oppfordring til å velge annerledes, slik at påvirkningsmuligheten hadde karakter av å være praktisk og reell.

2.3.11 Kontrollvilkåret de lege ferenda

Forståelsen av kontrollvilkåret som vi over har lagt til grunn de lege lata, er lite tilfredsstillende fordi man må operere med to ulike tokningsmåter av en og samme ordlyd. Dette er retts teknisk dårlig fordi det kompliserer forståelsen av regelen.

Spørsmålet de lege ferenda er om man en annen forståelse ville totalt sett gitt en bedre regel.

Løsningen med årsaksperspektivet som konsekvent regel er uheldig, da dette innebærer ansvar for å "satse på feil hest", hvilket drøftelsen over har vist vil være lite hensiktsmessig.

Det eneste alternativet for å oppnå en konsekvent tolkning av kontrollvilkåret er å legge påvirkningsperspektivet til grunn som hovedregel. For å vurdere om dette gir en god regel, må man se nærmere på de legislative hensynene som gjør seg gjeldene i spørsmålet om valg av ansvarsgrunnlag. De sentrale hensyn som begrunner at man har regler om erstatning er reparasjonshensynet og prevensjonshensynet.

Prevensjonshensynet er hensynet til å forhindre skade ved å bruke erstatning som motivasjonsfaktor til å forbygge risiko for at skade oppstår. Dette kan bare begrunne erstatning for skade som skadevolder hadde en reell og praktisk mulighet til å avverge skaden. Hensynet får med andre ord ikke et sterkere vern ved å anvende det strenge årsaksperspektivet.

Reparasjonshensynet er skal ivareta skadelidtes behov for å få kompensasjon for skaden. Dette hensynet må sees i lys av rimeligheten av å velte tapet over på noen andre.

Reparasjonshensynet vil således måtte vurderes med utgangspunkt i hva som er en rimelig risikoplassering. Spørsmålet er om det er rimelig å plassere risikoen på realdebitor for forhold som han *i prinsippet* kan kontrollere, men ikke har en *praktisk eller reell* mulighet til å kontrollere? Eller er det mer rimelig å legge denne risikoen på realkreditor som har bestilt ytelsen?

Som et utgangspunkt kan man si at det naturlige er at realdebitor bærer risikoen for mislighold ettersom han ved avtaleinngåelsen har forpliktet seg til å oppfylle. Dersom han ikke kan påta seg risikoen for skade for mislighold fra sin side, så burde han heller ikke forplikte seg til å levere.

Motsetningsvis kan det være realkreditor, som har bestilt varen, som er best egnet til å vurdere hvilket skadeomfang et mislighold vil få. Skadepotensialet vil avhenge av en rekke faktorer på realkreditors side. Man kan eksempelvis se for seg at Flesland flyplass har gammelt og utdatert utstyr for avising av fly som de ønsker å fornye. Hvis flyplassen har nytt utstyr i bestilling for levering 1 desember, kunne man tenke seg at flyplassen fikk tilbud om å selge unna det gamle utstyret og avtale levering 31 november. Dette ville eksponere flyplassen for en stor tapsrisiko som følge av sviktende levering av det nye utstyret. Dersom det ble isete forhold i desember ville ikke flyene lenger kunne ta av fra flyplassen, hvilket ville kunne medføre store økonomiske tap. Eksempelet illustrerer at realkreditor - flyplassen - ofte har en mulighet til å kontrollere tapsrisikoen for mangelfull levering fra realdebitor som realdebitor selv ikke har. I det tilfelle at verken realdebitor eller realkreditor er skyld i leveringssvikten synes det mest rimelig å plassere risikoen hos den part som har kontroll over tapspotensialet ved leveringssvikt.

Ut fra disse betraktningene synes det ikke å være legislativt godt begrunnet å opprettholde årsaksperspektivet. Dersom man derimot velger påvirkningsperspektivet vil man avgrense kontrollsfæren mot de rent teoretiske påvirkningsmuligheter som man ikke på noen måte kunne forvente at realdebitor benyttet seg av. Andre påvirkningsmuligheter må anses som praktiske og reelle og faller således innenfor kontrollsfæren. Terskelen for at en påvirkningsmulighet ikke anses å være praktisk å reell må legges høyt. Dette kunne bidra til å gjøre kontrollansvaret til hva som det er ment å være, dvs. noe annet og strengere enn culpaansvaret.³⁴

Ved å legge påvirkningsperspektivet til grunn for forståelsen av kontrollvilkåret unngår man en unntaksregel for valget av underleverandør og oppnår dermed en ensartet tolkning av kontrollvilkåret.

Konklusjonen, de lege ferenda, på hva som ville vært den beste tolkningsmåten av kontrollvilkåret, ville være å legge påvirkningsperspektivet til grunn som tolkningsperspektiv.

³⁴ Jo Hov, kontraktsrett II s. 189

3 Del III Andre lovregulerte kontraktstyper

3.1 Innledning

Tema for denne delen av oppgaven er situasjonen på lovfestet område utenfor løsørekjøpene.

Det overordnede spørsmålet for del III er i hvilken grad det gjelder en tilsvarende regulering av erstatningsansvar ved bruk av underleverandør i andre lovregulerte kontraktstyper.

Lover som inneholder kontrollansvar er Håndverkertjenesteloven §§ 28, 40 og 42 (2), avhendingslova §§ 4-5 og 5-4, bustadoppføringslova §§ 11 første ledd bokstav c, 35, 51 første ledd bokstav b, og 52 fjerde ledd, forbrukerkjøpsloven §§ 24 og 46, åndsverkloven § 39 e sjette ledd, sjøloven §§ 369 og 391, pakkereiseloven § 5-3 første ledd nr. 2, husleieloven §§ 2-13, 3-2 tredje ledd, 5-8, 7-7 tredje ledd og 10-3 tredje ledd, finansavtaleloven § 42 første ledd, forbrukerkjøpsloven §§ 24 annet ledd, § 44 og 46 annet ledd, verdipapirregisterloven § 9-1 første ledd og burettslagslova §§ 5-10 annet ledd og 5-13 første ledd mv. Listen er hentet fra Mikkelsens doktoravhandling³⁵

I hovedsak er dette regler som langt på vei er blåkopier av kontrollansvarsregelen slik den er utformet i kjøpsloven. Ettersom kontrollansvaret har sitt utspring i kjøpsretten er det naturlig å legge kjøpslovens forståelse til grunn ved tolkningen av kontrollansvarsregler som senere er lovfestet for andre kontraktstyper. Et slikt syn støttes av at flere av de nyere kontraktslovenes forarbeider viser tilbake til kjøpslovens forarbeider for nærmere presisering av regelens innhold.³⁶ Eksempelvis følger det av forarbeidene til hvtjl. følgende bemerkning til § 28 som regulerer erstatning ved forsinkelse eller mangler: ”Ansvarsgrunnlaget er således som hovedregel lagt om fra et såkalt « presumsjonsansvar » til et « kontrollansvar ». Om innholdet av kontrollansvaret vises til de alminnelige merknader 3.9.2 og kjøpslovproposisjonen særlig s 37-38, 72-74 og 91-93”.

Hovedregelen om at nyere regler om kontrollansvar skal tolkes i lys av kjøpslovens regler om kontrollansvar er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt.

Ettersom kontrollansvarsreglene er innført for kontraktstyper av forskjellig art, er det naturlig at reglene i noen sammenhenger må spesialtilpasses kontraktstypen den skal anvendes på. Det er av den grunn interessant å se nærmere på de særtrekk kontrollansvarsregelen har i de ulike kontraktslovene, og hvorfor særtrekkene blir slik pga. de faktiske forutsetningene for oppfyllelsen av avtalen. Drøftelsen av det lovfestede kontrollansvaret er også ment å gi grunnlaget for oppgavens del IV hvor vi skal se nærmere på i hvilken grad kontrollansvaret gjelder som bakgrunnsrett på ulovfestet område.

³⁵ Mikkelsen, Hindringsansvar s. 237

³⁶ Mikkelsen, Hindringsfritak, s. 239 med videre henvisninger.

Ved behandlingen av dette vil utvalgte lovbestemmelser bli gjennomgått i kronologisk rekkefølge. Dette av den grunn at man da kan få frem eventuelle endringer i synet på kontrollansvaret hos lovgiver.

3.2 En ensom svale

Som fremstillingen av kjøpsloven i del II har vist, er kjl. § 27 andre ledd gitt anvendelse for såkalte uegentlige kontraktshjelpere jf. andre punktum.

Andre lovfestede regler om kontrollansvar nøyer seg imidlertid med å gi regelen om dobbelt force majeure virkning for egentlige kontraktshjelpere. Kjl. § 27 andre ledd andre punktum er således en særegenhet ved kjøpsloven. Hagstrøm har av den grunn omtalt denne særegenheten ved kjøpsloven som en ensom svale.³⁷

Spørsmålet er hvilket ansvar realdebitor, på andre lovfeste kontraktsområder enn løsørekjøp, er underlagt dersom han kommer i mislighold som følge av sviktende levering fra en uegentlig kontraktshjelper.

Som eksempel kan man tenke seg en taktekker som har fått i oppdrag å skifte ett tak for en forbruker. Dette er en avtale som er regulert av håndverkertjenesteloven, hvor erstatning for forsinket levering er regulert i § 28. Etter bestemmelsens andre ledd gjelder følgende:

“Beror tapet på en tredjeperson som tjenesteyteren bruker til å utføre tjenesten, er tjenesteyteren fri for ansvar bare om også tredjepersonen ville vært fritatt etter regelen i (1)”

Det er altså bare de kontraktshjelpere som bidrar til å ”utføre tjenesten” som er omfattet av regelen om dobbelt force majeure.

Takpapp av helt vanlig kvalitet som trengs for å kunne utføre oppdraget, vil være noe taktekkeren bestiller inne med jevne mellomrom, og leverandøren av takpapp kan således ikke anses å ”utføre tjenesten”. Denne leverandøren vil følgelig være en uegentlig kontraktshjelper. Ettersom den ”ensomme svale” ikke gjelder i håndverkertjenesteloven jf. hvtjl § 28, vil konsekvensen være at regelen om dobbelt force majeure ikke gjelder dersom tjenesten blir forsinket som følge av manglende levering av takpapp.

Spørsmålet er imidlertid hvilket ansvar som påligger taktekkeren i en slik situasjon.

Også her må det legges til grunn at selv om bruk av kontraktshjelper i seg selv innebærer et valg, er ikke det i seg selv grunn til å anse kontraktshjelperens mislighold for å ligge innenfor realdebitors kontrollsfære jf. drøftelsen over om ansvar for ”satsing på feil hest”.

Det må dermed vurderes om misligholdet som taktekkeren er utsatt for, er en hindring som oppfyller vilkårene for hindringsfritak for realdebitor. Regelen om dobbelt force majeure

³⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 502

kommer imidlertid ikke til anvendelse slik at årsaken til at leveransen fra takpappleverandøren sviktet ligger utenfor vurderingen.

Det er følgelig enklere for realdebitor å oppnå hindringsfritak dersom misligholdet skyldtes en uegentlig kontraktshjelper enn en egentlig kontraktshjelper, ettersom det i tilfelle av svikt hos en egentlig kontraktshjelper kreves at også dennes mislighold oppfyller vilkårene for hindringsfritak.

Den omstendighet at det er lettere for realdebitor å oppnå hindringsfritak som følge av svikt hos en uegentlig kontraktshjelper er imidlertid mer teoretisk enn praktisk. I realiteten vil det ofte være svært vanskelig for realdebitor å påberope seg hindringsfritak for svikt i leveranser av typiske lagervarer. Det vil være en enkel sak for realdebitor å se til at hans egen lagerbeholdning til en hver tid er tilstrekkelig. Tilgang på slike ytelser vil av den grunn i de fleste tilfeller ligge innenfor realdebitors kontrollsfære hvilket igjen fører til at hindringsfritak pga. svikt hos underleverandør av slike ytelser er lite praktisk.

3.3 Avhendingslova § 4-5

Bestemmelsen i § 4-5 første og andre ledd lyder som følger;

1) For anna enn indirekte tap som nemnt i § 7-1, kan kjøparen krevje skadebot på grunn av forseinkinga utan at det ligg føre skyld på seljarens side. Dette gjeld likevel ikkje så langt seljaren godtgjer at forseinkinga oppstod på grunn av ei hindring utanfor seljarens kontroll, og det ikkje er rimeleg å vente at seljaren kunne ha rekna med hindringa på avtaletida, eller at seljaren kunne ha overvunne eller unngått følgjene av hindringa.

(2) Ligg årsaka til forseinkinga hos ein tredjeperson som seljaren har gitt i oppdrag heilt eller delvis å oppfylle avtala, er seljaren ansvarsfri berre om tredjepersonen og ville vere ansvarsfri etter føresegnene i fyrste ledd.

Bestemmelsen har følgelig en tilsvarende utforming som kjl. § 27. Det er dermed naturlig å anta at avhendingslovens bestemmelse skal tolkes på samme måte.

Mikkelsen peker imidlertid på noen interessante uttalelser i avhendingslovas forarbeider som synes å gi regelen et annet innhold enn hva som ligger i kjl. § 27.³⁸ Forskjellen ligger i forarbeidernes angivelse av kontrollsfæren. Om ansvar for forsinket eller mangelfullevering som følge av brann hos realdebitor uttales det følgende i kjøpslovens forarbeider:

”Skyldes brannen kortslutning i det elektriske anlegget, ligger det derfor i prinsippet innenfor selgerens kontrollsfære, mens situasjonen blir en annen dersom det er en pyroman som har vært på ferde”.³⁹

³⁸ Mikkelsen, Hindringsfritak s. 238

³⁹ Ot. Prp. Nr. 80 (1986-1987) s. 73

Denne uttalelsen er i tråd med det som allerede er slått fast over, at kjøpslovens forarbeider legger til grunn at kontrollsfæren omfatter alt som realdebitor i prinsippet kan kontrollere, altså et strengt årsaksperspektiv.

Når man så leser forarbeidene til avhendingsloven gir disse uttrykk for en noe snevrere kontrollsfære. Her er hindring i form av brann omtalt som følger:

”Vidare vil omstende som er avhengig av seljaren sine tiltak eller handlingar liggje innanfor seljarens kontroll, t d brann som skuldast manglande vedlikehald av det elektriske anlegget i bygningen”.⁴⁰

I vurderingen av om brann er innenfor eller utenfor realdebitors kontroll er det følgelig avgjørende om selger har foretatt det nødvendige vedlikehold for å forhindre brann i det elektriske anlegget. Det er altså ikke tilstrekkelig slik kjøpslovens forarbeider legger til grunn at realdebitor i prinsippet alltid kan utøve kontroll over sitt eget elektriske anlegg. Etter avhendingslovas forarbeider skal det mer til for at brannen anses å ligge innenfor kontrollsfæren, den må ha oppstått som følge av manglende vedlikehold.

Det er tydelig at lovgiver ved utformingen av avhendingsloven har tatt avstand fra et strengt årsaksperspektiv, og i stede legger påvirkningsperspektivet til grunn for forståelsen av kontrollvilkåret.

Mikkelsen antar at forskjellen er begrunnet med at selgere av fast eiendom i stor grad er privatpersoner, og kjøpslovens strenge avgrensning av kontrollsfæren derfor blir en for streng regel.⁴¹ Dette fremstår som den mest nærliggende begrunnelsen for forskjellen, og siden forarbeidene ikke omtaler dette nærmere er det naturlig å slutte seg til denne.

Man kan her stille spørsmål om forarbeidenes uttalelser kan gis virkning dersom selger er et eiendomsselskap. Mikkelsen tar klart standpunkt de lege ferenda, og skriver at en slik selger ikke bør fritas for ansvar. Det er gode grunner for å hevde dette. Dersom selger er næringsdrivende, er det vanskelig å se noen prinsipiell forskjell fra en helt alminnelig salgavtale som for eksempel avtale om salg av bruktbil. Det er da vanskelig å se begrunnelsen for en avvikende regel.

Men kan dette også legges til grunn de lege lata?

Et argument som taler mot dette er at forarbeidene til avhendingsloven ikke sonderer mellom privatsalg eller salg i næring. Uttalelsene i forarbeidene tilsier at man legger et påvirkningsperspektiv til grunn som generell regel. Forarbeider har som utgangspunkt stor rettskildemessig vekt ved tolkningen av en lovbestemmelse, og da med det innhold som kan forankres direkte i teksten. Dette tilsier at påvirkningsperspektivet må legges til grunn som tolkningsperspektiv uavhengig av om selger opptrer som privatperson eller næringsdrivende.

Uttalelsene i forarbeidene er sparsomme, slik at begrunnelsen for valg av påvirkningsperspektivet må bygges på antagelser. Det vil da være lite skjønnsomt å

⁴⁰ Ot. Prp. Nr. 66 (1990-1991) s. 101.

⁴¹ Mikkelsen, Hindringsfritak s. 240

bortfortolke uttalelsene som utpeker årsaksperspektivet på grunnlag av hva man antar at lovgiver hadde som begrunnelse for dette. Dette må være avgjørende for at man ikke kan legge årsaksperspektivet til grunn ved tolkningen av kontrollvilkåret i avhendingslovas bestemmelse om kontrollansvar.

Man skal imidlertid ikke utelukke at handlingsnormen vil være strengere for en selger i næring enn hva som vil bli lagt til grunn for privatpersonen.

Konklusjonen er dermed at påvirkningsperspektivet legges til grunn ved tolkningen av kontrollvilkåret i § 4-5, uavhengig av om selger opptrer som næringsdrivende eller privatperson.

3.4 Tomtefesteloven § 22 og 27

Tomtefesteloven er fra 1996 og er således vedtatt mange år etter kjl. av 1988. Likevel har loven valgt en annen erstatningsregel enn kontrollansvar, både for forsinkelse etter § 22 og mangler etter § 27.

Vilkår for ansvarsvarsfrihet er at ”bortfestaren godtgjer at mangelen ikkje skuldast feil eller forsøming frå bortfestaren eller nokon bortfestaren svarar for” jf. §§ 22 og 27. Det kreves således culpa som ansvarsgrunnlag for erstatning som følge av forsinket eller mangelfull levering i avtaler om tomtefeste.

Et særtrekk ved regelen er at den fastsetter et såkalt presumsjonsansvar. Dette innebærer at det presumeres at mangelen eller forsinkelsen skyldes uaktsomhet hos realdebitor hvis ikke han kan bevise noe annet. Betydningen av dette er at bevisbyrden snus fra normalsituasjonen hvor skadelidte må bevis uaktsomhet hos skadevolder, til at skadevolder må bevis at han ikke har opptrådt uaktsomt.

Et spørsmål i denne sammenheng er hvilket ansvar realdebitor underlagt culpaansvar har for forsinkelser og mangler som kan tilskrives hans kontraktshjelper.

I den grad det er praktisk å benytte en kontraktshjelper i avtaler om tomtefeste, vil denne identifiseres med realdebitor. Dette følger av Block Watne-dommen⁴² hvor det uttales følgende:

”Etter alminnelige kontraktsregler må det gjelde at den som bruker en medhjelper til å oppfylle en kontraktsmessig forpliktelse, som hovedregel hefter for kontraktsbrudd som følge av medhjelperens handlinger på samme måte som om disse var foretatt av ham selv”.

Dersom årsaken til mangelen eller forsinkelsen kan tilskrives kontraktshjelperen er spørsmålet da om denne kan påberope seg ansvarsfrihet. Hvis realdebitor ville vært fritatt under samme omstendigheter vil dette være ansvarsbefriende også for realdebitor ettersom disse identifiseres.

⁴² Rt. 1986 s. 1386 på s. 1393

Når realdebitor og kontraktshjelper identifiseres vil det være summen av uaktsomhet hos dem som er gjenstand for culpavurderingen. Dette innebærer at feil på hverandres side som i seg selv ligger innenfor rammen av aktsom opptreden, samlet sett må kan anses som uaktsomt. Hvis man la til grunn motsatt standpunkt slik at aktørene ble vurdert hver for seg, ville dette føre til at realkreditor fikk en svekket rettstilling som følge av at realdebitor satte vekk deler av sine forpliktelser til andre.

For å få komme nærmere begrunnelsen for hvorfor man her har valgt en avvikende regel fra den man finner i kjøpsloven, er tomtefestelovens forarbeider av interesse.⁴³ Det pekes her på at bortfestere normalt er privatpersoner som driver med slik bortfesting av tomter som en biinntekt, slik at det vil være for strengt å pålegge dem kontrollansvar. Videre legges det vekt på at mangler ved en tomt normalt skyldes grunnforhold som kan være vanskelige å oppdage.

Man må her se tomtefestelovens ansvarsregel i lys av forarbeidenes forståelse av kontrollansvarsregelen i avhendingslova § 4-5. Begrunnelsen for å velge en regel som avviker fra kjøpslovens kontrollansvarsregel er i begge tilfeller konkret begrunnet ut fra realdebitors stilling som privatperson. Lovgivers oppfatning synes å være at kjøpslovens strenge kontrollansvarsregel kan bli for byrdefyll overfor en leverandør som ikke er næringsdrivende.

Dette kan tenkes å ha betydning for forståelsen av kontrollansvarsregelen på ulovfestet område hvor realdebitor opptrer som privatperson. Problemstillingen vil bli belyst i oppgavens del IV

3.5 Bustadoppføringslova

Forsinket levering av ny bustad sanksjoneres som utgangspunkt med dagmulkt etter buofl. § 18, med et eventuelt tilleggskrav om erstatning for grov uaktsomhet jf § 19.

Realdebitor kan imidlertid ha rett til fristforlengelse etter § 11. Vilkår for slik fristforlengelse er bl.a. som følger:

”Entreprenøren kan krevje lenging av avtalte fristar dersom (...)

c. arbeidet blir seinka på grunn av ei hindring utanfor entreprenørens kontroll, og det ikkje er rimeleg å vente at entreprenøren kunne ha rekna med hindringa på avtaletida, eller at entreprenøren skal unngå eller overvinne følgjene av hindringa.

Blir arbeidet seinka på grunn av ein underentreprenør som etter avtale med entreprenøren skal utføre arbeidet eller delar av det, har entreprenøren krav på tilleggsfrist dersom underentreprenøren ville ha hatt krav på tilleggsfrist etter første ledd.”

Bestemmelsen gir følgelig rett til fristforlengelse basert på vilkårene for kontrollansvar. Det er her strengt tatt ikke tale om kontrollansvar som ansvarsgrunnlag, men fristforlengelse med den konsekvens at det ikke inntreffer mislighold. Vurderingstemaet for ”kontroll” er

⁴³ Mikkelsen, Hindringsfritak s. 238 med videre henvisning til NOU 1993: 29 s. 70

imidlertid det samme som i kjøpsloven. Fristforlengelse etter bustadoppføringslovas regler om kontrollansvar i første ledd, er i hovedsak sammenfallende med kjøpslovens regel.

Bestemmelsen i buofl. § 11 andre ledd inneholder derimot en noe ulik regel om ansvar for bruk av kontraktshjelper sammenlignet med kjøpslovens regel om dobbelt force majeure. Mens kjøpsloven legger til grunn at realdebitor kan fritas for ansvar hvis "også" kontraktshjelperen omfattes av reglene i første ledd jf. § 27 2. ledd, er dette ordet utelatt i bustadoppføringslovas regel. Det er her tilstrekkelig at "... underentreprenøren ville ha hatt krav på tilleggsfrist etter første ledd." Ulikheten er ikke tilfeldig.

Det følger her av forarbeidene at "...at det vil vere for strengt å byggje på prinsippet om « dobbel force majeure » i denne sammenhengen."⁴⁴ Departementet begrunner dette med at dersom kontraktshjelper får fristutsettelse, fordi han er omfattet av 1. ledd, vil avtalen mellom dem fortsatt være bindene. Dette innebærer at realdebitor ved å dekningskontrahere, blir bundet av to avtaler om samme ytelse. En slik belastning syntes departementet det ikke var rimelig å pålegge realdebitor.

Konsekvensen av dette er altså at det i bustadoppføringslova ikke gjelder noen regel om dobbelt force majeure ved forsinkelser. Det er tilstrekkelig at kontraktshjelperen er rammet av en hindring som oppfyller vilkårene etter førsteledd for at også realdebitor har krav på fristforlengelse overfor sin kontraktsmotpart.

Erstatning for mangler er regulert i § 35. Det følger av denne bestemmelsen at realdebitor er ansvarsfri pga. Hindringer som rammer underleverandør, "...berre dersom underentreprenøren òg ville vere ansvarsfri etter føresegnene i første ledd". Vi ser at ordet "og" her er tatt inn, og regelen er følgelig tilsvarende til kjøpsloven med et krav om dobbelt force majeure.

Betydningen av dette i relasjon til forståelsen av NS 8405 i entrepriseretten vil bli behandlet like under.

3.6 Entrepriseretten

Entrepriseretten er i en særstilling på den måten at den ikke er lovregulert, men likevel til dels er utførlig regulert gjennom næringens egne standardavtaler.

Den viktigste standardavtalen som brukes i dag er NS 8405, hvor NS står for Norsk Standard. Avtalen er formelt sett ikke bindene mellom partene uten at partene vedtar dette uttrykkelig. Det er imidlertid antatt at mange av bestemmelsene gir uttrykk for alminnelige entrepriserettslige regler, som dermed er å regne som bakgrunnsrett til utfylling av entrepriserettslige avtaler.⁴⁵

⁴⁴ Ot.prp. nr. 21 (1996-97) s. 52

⁴⁵ Nergård og Nergård, Masteroppgave, s. 11

Standardens sentrale stilling som uttrykk for deklarasjonsrett innenfor entrepriseretten⁴⁶ gjør at det vil være mest naturlig å behandle entrepriseretten i sammenheng med de lovfestede kontraktstypene.

Etter NS 8405 punkt 36.5 er entreprenøren ansvar på grunnlag av culpa for utbedringskostnader som følge av mangel, mens det kreves grov uaktsomhet for andre tap som følge av mangler. For forsinkelser opererer standarden med fristforlengelse etter kontrollansvarsreglene i pkt. 24.3, tilsvarende bustadoppføringslova § 11. Dette innebærer at også her, etter bestemmelsen i pkt. 24.3 andre ledd sin ordlyd, er det tilstrekkelig for utsettelse at kontraktshjelperen er rammet av en hindring som oppfylder vilkårene til hindringsfritak.

Spørsmålet er dermed om denne regelen skal forstås som en regel om dobbelt force majeure. Spørsmålet er nærmere drøftet av Nergård og Nergård i en masteroppgave om kontrollansvar i entrepriseretten.⁴⁷

Nergård og Nergård påpeker at vilkåret i juridisk teori av blant andre Hagstrøm, er ansett å innebære et krav om dobbelt force majeure. De kommer likevel til at det her ikke gjelder et slikt krav. Konklusjonen begrunnes med at ordlyden i NS er lik regelen i bustadoppføringsloven, og at de samme hensynene som er trukket frem i lovens forarbeider gjør seg gjeldene ellers i entrepriseretten. Jeg slutter meg her til Nergård og Nergårds resonnement nøytrale meg med å henvise til deres masteroppgave for en mer utfyllende behandling av kontrollansvaret innen entrepriseretten.

3.7 Forbrukerkjøp

I forbrukerkjøpsloven har man gjennomført kontrollansvarsreglene for forsinkelser i § 24. I forarbeidene er drøftelsen om kontrollansvar i forbrukerkjøp i hovedsak et spørsmål om å enten velge kjøpslovens kontrollansvar, eller å innføre et rent objektivt ansvar for erstatning.⁴⁸ For forsinkelsestilfellene konkluderes det med at et rent objektivt ansvar vil være for strengt slik at man derfor må falle ned på reglene om kontrollansvar.

Det er ikke drøftet om kontrollansvarsregelen vil få et annet innhold ved anvendelse på forbrukerkjøp, og man må følgelig legge til grunn at den må tolkes likt som kjøpslovens regel.

Ansvar for mangel etter § 33 er som følger: ”Forbrukeren kan kreve erstatning for tap han eller hun lider som følge av at tingen har en mangel”. Ansvaret er følgelig rent objektivt.

Valget av et objektivt ansvar for mangler er interessant, særlig i lys av begrunnelsen i forarbeidene. Et moment som fremheves i forarbeidene er at kontrollansvar for mangler ligger

⁴⁶ Hov, Kontraktsrett II s. 42

⁴⁷ Nergård og Nergård, Masteroppgave

⁴⁸ NOU 1993: 27 s. 92, med tilslutning fra departementet i Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 140

tett opp mot et rent objektivt ansvar.⁴⁹ Dette fordi det er lite praktisk at en mangel ved ens eget produkt faller utenfor rammen av realdebitors kontrollsfære.

Begrunnelsen for det objektive ansvaret i forbrukerkjøp harmonerer med resultatet i agurkpinnedommen hvor vi har sett at Høyesterett legger til grunn at kontrollsfæren for mangler er svært vidtrekkende.

Videre legges det vekt på retts tekniske hensyn i den forstand at et objektivt ansvar er enklere å forholde seg till en kontrollansvaret. Dette særlig med henvisning til at kontrollansvarsreglene er kompliserte, og da særlig for lekfolk.

Begrunnelsen for å velge objektivt ansvar for mangler i stedet for kontrollansvar, er neppe forankret i typiske forbrukerhensyn. Det sentrale i begrunnelsen for det objektive ansvar, er som nevnt over at en rent objektiv ansvarsregel ikke innebærer noen stor realitetsforskjell fra kontrollansvar for mangler. Man oppnår dermed en regel som er enkel og praktisk å forholde seg til. Dette er momenter som ikke gjelder for forbrukerkjøp spesielt, men er også relevant i kjøp hvor kjøper er næringsdrivende. Begrunnelsen får imidlertid særlig tyngde for forbrukerforhold fordi det her er et særlig behov for enkle og klare regler slik at forbrukere enkelt kan forstå sin egen rettsstilling.

Selv om begrunnelsen for å velge en objektiv ansvarsregel i forbrukerkjøpsloven er overførbar til andre kontraktstyper, vil det føre for langt å vurdere om regelen av den grunn kan gis virkning utenfor sitt alminnelige virkeområde. Etersom forbrukerkjøpslovens forarbeider er av nyere dato (2001-2002) kan det imidlertid tenkes at fkjl. innebærer starten på en utvikling i retning av et objektiv mangelansvar innen obligasjonsretten.

En annen interessant omstendighet er at det objektive ansvaret for mangler ikke er avgrenset til bare å gjelde direkte tap jf. fkjl. § 52, slik kontrollansvaret i kjøpsloven er jf. kjl. § 27 fjerde ledd. Ansvar for mangler etter forbrukerkjøpsloven er således både strengere og mer vidtrekkende enn den tilsvarende regelen i kjl. § 40 jf. § 27.

Forarbeidene vektlegger i den forbindelse at indirekte tap normalt vil ha mindre betydning ettersom løsøre solgt som forbrukerkjøp normalt ikke vil lede til den type tap som man ser i næringskjøp hvor mangler kan lede til tap av omsetning hos den som opptrer som kjøper i næring. Ved å innføre en regel om objektivt ansvar både for direkte og indirekte tap, unngår man vanskelige grensdragninger mellom ulike tap og ulike ansvarsgrunnlag. Forbrukerkjøpslovens regel om objektivt mangelansvar også for indirekte tap, må følgelig anses å være begrunnet med forbrukerkjøpets særegne karakter.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 140

4 Del IV Ulovfestet kontraktsrett

4.1 Innledning

Ulovfestede regler om kontrollansvar er omdiskutert i teorien og ville innebære en betydelig omstilling i rettstilstanden. Kjøpsloven av 1988 forlot de tidligere reglene om culpa og objektivt ansvar og innførte kontrollansvaret uten å sondre mellom genus- og specieytelser. Det sentrale spørsmålet i del IV er hvilken betydning innføringen av kontrollansvar i kontraktslovgivningen har for gjeldene ulovfestede kontraktsrett.

4.2 Analogi eller induksjon

For å kunne anvende kontrollansvaret på andre kontraktstyper enn de som omfattes av lovverket, må det rettskildemessig kunne forankres. Ved anvendelse av kontrollansvarsregelen utenfor de rettsområder som de ulike kontraktslovene regulerer, er det to metoder som er naturlig å benytte; analogi eller induksjon.

Ved induksjon tas det utgangspunkt i de ulike lovhjemler som gjennomfører en bestemt regel, og vurderer om disse indikerer et underliggende prinsipp med samme innhold. I spørsmålet om kontrollansvar på ulovfestede område blir da vurderingen om de lovfestede reglene om kontrollansvar totalt sett kan tolkes som et uttrykk for at kontrollansvaret gjelder som et obligasjonsrettslig prinsipp som gjelder også på ulovfestede område.

En annen måte å gi kontrollansvaret anvendelse på er å gi en bestemt lovregel analogisk anvendelse på et typetilfelle som rettslig sett ligner på det som allerede reguleres av lovregelen. Det sentrale i vurderingen av om en regel kan gis analogisk anvendelse er om det foreligger faktisk og rettslig likhet mellom regelens virkeområde og det rettsspørsmålet som det er aktuelt å gi regelen analogisk virkning på. Videre er det sentralt om analogien gir en god regel.

Mikkelsen argumenterer for at analogi i denne forbindelse er mest skjønnsomt ettersom et induert ulovfestede prinsipp om kontrollansvar likevel må tilpasses og avgrenses som følge av særtrekk ved ulike kontraktstyper.⁵⁰ Dette på samme måte som lovgiver har avgrenset og nyansert regelen til de ulike lovregulerte kontraktstyper jf. del III. Han mener det da er lite vunnet ved å indusere ”alminnelige prinsipper” for ulike typetilfeller.

Jeg kan ikke si meg enig i Mikkelsens syn på at alternativet til analogier er å indusere flere ”alminnelige prinsipper”. Selv om regelen må tilpasses de ulike kontraktstypene betyr ikke det at det er snakk om ulike prinsipper. Det er liten tvil om at kontrollansvarsreglene slik de er utformet i ulike lovregler, inneholder en regel om kontrollansvar selv om de har ulike

⁵⁰ Mikkelsen, Hindringsfritak s. 248

tilpassninger til kontraktstypen de gjelder for. Den samme nyanseringen kan gjøres når man vurderer kontrollansvarets utbredelse på ulovfestet område.

I spørsmålet om lovreglene gir uttrykk for et underliggende obligasjonsrettslig prinsipp om kontrollansvar, må man ta utgangspunkt i regelens kjerne slik den går igjen i alle de lovfestede reglene. Kjernen utgjøres først og fremst av hovedregelen om et objektivt ansvar, med den tilhørende fritaksregelen for hindringer utenfor ens kontroll. Også de øvrige vilkårene i kjl. § 27 første ledd utgjør en naturlig og nødvendig del av kontrollansvaret og må således anses som en del av kjernen. Det er følgelig ikke et spørsmål om å indusere ulike ”alminnelige prinsipper” slik Mikkelsen beskriver det, men snarere et spørsmål om å indusere ett prinsipp som svarer til kjernen i kontrollansvarsregelen. Selv om regelen tilpasses ulike kontraktstyper vil ikke dette medføre at man opererer med flere prinsipper, men derimot ulike uttrykk for ett og samme underliggende prinsipp.

Videre er det et poeng at analogi som metode innebærer at man tar utgangspunkt i at kontrollansvaret ikke gjelder som ulovfestet prinsipp, men at reglene likevel kan komme til anvendelse på grunnlag av analogislutninger. Dette til forskjell fra induksjon som handler om å etablere kontrollansvaret som obligasjonsrettslig prinsipp, og dermed gjøre kontrollansvaret til hovedregel. Fordelen med å etablere et obligasjonsrettslig prinsipp, snarere enn å slå fast en rekke enkeltregler et at et prinsipp er enklere å forholde seg til. Dersom man senere møter spørsmålet om ansvarsgrunnlag for en avtaletype man ikke tidligere har vurdert, kan man legge prinsippet til grunn så fremt ikke dette klart vil være i strid med andre rettskilder eller reelle hensyn. Det man oppnår ved å indusere et prinsipp er således noe annet og i denne sammenheng et bedre resultat enn det man oppnår med å analogisere ulike enkeltregler. Induksjon som metode vil derfor anvendes i det følgende.

4.3 Kontrollansvar som ulovfestet prinsipp

4.3.1 Utgangspunktet for vurderingen

Spørsmålet i det følgende er om det kan induseres et ulovfestet obligasjonsrettslig prinsipp om kontrollansvar.

Drøftelsen i del III har vist at utviklingen på lovfestet område er at kontrollansvaret nærmest unntaksvis er gjennomført i en rekke nye kontraktslover og er dermed blitt det helt sentrale utgangspunkt hva gjelder ansvarsgrunnlag for direkte tap som følge av realdebitors mislighold.

Hov uttaler i den forbindelse at når lovgivningen endres radikalt og jevnt i en retning bør dette få betydning for også ikke regulerte rettsområder.⁵¹ Hov synes her å legge til grunn at kontrollansvarets forankring i lovverket gir grunnlag for å indusere et ulovfestet prinsipp om kontrollansvar.

⁵¹ Hov, Kontraktsrett II s. 208

Jeg er enig i at den etablerte stillingen kontrollansvaret har fått i lovverket gir en sterk indikasjon på regelen er generell gyldighet. Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt for en bredere totalvurdering.

Et annet moment i vurderingen er forholdet til det bestående regelverket på ulovfestet område. Ved å gi kontrollansvaret virkning her, setter man samtidig den tidligere rettstilstanden til side. Hensynene som taler å innføre kontrollansvaret som generell regel må veies opp mot ulempene med å gå bort fra en etablert rettstilstand. Dette er tema for den videre drøftelsen.

4.3.2 Genusytelser

Kontrollansvaret har klare likhetstrekk med det tidligere objektive ansvaret med unntak for force majeure, som gjaldt for genusytelser etter 1907 loven. Denne ansvarsformen var ansett som et ulovfestet prinsipp for genusytelser. I likhet med det tidligere ansvaret som gjaldt for genusytelser, tar også kontrollansvaret utgangspunkt i et objektivt ansvar med et hindringsfritak. Kjøpslovens krav om at hindringen må være av ekstraordinær karakter, samsvarer med det som tradisjonelt har kjennetegnet force majeure-begivenhetene.⁵² Kontrollvilkåret er en nyskapning, men innebærer kun en modifisering av fritaksregelen, uten at ansvarsformen av den grunn er veldig forskjellig. Ettersom avtaler om genusforpliktelser tradisjonelt har vært regulert av en ansvarsform med klare likhetstrekk til kontrollansvaret, innebærer overgangen neppe noen stor materiell endring.⁵³

Regelen er slik Hagstrøm skriver "...neppe enhetlig og fullstendig fasttømret"⁵⁴ Hagstrøm fremhever i denne sammenheng at ansvaret for genusytelser har blitt fraveket i kontraktspraksis, hvor tendensen har vært en mer er lempelig praksis overfor realdebitor. Innføringen av kontrollansvaret for genusytelser fremstår av den grunn som et naturlig ledd i rettsutviklingen. Det er således liten grunn til å holde på den tradisjonelle læren om objektivt ansvar med unntak for force majeure for genusforpliktelser.

Et slikt standpunkt er i samsvar med mindretallets votum i Rt. 2008 s. 537. Saken gjaldt en øyeleges krav mot sitt forsikringsselskap, for dekning av legens ansvar overfor sine pasienter som følge av at han hadde operert inn kunstige øyelinser, som viste seg å være mangelfulle.

Flertallet av tre dommere avgjorde saken på grunnlag av at forsikringsavtalen var begrenset til å dekke det ansvar som legen personlig kunne pådra seg i forbindelse med sin legevirkosomhet. Ettersom en eventuell erstatningsplikt overfor pasientene lå hos legevirkosomheten som var et eget rettssubjekt, ble kravet ikke ansett å være dekningsmessig under den aktuelle forsikringsavtalen.

Mindretallet, dommer Skoghøy og Matningsdal, la imidlertid til grunn at forsikringsavtalen dekket selskapets ansvar overfor pasientene, og det var således et sentralt spørsmål om selskapet var erstatningsansvarlig på grunnlag av kontrollansvar. Ytelsen som var levert

⁵² Hagstrøm, Kjøpsrett s.155 flg

⁵³ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 503

⁵⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 502

bestod i innoperering av kunstige øyelinser, og mindretallet fant det her naturlig å skille mellom den del av ytelsen som utgjorde selve øyelinsen, og operasjonen. Operasjonen er en tjeneste, mens linsene derimot ble ansett som en genusytelse. Mindretallet legger i avsnitt 58 til grunn at det gjelder et kontrollansvar for genusytelser på ulovfestet grunnlag, med den konsekvens at legevirkosomheten etter mindretallets oppfatning ville være ansvarlig for kostnader med å bytte ut de mangelfulle linsene.

Standpunktet er som sagt hentet fra mindretallets uttalelser slik de ikke kan tillegges betydelig rettskildemessig vekt. Det må imidlertid poengteres at flertallet ikke tok standpunkt til spørsmålet om kontrollansvar på ulovfestet område, men avgjorde saken på annet grunnlag. Mindretallets votum kan således tolkes som en indikasjon på at Høyesterett, på ulovfestet grunnlag, er åpen for å legge kontrollansvar for genusytelser til grunn.

4.3.3 Specieytelser

Større uklarhet er det imidlertid om hva som nå gjelder for avtaler om specieytelser på ulovfestet område. Spørsmålet er om man det på ulovfestet område kan supplere culperegelen med et kontrollansvar. Culpaansvaret omfatter som tidligere nevnt både direkte og indirekte tapposter, mens kontrollansvaret er begrenset til det direkte tap.

Også her er den overnevnte dommen i Rt. 2008 s. 537 av interesse. Mindretallet uttaler i avsnitt 58 at kontrollansvar på ulovfestet område bare er aktuelt for genusytelser. Dommer Skoghøy henviser i denne sammenheng til Hagstrøms uttalelser om kontrollansvar på ulovfestet område:⁵⁵

” Dersom det ikke finnes særlig lovregulering, må ordningen med kontrollansvar også gjelde utenfor kjøpslovgivningens område, men slik at den på ulovfestet grunnlag bare (min understrekning) gjelder for generisk bestemte forpliktelser, se Hagstrøm, op.cit. side 502 ff.

Jeg kan imidlertid ikke slutte meg til en slik tolkning av Hagstrøm på dette punkt. I fortsettelsen av at Hagstrøm legger til grunn at kontrollansvaret har tatt over som ansvarsgrunnlag for genusytelser på ulovfestet område, skriver han på s. 503 følgende:

”Men antagelig kan man ikke stoppe her – rettsutviklingen synes å ha tatt en *ny retning* ved innføring av kontrollansvar for typiske specieforpliktelser, eksempelvis husleieloven § 2-13”⁵⁶

Videre viser han til elektronisk baserte tjenester som eksempel på en specieytelse som kan være underlagt et ulovfestet kontrollansvar.

Ettersom saksforholdet i dommen gjaldt en genusytelse, vil mindretallets uttalelse om kontrollansvar for specieytelser være et obiter dictum, hvilket ytterligere svekker den rettskildemessige vekten av standpunktet. Mindretallets uttalelser i denne sammenheng kan således ikke tillegges vekt av betydning.

⁵⁵ Rt. 2008 s. 537 avsnitt 58, med videre henvisning.

⁵⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 504.

Et moment som taler for å legge kontrollansvar til grunn på ulovfestet område også for specieytelser, er at en ulik regel for genus- og specieytelser medfører at man opprettholder sontringen mellom de to typene av ytelser, som undertiden kan være vanskelig.

Problematikken kan eksemplifiseres med utgangspunkt i en fiolin som realytelse. Hvis man legger til grunn at fiolinen er unik, må den klart anses som en specieytelse. Dette fordi en unik fiolin er definert ved sine spesielle egenskaper, og dermed ikke kan erstattes av noen annen fiolin. Hvis fiolinen avtalen gjelder derimot ikke er unik, men av en serie i et eksklusivt merke som ikke lenger produseres, og som i liten grad omsettes på brukmarkedet, blir vurderingen vanskelig. Er dette en specie- eller en halvgenerisk ytelse? Problemstillingen illustrerer hvordan den tidligere rettstilstanden opererte med ulike ansvarsgrunnlag avhengig av ytelsens karakter nødvendiggjorde til dels vanskelige vurderinger som er retts teknisk uheldige. Dersom man velger å se kontrollansvar som generell hovedregel slipper man å opprettholde denne sontringen. Retts tekniske hensyn kan derfor underbygge kontrollansvaret som et ulovfestet prinsipp.

Det kan videre hevdes at når lovgiver har innført kontrollansvaret uten å sonde mellom genus- og specieytelser så har lovgiver samtidig inntatt det standpunkt at det er uhensiktsmessig å opprettholde ordningen med et eget culpaansvar for specieytelser. Dernest at kontrollansvar også passer for avtaler om specieytelser.

Vedtaket av kjøpsloven i seg selv er neppe et tungtveiende argument i denne retning. Dette fordi kjøpsloven med sin bakgrunn i CISG utgjør et kompromiss mellom en rekke traktatstater, hvor formålet med den var å oppnå en felles regulering av internasjonale avtaler om løsørekjøp. Ved utformingen kjøpsloven, vektla lovgiver Norges forpliktelser etter traktaten. Slike hensyn gjør seg ikke gjeldene ellers i obligasjonsretten. Det er dermed ingen automatikk i at obligasjonsretten for øvrig skal harmoniseres etter kjøpsloven. Den etterfølgende lovgivningsprosessen understreker imidlertid at kontrollansvaret gir en god regel også for specieytelser, ettersom man har innført ansvarsgrunnlaget for en rekke avtaletyper som gjelder slike ytelser, for eksempel husleieavtaler, pakkereiser og boligkjøp. Etter vedtakelsen av håndverkertjenesteloven er også tjenester nå omfattet av kontrollansvaret.

Min konklusjon er at det antagelig er grunnlag for å oppstille kontrollansvar som et ulovfestet obligasjonsrettslig prinsipp, uavhengig av om ytelsen er en genus eller specieytelse.

4.4 Avgrensning og tilpasning av prinsippet

Jeg har over kommet frem til at det er grunnlag for å oppstille et ulovfestet prinsipp om kontrollansvar. Innholdet i prinsippet svarer til kjernen i kontrollansvarsregelen slik den kommer til uttrykk i kjl. § 27 første ledd. Som drøftelsen over har vist har kontrollansvaret et noe varierende innhold på lovfestet område, hvor det særlig er forståelsen av kontrollvilkåret som er forskjellig. En tilsvarende differensiering av regelen må gjøres på ulovfestet område. Det er også aktuelt å vurdere om prinsippet må avgrenses mot bestemte avtaletyper.

Som drøftelsen i del III har vist, har kjøpsloven på mange måter har vært rettesnor for utviklingen på lovfestet område, blant annet ved at nyere lover nøyer seg med å vise til kjøpslovens forarbeider for forståelsen av kontrollansvaret. Ved løsørekjøp er årsaksperspektivet den klare hovedregel, og det er dermed å anse dette som utgangspunkt ved anvendelsen av kontrollansvaret for ulovfestede kontraktstyper. For andre kontraktstyper er ikke dette like klart og det kan være aktuelt å legge påvirkningsperspektivet til grunn i avtaler hvor realdebitor opptrer som privatperson.

4.5 Privatperson som realdebitor

Som jeg var inne på i del III har lovgiver i tomtfesteloven valgt presumsjonsansvar i stedet for kontrollansvar. Begrunnelsen er at kontrollansvarsregelen i denne sammenhengen ville være for streng. Dette i hovedsak fordi bortfesteren vanligvis er en privatperson, og fordi mangler ved festetomter normalt følger av grunnforholdene, hvilket vil være vanskelig for realdebitor å kjenne til.

Videre følger det implisitt av avhendingslovas forarbeider at kontrollansvarsregelen i avhendingslova må tolkes ut fra et påvirkningsperspektiv. Og som allerede nevnt er det lagt til grunn i teorien⁵⁷ at dette er begrunnet med at selger av fast eiendom veldig ofte er en privatperson.

Spørsmålet er hvilken betydning dette får for anvendelsen av kontrollansvaret på ulovfestede avtale typer hvor realdebitor opptrer som privatperson.

Ettersom kontrollansvaret utspringer fra kjøpsretten, er det naturlig å se avarter av kjøpsrettens regler som positivrettslige. Dette tilsier at det er kontrollansvaret slik det er lagt til grunn i kjøpsretten som kan anvendes på ulovfestet område. Når kjøpsloven ikke sonderer mellom privat eller næringsdrivende realdebitor er det heller ikke grunnlag for å gjøre det ved anvendelse av kontrollansvar på ulovfestet område.

Problemstillingen er lite praktisk i forhold til spørsmålet om ansvar ved bruk av kontraktshjelper, og den vil følgelig ikke drøftes nærmere. Konklusjonen må være at kontrollansvaret er hovedregelen også når selger opptrer som privatperson.

4.6 Personlige- og innsatsforpliktelser

Avtaler om innsatsforpliktelser synes å være et eksempel på avtaler hvor kontrollansvarsregelen ikke passer, slik at man derfor må avgrense prinsippet mot slike avtaler.

Personlige forpliktelser vil som hovedregel være innsatsforpliktelser fordi det sentrale formålet med å gjøre en forpliktelse er nettopp at den forpliktete har personlige egenskaper

⁵⁷ Mikkelsen, Hindringsfritak s. 240

som er nødvendige for å oppnå ønsket resultat. Ytelsesplikten er følgelig å anvende sine evner innenfor rammen av en handlingsnorm, men uten plikt til et bestemt resultat. Forpliktelsen får av den grunn karakter av å være en innsatsforpliktelse.

Innsatsforpliktelse vil typisk være en musikers opptreden eller ytelse fra en gartner. Grunnen til at kontrollansvaret passer dårlig på slike avtaler er at det ikke foreligger en bestemt resultatforpliktelse. En forutsetning for at det i hele tatt skal foreligge mislighold er at realdebitor har utvist culpa.⁵⁸ Sagt på en annen måte vil realdebitor aldri kunne bli erstatningsansvarlig hvis han har utført oppdraget i tråd med den rolleforventning som gjelder overfor han, selv om resultatet av hans innsats er verdiløst for realkreditor. Det spiller da heller ingen rolle om årsaken til det dårlige resultatet lå innenfor realdebitors kontroll, og de andre vilkårene for kontrollansvar er oppfylt. Så lenge realdebitor har gjort det som i sin alminnelighet kan kreves foreligger det ikke mislighold og det er da også meningsløst å operere med et strengere ansvarsgrunnlag enn culpa.

En annen sak er det at culpavurderingen i forhold til en næringsdrivende må foretas etter en streng profesjonsnorm slik at forskjellen mellom culpa og kontrollansvar i realiteten kan bli svært liten.

4.7 Ulovfestet kontrollansvarsregel om dobbelt force majeure?

Neste spørsmål er om regelen om dobbelt force majeure slik den fremgår av kjl. § 27 andre ledd, første punktum også gjelder på ulovfestet grunnlag.

Det fremstår som klart at kjl. § 27 andre ledd andre punktum, som gir regelen om dobbelt force majeure virkning for ”noe annet salgslodd”, ikke har virkning på ulovfestet grunnlag. Som allerede nevnt er dette et særtrekk for lovene om løsørekjøp, og er derfor en ”ensom svale”. Dette er også en utvidelse av regelen i forhold til CISG art. 79. Utviklingen på lovfestet område tilsier at lovgiver har tatt avstand fra å videreføre denne delen av kjøpslovens kontrollansvarsregel. Det kan da heller ikke være skjønnsomt å gi regelen et slikt utvidet omfang på ulovfestet område.

Mer interessant er spørsmålet om regelen om dobbelt force majeure for øvrig kan gis anvendelse på ulovfestet grunnlag. Alternativene er enten å se bort fra tilleggsregelen i sin helhet, eller å gjennomføre den med tilsvarende begrensning slik vi har sett i bustadoppføringslova.

Det må her legges vekt på i hvilken grad regelen om dobbelt force majeure er gjennomført som en del av kontrollansvaret i lovverket. Den klare hovedregel er at kjøpslovens regel om kontrollansvar er gjennomført med tilhørende andre ledd og dobbelt force majeure. Det er imidlertid gjort unntak fra regelen i bustadoppføringslova. Sett bort fra unntakene, er

⁵⁸ Mikkelsen, Hindringsfritak s. 249

lovgivningens konsistens på dette punkt, et argument for at det er tale om en naturlig tilleggsregel til kjerneregelen om kontrollansvar.

Videre må regelen sees i lys av det ulovfestede prinsippet om identifikasjon med kontraktshjelper. Som nevnt under punkt 2.3.8 er regelen om dobbelt force majeure helt nødvendig av hensyn til at realkreditors rettstilling ikke skal svekkes som følge av realdebitors bruk av kontraktshjelper.

Konklusjonen er følgelig at man må legge til grunn som utgangspunkt at tilleggsregelen om dobbelt force majeure slik den fremgår av kjl. § 27 andre ledd er en naturlig del av kontrollansvaret på ulovfestet område. Dette med unntak av ”den ensomme svale” i kjl. § 27 andre ledd, andre punktum.

5 Del V Kilder

5.1 Litteratur

Forkortelse

Krüger, Kontraktsrett

Krüger, Hindringsansvar

Hagstrøm, Obligasjonsrett

Krüger, Kjøpsrett

Hov, Kontraktsrett II

Martinussen, Kjøpsrett

Hagstrøm, Kjøpsrett

Hagstrøm 1995

Fullstendig henvisning

Krüger, Kai, Norsk Kontraktsrett, 2. Opplag, Bergen 1991.

Krüger, Kai, Hindringsansvar – ny kontraktsrettslig ansvarsfigur? Jussens Venner 1992 s 337

Hagstrøm, Viggo, Obligasjonsrett 4. Utg. Oslo 2002

Krüger, Kai, Kjøpsrett, 4. Utg. Eksnes 1998

Hov, Jo, Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett II, 3. Utg. Oslo 2007

Martinussen, Roald, Kjøpsrett, 6. Utg. Stavanger 2012

Hagstrøm, Viggo, Kjøpsrett, Oslo 2005

Hagstrøm, kjøpsrettskonvensjon, norsk kjøpslov og internasjonal rettsenhet, Tfr. 1995 s 561

Torvund, Kjøpsrett-podcast	Torvund, Olav, Forelesninger i kjøpsrett, podcast: https://itunes.apple.com/podcast/olav-torvund-kj-psrett/id292027205?mt=2
Gisle, Jusleksikon	Giske, Jon, Jusleksikon, 4. Utg. Drammen 2010.
Tallon i Biancha-Bonell	Bianca, C.M. og Bonell, M.J. (ed.): Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention, Milano 1987.
Bergem & Rognlien	Berglien, John Egil og Rognlien, Stein, Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp, kommentar, 2. Utg. Oslo 1995
Gomar-Rechnagel	Gomar, Bernard & Rechnagel, Hardy, Internasjonal Købelov, København 1990
Mikkelsen, Hindringsfritak	Mikkelsen, Anders M, Hindringsfritak, 1. Utg. Oslo 2011
Nergård og Nergård, Masteroppgave, s. 11	Nergård, Heidi og Nergård, Britt Fristforlengelse i entrepriseretten; særlig om kontrollansvaret i NS 8405, Tromsø 2009

5.2 Forarbeider

Forkortelse

Ot. Prp. Nr. 80 (1986-87)

Fullstendig henvisning

Ot.prp.nr.80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980

NU 1984: 5

NU 1984: 5 Den nordiske
kjøpslovsutredningen.

Ot. Prp. Nr. 66 (1990-1991)

Ot.prp.nr.66 (1990-1991) Avhending av
fast eigedom (avhendingslova)

NOU 1993: 29

NOU-1993-29. Rådsegn 15 – Ny lov om
tomtefeste

Ot.prp. nr. 21 (1996-97)

Ot.prp.nr.21 (1996-1997) Avtalar med
forbrukar om oppføring av ny bustad
m.m (bustadoppføringslova)

NOU 1993: 27

NOU-1993-27. Forbrukerkjøpslov

Ot.prp. nr. 44 (2001-2002)

Ot.prp.nr.44 (2001-2002) Forbrukerkjøp
(forbrukerkjøpsloven)