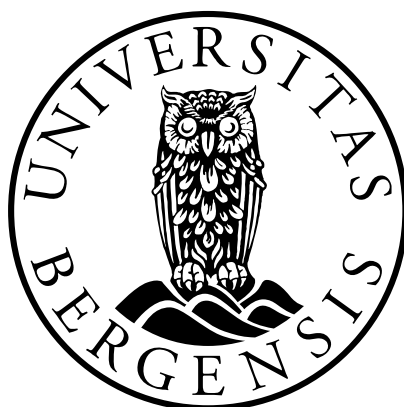


Forbrukerens rett til retting og omlevering

Kandidatnummer: 48

Antall ord: 14969



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

1	Innledning.....	2
1.1	Tema.....	2
1.2	Avgrensning.....	3
1.3	Struktur og oppbygging.....	4
1.4	Rettskildebilde.....	4
1.5	Bakgrunnen for forbrukervernet.....	6
1.6	Terminologi og begrepsavklaring.....	8
1.6.1	Forbrukerkjøp.....	8
1.6.2	Avhjelp.....	10
1.6.3	Mangelsbegrepet.....	10
1.7	Avhjelp sammenlignet med andre misligholdsbeføyelser.....	11
2	Forbrukerens rett til avhjelp.....	13
2.1	Kjøperens krav på retting og omlevering.....	13
2.2	Selgerens plikt til å sørge for retting.....	14
2.2.1	Retting av følgeskader på salgstingen som skyldes mangelen.....	14
2.2.2	Retting av følgeskader på salgstingen som skyldes forbrukerens egen forsømmelse.....	17
2.2.3	Retting av ikke-reklamerte mangler.....	19
2.2.4	Retting av uriktige opplysninger.....	21
2.3	Selgerens plikt til å sørge for omlevering.....	23
2.3.1	Grensen mellom omlevering og nytt kjøp.....	24
2.3.2	Oml levering av brukte varer.....	24
2.3.3	Oml levering av dyr.....	25
2.4	Forbrukerens medvirkningsplikt ved avhjelp.....	26
2.5	Konsekvensene av at forbrukeren fremmer et krav om avhjelp.....	27
2.6	Risikoen for tap og skade på salgstingen under avhjelp.....	30
3	Unntaket fra forbrukerens krav på retting og omlevering.....	33
3.1	Tolkning av forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd etter Støvelettdommen.....	33
3.2	Avhjelp er ”umulig”.....	35
3.3	Retting er “umulig”.....	36
3.4	Oml levering er ”umulig”.....	36
3.4.1	Oml levering med bedre salgsting.....	37
3.5	Avhjelp volder selgeren ”urimelige kostnader”.....	40
3.5.1	Kostnadene – utgangspunktet for vurderingen.....	41
3.5.2	Mangelfri salgsting.....	43
3.5.3	Mangelens betydning.....	43
3.5.4	Andre beføyelser som sammenligningsgrunnlag.....	44
3.6	Dekning av transportutgifter.....	45
4	Oppsummering og avsluttende betraktninger.....	47
	Litteraturliste.....	48

1 Innledning

1.1 Tema

Oppgavens tema er forbrukerens krav på retting og omlevering (avhjelp) når det foreligger en mangel ved varen.¹

En forbruker kan kreve misligholdsbeføyelsene, retting og omlevering, prisavslag, heving, erstatning og tilbakeholdsrett, når salgstingen har en mangel, jf. forbrukerkjøpsloven §26. Det er en forutsetning at den kjøpsrettslige mangelen ikke skyldes forbrukeren selv eller forhold på hans side.

Forbrukerkjøpsloven §29 bruker ordet avhjelp i overskriften og begrepet er dermed en fellesbetegnelse på retting og omlevering. Forbrukeren har en rett etter bestemmelsen til å velge mellom retting og omlevering når avhjelp skal foretas, men på visse vilkår. Formålet med retting og omlevering er å få varen i samsvar med det som er avtalt mellom selger og forbruker, jf. forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.1.

Prinsippet om at avtaler skal holdes er lovfestet i norsk rett, jf. Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15.april 1687 art. 5-1-1. Retten til avhjelp kan dermed sees som et utslag av prinsippet. En forbruker har rett til å kreve retting eller omlevering hvis selgeren ikke oppfyller i samsvar med avtalen.

Avhjelp kan anses for å være en "forlengelse" av retten til naturaloppfyllelse. I norsk rett har man som utgangspunkt en rett til å kreve naturaloppfyllelse ved forsinket levering.² Dette gjelder både pengeytelser og realytelser. Hvor praktisk det er å kreve oppfyllelse vil avhenge av ytelsens karakter, om den er genus- eller spesialytelse. En rett til oppfyllelse kan ikke kreves om det praktisk er umulig eller om oppfyllelse vil medføre en stor ulempe eller kostnad for selgeren, jf. forbrukerkjøpsloven §21. Den samme retten gjør seg gjeldene for retting og omlevering fordi forbrukeren kan fastholde kjøpet og kreve at selgeren oppfyller avtalen gjennom retting eller omlevering.

¹Lov 21.juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp

²Forbrukerkjøpsloven §21 første ledd, kjøpsloven §23 (1), lov 16.juni 1989 nr.63 om håndverktjenster m.m for forbrukere §14(1)

1.2 Avgrensning

Oppgaven avgrenses til å omhandle misligholdsbeføyelsene, retting og omlevering. De øvrige misligholdsbeføyelsene vil bare belyse retting og omlevering.

Retting og omlevering vil bli behandlet hver for seg. Spørsmålet om begrensninger i valgetten vil bli behandlet avslutningsvis, men temaet blir ikke behandlet i sin fulle bredde.

Oppgaven avgrenses til å omhandle forbrukerens rett til avhjelp. I forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd står det at ”selv om forbrukeren verken krever retting eller omlevering etter loven, kan selgeren tilby retting eller omlevering dersom dette skjer uten opphold. Dersom selgeren sørger for slik retting eller omlevering i samsvar med loven, kan forbrukeren ikke kreve prisavslag eller heving.”³ Dette er selgerens rett til å tilby retting eller omlevering uavhengig om forbrukeren krever dette – den defensive avhjelpsretten. Forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd vil kun bli omtalt for å belyse forbrukerens rett til avhjelp.

Det er som oftest selgerens defensive avhjelpsrett som kommer opp i praksis. Jeg anser det likevel som hensiktsmessig å belyse forbrukerens rett på avhjelp. Dette særlig fordi forbrukerens rett til andre misligholdsbeføyelser, som prisavslag og heving, ikke kan gjøres gjeldene om selgeren påberoper seg retten til avhjelp etter forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd. Spørsmålet er lite behandlet i juridisk teori og kommer sjelden opp for domstolene. Forbrukerens rett til avhjelp kan settes på spissen i tilfeller hvor en forbruker har et ønske om retting eller omlevering fordi vedkommende selger er den eneste som tilbyr den aktuelle salgstingen. Retting eller omlevering kan også settes på spissen der selgeren tilbyr en salgsting som forbrukeren sterkt ønsker, slik at andre misligholdsbeføyelser ikke er ønskelig.

Til slutt avgrenses oppgaven til å ikke omhandle gjennomføring av avhjelp etter forbrukerkjøpsloven §30. Bestemmelsen er kun nevnt for å belyse forbrukerens rett til avhjelp.

³Forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd

1.3 Struktur og oppbygging

Oppgaven er delt i fire kapitler. Oppgavens første kapittel inneholder en redegjørelse for rettskilder og valg av materiale i oppgaven. Videre tar kapitlet for seg bakgrunnen for forbrukerkjøpsloven og fremveksten av forbrukervernet. Kapitlet inneholder så en begrepsavklaring av ”forbruker”, ”forbrukerkjøp”, ”avhjelp” og ”mangelsbegrepet”. Til slutt inneholder kapitlet en kort beskrivelse av avhjelp i relasjon til de andre misligholdsbeføyelsene. I kapittel to behandles forbrukerens rett til avhjelp etter forbrukerkjøpsloven §29 første ledd første punktum. Kapittel tre tar for seg unntak fra forbrukerens rett til avhjelp etter forbrukerkjøpsloven §29 første ledd annet punktum, jf. annet ledd. Oppgavens siste kapittel inneholder avsluttende betraktninger og en kort oppsummering

1.4 Rettskildebilde

I denne oppgaven vil lov og lovforarbeider være de sentrale rettskildene. Lovene som i størst grad er anvendt er lov 21. juni 2002 nr.34 om forbrukerkjøp (heretter forbrukerkjøpsloven) og lov 13.mai 1988 nr. 27 om kjøp (heretter kjøpsloven). Lovforarbeider har stor rettskildemessig betydning ved lovtolkning. Forarbeidene viser hva lovgiver har ønsket å oppnå ved å innføre den aktuelle loven og de er dermed med på å klargjøre meningen med lovbestemmelsene. Ot.prp.nr.44 (2001-2002) og Ot.prp.nr.80 (1986-1987) står sentralt i oppgaven. Ot.prp.nr.44 (2001-2002) vil ha størst rettskildemessig verdi da forarbeidene kom i forbindelse med forbrukerkjøpsloven. Det er likevel verdt å merke seg at Ot.prp.nr.44 (2001-2002) til stadighet viser til Ot.prp.nr.80 (1986-1987). Når det er vist til Ot.prp.nr.80 (1986-1987) vil disse forarbeidene anses for å ha like stor rettskildemessig verdi.

Et annet forarbeid som er benyttet er NOU 1993:27. Utredningen er forbrukerkjøpsutvalgets lovutkast til forbrukerkjøpsloven. Forarbeidet har en viss relevans, men det påpekes at arbeidet kom før forbrukerkjøpsdirektivet. Det samsvarer dermed i mindre grad med direktivet og Ot.prp.nr.44 (2001-2002).

Direktiv 99/44/EF (forbrukerkjøpsdirektivet) ble vedtatt 25.mai 1999 og innlemmet i EØS – avtalen 1.januar 2002. Norge er dermed folkerettslig forpliktet til å gjennomføre direktivet i

norsk rett. Direktivet har som formål å sikre at medlemsstatene har harmoniserende regler slik at det skal være enkelt for forbrukerne å handle i det indre marked.⁴ Forbrukerkjøpsloven gjennomfører direktivet i norsk rett. Det er lagt til grunn at norsk lov skal tolkes i overensstemmelse med direktivet, jf. presumpsjonsprinsippet. Særlig kapittel 1,4 og 6 i forbrukerkjøpsloven tar sikte på å gjennomføre forbrukerkjøpsdirektivet. Forbrukerkjøpsloven §§29 og 30 er en del av lovens kapittel 6 og forbrukerkjøpsdirektivet vil dermed være av vesentlige rettskildemessig betydning ved tolkning av forbrukerkjøpsloven.

Forbrukerkjøpsdirektivet er i sin helhet et minimumsdirektiv som setter en minstestandard for forbrukervern, jf. forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 8. Det vil si at direktivet ikke er til hinder for at Norge på områder som omfattes av dette, har regler som er strengere for å sikre et høyere forbrukervern. Forbrukerkjøpsdirektivet vil dermed ha stor rettskildemessig betydning der forbrukerkjøpsloven ikke oppfyller direktivets minstestandard eller der det er tvil om forbrukerkjøpsloven oppfyller direktivets bestemmelser.

Direktivet er gjennomført i norsk rett, jf. EØS –loven §2.⁵ Forbrukerkjøpsdirektivet vil dermed gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold hvis det oppstår motstrid, jf. EØS –loven art.2. Direktivets rettskildemessig verdi vil være større enn lovtekst og forarbeider, med mindre lovgiver bevisst har gitt regulering som er motstridende.

Det finnes lite høyesterettspraksis på forbrukerrettens området. Høyesterett avsa Rt.2006.179 (Støvelettdommen), som gjaldt tolkning av forbrukerkjøpsloven §29. Dommen er en av de få på område og vil dermed ha stor rettskildemessig verdi. Det er for det første avsagt få dommer av Høyesterett på området fordi loven er relativ ny. For det andre kommer forbrukerkjøp sjeldent til domstolene fordi verdiene kjøpene gjelder som regel er små i forhold til kostnadene ved en rettssak. Rettspraksis som knytter seg til andre kontraktslover kan ikke tillegges stor rettskildemessig verdi, men de kan være med på å belyse problemstillinger i forbrukerretten.

Det er vanlig at forbrukerkjøpsrettslige tvister blir avgjort i andre tvisteløsningsorganer, som forbrukertvistutvalget (FTU) - kalt forbrukerklageutvalget fra 01.03.17.⁶ Hvis FTUs vedtak "ikke blir brakt inn for tingretten, får de virkning som rettskraftig dom, og kan fullbyrdes etter

⁴Direktiv 99/44/EF artikkel 1 nr.1

⁵Lov 27.november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.(EØS-loven)

⁶Lov 17.februar 2017 nr. 2 om Forbrukerklageutvalget (forbrukerklageloven)

reglene for dommer.”⁷ FTUs vedtak er på denne måten gitt retts- og tvangskraft slik at de skiller seg fra vedtak fattet av andre eksisterende tvisteløsningsnemder på forbrukerrettens område. Det er ikke grunn til å legge rettskildemessig vekt på det resultatet FTU kommer til i den enkelte sak. Enkelte avgjørelser fra FTU vil bli benyttet i oppgaven for å illustrerer rettsreglene med praktiske eksempler, og for å belyse kjøpsrettslig argumentasjon. Hvis FTU gjennom en lenger tid har lagt seg på en bestemt linje i et prinsippsspørsmål vil domstolene legge en viss vekt på dette, jf. Rt.2007.1274 (Mobiltelefondommen) avsnitt 45.

Når det gjelder juridisk litteratur vil Arnulf Tverberg bok *forbrukerkjøpsloven med kommentarer 2008* i størst grad bli benyttet. Det finnes en rekke forfattere som berører regelen om avhjelp, men jeg anser Tverbergs bok for å være mest dekkende. Lærebøker har liten rettskildeværdi, men de kan tjene som argumentkilde. I denne fremstillingen har Tverberg særlig blitt anvendt som inspirasjonskilde til underproblemstillinger.

Svensk rett er benyttet i oppgaven. Den svenske forbrukerkjøpsloven (konsumentköplagen) kan tjene som eksempel fordi den gjennomfører forbrukerkjøpsdirektivet, og fordi det nordiske samarbeidet gjør at svensk rett tjente som eksempel under lovforslaget av den norske forbrukerkjøpsloven.

1.5 Bakgrunnen for forbrukervernet

Oppgaven vil fokusere på forbrukervernet og ta for seg forbrukerkjøpslovens regler om avhjelp. Jeg synes derfor det er hensiktsmessig å redegjøre for bakgrunnen til forbrukerkjøpsloven og hvorfor vi har et forbrukervern.

Norges første kjøpslov kom i 1907 etter et nordisk samarbeid for å få like kjøpslover i Danmark, Sverige og Norge. Loven bygget på regler som allerede var utviklet gjennom rettspraksis og handelslivets kontraktsbruk.⁸ Loven var deklatorisk.⁹ Kjøpsloven (1907) hadde opprinnelig ingen særregler for forbrukerkjøp. Lovens inndeling hadde ikke som rettspolitisk

⁷Forbrukerklageloven §7 femte ledd

⁸Selvig (2010) s.41

⁹Lov 24.mai 1907 nr. 2 om kjøb §1

formål å beskytte den svake part, men å skape klare regler for handelskjøpene slik at aktørene kunne forutberegne sin rettsstilling.¹⁰

Et lovgivertiltak til styrking av forbrukerinteressene var avbetalingsloven av 1916.¹¹ Loven var ikke formelt avgrenset til forbrukerforhold, men den hadde praktisk betydning på grunn av økende antall slike kjøp i etterkrigstiden.¹² Det var først ved kjøpslovreformen i 1974 at forbrukervernregler ble innført i kjøpsloven, og den ble gjort ufravikelig i forbrukerkjøp ved at det ikke kunne avtales eller gjøres gjeldene vilkår som var mindre gunstig for forbrukerkjøperen enn det som fulgte av loven.¹³

Da EFs forbrukerkjøpsdirektiv, 99/44/EF, nødvendiggjorde lovendring, valgte man å implementere direktivet i egen lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr.34. EF-direktivet er sterkt påvirket av CISG – traktaten, som er en internasjonal kjøpslov vedtatt i 1980.¹⁴ Det er dermed betydelig likhetstrekk mellom kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven.¹⁵

Forbrukerkjøpslovens bestemmelser om avhjelp gir et bedre forbrukervern sammenliknet med bestemmelsene om avhjelp i kjøpsloven.

Etter kjøpsloven §34 (2) er det et vilkår om at mangelen er ”vesentlig” for at kjøperen skal kunne kreve omlevering. Hvorvidt kontraktsbruddet er vesentlig må vurderes konkret. I vurderingen legges det vekt på mangelens faktiske betydning for kjøperen, objektiv sett.¹⁶ I vurderingen legges det også vekt på muligheten for å få avhjulpet mangelen på andre måter, som for eksempel ved retting.¹⁷ I forbrukerkjøpsloven §29 stilles det ikke krav til at mangelen er vesentlig. Terskelen er dermed lavere for at kjøperen kan kreve omlevering etter forbrukerkjøpsloven.

Retting etter kjøpsloven §34 (1) stiller ikke som vilkår at mangelen må være vesentlig, men hvis vilkårene i kjøpsloven §36 foreligger, kan selgeren alltid møte kravet om retting ved å foreta omlevering. Det vil si at kjøperens rett til kreve retting er mindre enn forbrukerens rett etter forbrukerkjøpsloven. I forbrukerkjøpsloven ”kan forbrukeren velge” mellom retting og

¹⁰Hagstrøm (2015) s.35

¹¹Krüger (1999) s.64

¹²Krüger (1999) s.64

¹³Lov 14.juni 1974 nr.36 §1a

¹⁴Hagstrøm (2015) s.36

¹⁵Hagstrøm (2015) s.36

¹⁶Ot.prp.nr.80 s.85

¹⁷Ot.prp.nr.80 s.85

omlevering, og denne retten kan ikke innsnevres med mindre gjennomføringen av kravet er ”umulig eller volder selgeren urimelige kostnader”.

1.6 Terminologi og begrepsavklaring

Oppgaven skal redegjøre for forbrukerens rett til retting og omlevering. Før redegjørelsen for gjeldene rett på dette området, skal det gis en innføring i oppgavens sentrale begreper.

1.6.1 Forbrukerkjøp

Forbrukerkjøp er i forbrukerkjøpslovens §1 annet ledd definert som ”salg av ting til en forbruker når selgeren eller selgerens representanter opptre i næringsvirksomhet”. For at det skal foreligge et forbrukerkjøp etter loven stilles det krav til både selgeren og kjøperen, samt til hva som selges.

Jeg vil først ta for meg kravene som stilles til selger. Deretter hvilke krav som stilles til kjøper for at han skal anses som en forbruker. Til slutt skal jeg redegjøre for hvilke krav som stilles til salgstingen.

Når det gjelder kravene som stilles til selgeren, er det avgjørende om ”selgeren ... opptre i næringsvirksomhet”.¹⁸

En naturlig språklig forståelse av ”næringsvirksomhet” er instanser som jobber for verdiskapning. ”Næringsvirksomhet” er i følge lovgiver definert slik at det ikke kreves at salgsvirksomheten er selgerens eneste beskjeftigelse eller hovedbeskjeftigelse.¹⁹ Det vil si at bestemmelsen også omfatter binæring, men det stilles som krav at binæringen er av et visst omfang.²⁰ Bestemmelsen tar ikke sikte på å omfatte personer som selger unna ting de for eksempel er lei. Det må imidlertid gå en grense der en person driver sin egen brukthandel. Selgerens virksomhet må normalt ha et visst preg av og drives systematisk, selv om det kan være nok at virksomheten er en ren binæring.²¹ Skjer salgsvirksomheten bare sporadisk, for

¹⁸Forbrukerkjøpsloven §1 annet ledd

¹⁹NOU 1993:27 s.113

²⁰NOU 1993:27 s.35

²¹Ot.prp.nr.25 s.23

eksempel ved ”home parties”, kan næringsvirksomheten likevel lett bli ansett som profesjonell hvis det står et profesjonelt salgsapparat bak selgeren.²²

Selv om selgeren ikke opptrer i næringsvirksomhet vil det foreligge forbrukerkjøp dersom ”selgerens representanter opptrer i næringsvirksomhet”, jf. forbrukerkjøpsloven §1 fjerde ledd. I NOU 1993:27 side 34 vises det til Ot.prp.nr.25 (1973-1974), hvor det står at særreglene om forbrukerkjøp vil gjelde dersom representanten opptrer som yrkesselger. Det står videre at den som på selgersiden opptrer direkte overfor kjøperen vil kunne ha profesjonelle fortrinn som begrunner den særlige forbrukerbeskyttelsen.²³ Det er dermed naturlig å anse at representanten selv må opptre direkte overfor forbrukeren.

Det avgjørende for at en kjøper skal bli ansett som en forbruker i lovens forstand, er at vedkommende er en ”fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet”, jf. forbrukerkjøpsloven §1 tredje ledd.

Forbrukerbegrepet er begrenset til å omfatte de tilfellene der kjøper er en ”fysisk person”. Det vil si at juridiske personer – selskaper, samvirkeforetak, foreninger, stiftelser, stat, kommune og lignede faller på utsiden. Det er rimelig å anse forbrukerbruker begrepet for også å omfatte fullmektig, da dette er en person som har fullmakt til å opptre på vegne av forbrukeren.

Det er avgjørende at den fysiske personen ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet. ”Hovedsakelig” sikter til hva som er det vesentlige formålet med kjøpet.²⁴ Forarbeidene legger til grunn at grensedragningen kan skje skjematisk på en skala fra 0 til 100 prosent, der bruken som er knyttet til næringsvirksomhet ikke må utgjøre mer enn 50 prosent.²⁵ Til eksempel kan det vises til at en drosjeeiers innkjøp av bil ikke vil være forbrukerkjøp, selv om bilen også benyttes privat, fordi mer enn 50 prosent av bruken vil være knyttet til hans næringsvirksomhet.²⁶

Når det gjelder hvilken krav som stilles det som selges, benytter loven formuleringen ”salg av ting” i forbrukerkjøpsloven §1 første ledd. I forbrukerkjøpsloven §2 første ledd, fremgår det uttrykkelige bestemmelser for enkelte forhold som ellers kunne volde tvil. ”Salg av ting” skal

²²NOU 1993:27 s.35

²³Ot.prp.nr.25 s.68

²⁴NOU 1993:27 s.112

²⁵NOU 1993:27 s.112

²⁶NOU 1993:27 s.112

etter forarbeidene tolkes videre enn den naturlige språklige forståelsen.²⁷ Overdragelse av verdipapirer, fordringer og andre rettigheter vil også falle inn under lovens betydning av ”ting”.²⁸

1.6.2 Avhjelp

Forbrukerkjøpsloven §29 bruker avhjelp som overskrift på bestemmelsen. Avhjelp er dermed en fellesbetegnelse på retting og omlevering. Loven definerer ikke direkte begrepet ”retting” av mangel. Etter forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 1 nr.2 bokstav f, defineres ”retting” som ”å sette forbruksvaren i den stand avtalen fastsetter i tilfelle manglende avtalemessighet”. Denne definisjonen er ikke begrenset til bestemte typer mangler, så den omfatter dermed både fysiske-, rettslige- og kvantitetsmangler. ”Oml levering” er i lovt teksten definert som at selgeren ”leverer tilsvarende ting”. Dette må sees i sammenheng med kravet om at omlevering ikke må være ”umulig”. Etter forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.2, fremgår det at omlevering innebærer at forbrukeren får satt varen ”i den stand avtalen fastsetter”.

1.6.3 Mangelsbegrepet

Forbrukerens rett til avhjelp etter §29 forutsetter at det foreligger en mangel ved salgsgjenstanden, jf. forbrukerkjøpsloven §26. Forbrukerkjøpsloven §§ 15 og 16 angir hva som skal til for at en salgsgjenstand anses for å ha en kjøpsrettslig mangel. Alle typer mangler er representert, både fysiske og rettslige, herunder immaterialrettslig mangler og kvantitetsmangler. I bedømmelsen av om salgstingen har en mangel, skal som hovedregel det tidspunktet da risikoen går over på forbrukeren legges til grunn, jf. forbrukerkjøpsloven §18 første ledd. Det vil si at en forbruker kun kan påberope seg mangler ved salgstingen som forelå på det tidspunktet hvor risikoen gikk over på ham eller henne. Det er imidlertid ikke noe krav om at feilen viser seg allerede ved risikoen s overgang, også skjulte feil er omfattet.²⁹ Det forutsettes i det videre at det foreligger en mangel ved salgstingen.

²⁷Forbrukerkjøpsloven §2 første ledd bokstav c, Ot.prp.nr.44 s.157

²⁸Ot.prp.nr 80 s.48

²⁹Ot.prp.nr.44 s.174

1.7 Avhjelp sammenlignet med andre misligholdsbeføyelser

Når forbrukeren gir selgeren melding om at han eller hun ønsker retting eller omlevering har selgeren innen rimelig tid anledning til å imøtekomme kravet, jf. forbrukerkjøpsloven §30 første ledd. Først når selgerens avhjelpsforsøket er mislykket, kan andre misligholdsbeføyelser komme på tale.

Avhjelpretten skiller seg fra de andre misligholdsbeføyersene ved at bestemmelsen både er en offensiv og en defensiv beføyelse. Omlevering og retting er offensive beføyelser fordi de kan påberopes av forbrukeren. Avhjelp er defensive beføyelser fordi retting og omlevering kan brukes defensivt av selgeren. Det vil si at selgeren kan tilby retting og omlevering og på den måten avskjære allerede fremmet krav fra forbrukeren om andre misligholdsbeføyelser, som prisavslag og heving. Konsekvensen av at forbrukeren nekter å motta avhjelp som han har plikt til å motta, er at han mister sitt krav på andre beføyelser som prisavslag og heving, jf. forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd siste setning. Dersom avhjelpen er vellykket, vil han også miste sitt krav på andre misligholdsbeføyelser. Erstatning vil stå i en særstilling.

Forbrukerkjøpsloven er bygget opp trinnvis, slik at avhjelp av mangelen på salgstingen kommer før misligholdsbeføyersene, prisavslag, heving og erstatning. Denne trinnvise oppbyggingen kommer også direkte til uttrykk i loven. I forbrukerkjøpsloven §31 står det at prisavslag kan kreves ”dersom mangelen ikke rettes eller tingen omleveres i samsvar med §§29 til 30”. I forbrukerkjøpsloven §32 står det at ”i stedet for prisavslag etter §31 kan forbrukeren heve avtalen”. Erstatning står imidlertid i en særstilling da forbrukeren uansett kan kreve erstattet det tap han eller hun lider som følge av at tingen har en mangel, jf. forbrukerkjøpsloven §33. Det er ingenting i veien for at forbrukeren fremmer et krav om prisavslag og heving før han eller hun fremmer et krav om avhjelp. Veldig ofte må forbrukeren finne seg i at selgeren møter kravet med å avhjelpe mangelen, jf. forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd.

Misligholdsbeføyersene avhjelp, prisavslag og heving har som formål å gjenopprette likevekten i kontraktsforholdet mellom selgeren og forbrukeren. Erstatning er økonomisk kompensasjon for tap forbrukeren blir påført i kontraktsforholdet.

Avhjelp av mangler har størst praktisk betydning i de tilfellene hvor forbrukeren er fornøyd med varen slik at han eller hun ønsker å få mangelen rettet. Eller i de tilfellene hvor forbrukeren ønsker at selgeren leverer en ny tilsvarende salgsting på en gunstig måte. Avhjelp gjøre at forbrukeren ikke trenger å gå til innkjøp av en ny salgsting eller gjøre andre tiltak for å få en mangelfri vare. Fordelen med avhjelp er at forbrukeren kan få stilt en erstatningsgjenstand til rådighet, om han eller hun blir avskåret fra å bruke salgstingen i mer enn en uke. Forutsatt at kravet fremstår som rimelig sett i forhold til forbrukerens behov og den kostand eller ulempe som selgeren påføres, jf. forbrukerkjøpsloven §30 tredje ledd.

2 Forbrukerens rett til avhjelp

2.1 Kjøperens krav på retting og omlevering

I forbrukerkjøpsloven §29 første ledd første setning heter det at ”forbrukeren kan velge mellom å kreve at selgeren sørger for retting av mangelen eller leverer tilsvarende ting (omlevering)”.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”kan velge mellom”, er at forbrukeren fritt kan velge om selgeren skal rette mangelen eller omlevere. Retten til å velge beføyelse er uavhengig av om selgeren selv ønsker å rette mangelen eller omlevere. Retten er med andre ord uavhengig av om selgeren ønsker å møte reklamasjonen med avhjelp. Forarbeidene sier at bestemmelsen som utgangspunkt gir kjøperen rett til å velge mellom retting og omlevering, forutsatt at det foreligger en mangel i kjøpsrettslig forstand.³⁰ Rt.2006.179 (Støvelettdommen) som er et prejudikat, viser at forbrukerens valgrett kan bli snevret inn slik at selger kan ha rett til å velge reparasjon fremfor omlevering, hvis det foreligger ”urimelige kostnader”.

En naturlig språklig forståelse av ”å kreve”, er at forbrukeren har en rett til å kreve at selgeren foretar avhjelp. Det vil si at selgeren er forpliktet til å rette eller omlevere salgstingen, selv om selgeren ønsker å benytte andre misligholdsbeføyelser.

Det er etter bestemmelsen tilstrekkelig at selgeren ”sørger for” at mangelen blir rettet eller at omlevering skjer.³¹ Det er derfor ikke til hinder at omlevering skjer ved hjelp av en annen enn selgeren og hans folk.³² Selgeren vil likevel bære risikoen for at avhjelpen gjennomføres i samsvar med loven, da det er selgeren som skal sørge for reparasjon eller levering av tilsvarende salgsting.

Avhjelp er et kontraktsbrudd hvor selgeren har levert en mangelfull vare. Derfor skal retting og omlevering skje uten kostander for forbrukeren, jf. forbrukerkjøpsloven §30 første ledd, samt forbrukerkjøpsloven §33 sammenholdt med §52.

³⁰Ot.prp.nr.44 s.184

³¹Ot.prp.nr.44 s.184

³²Ot.prp.nr.44 s.184

2.2 Selgerens plikt til å sørge for retting

Selgeren har plikt til å sørge for retting av salgsgjenstanden når forbrukeren krever dette, forutsatt at lovens unntak ikke kommer til anvendelse. Hvor omfattende selgerens retteplikt er reiser spørsmål som skal drøftes i det følgende.

2.2.1 Retting av følgeskader på salgstingen som skyldes mangelen

Det er klart at selgerens retteplikt omfatter en mangelfull salgsgjenstand. Det vil si at forbrukeren kan kreve at selgeren reparerer salgstingen som ikke har de egenskapene som er avtalt. Det kan reises spørsmål om selgerens retteplikt også omfatter andre skader på selve salgstingen som følge av mangelen. Andre skader på salgstingen anses for å være skader som ikke er ”mangel” i kjøpsrettslig forstand, men skader som oppstår som en konsekvens av mangelen som forelå ved levering av salgstingen. Om en forbruker kjøper en ny bil med defekt motor vil den defekte motoren være å anse som en mangel, fordi den var defekt før leveringen skjedde. Den defekte motoren fører til at eksosanlegget går i stykker. Spørsmålet er om forbrukeren kan kreve at selgeren reparer eksosanlegget, selv om skaden på eksosanlegget ikke forelå ved levering av bilen.

Retting av følgeskader på salgstingen som skyldes mangelen kan også sees i sammenheng med adgangen til å kreve erstatning. Hvis følgeskader på salgstingen ikke kan anses for å være en del av selgerens retteplikt vil forbrukeren være vernet gjennom erstatningsregler. Forbrukeren kan ha krav på erstatning etter forbrukerkjøpsloven §52 første ledd for økonomisk tap som følge av kontraktsbruddet, når tapet med rimelighet kan anses som en mulig følge av kontraktsbruddet. Erstatningsregelen er rent objektiv, som vil si at forbrukeren i utgangspunktet har et erstatningsrettslig vern for ethvert økonomisk tap han eller hun lider.³³ Selv om forbrukeren kan kreve retting kan det tenkes tilfeller hvor retting blir mer kostbart for selgeren enn erstatning.

For erstatning etter forbrukerkjøpsloven §52 gjelder det en adekvansbegrensning, som vil si at rimelighetsbetraktninger kan vektlegges i vurderingen av hvor langt et tap skal strekkes.³⁴ Hvis det legges til grunn at følgeskader eller konsekvenser av mangelen i utgangspunktet omfattes av rettingsplikten, kan det stilles spørsmål om det også for retting gjelder noen form

³³Ot.prp.nr.44 s.190

³⁴Rt.2004.675 (Agurkpinnedommen)

for adekvansbegrensning. Det vil være rimelig å konkludere med at forbrukeren bør få dekket følgeskader på mangelen der selgeren har opptrådt klanderverdig. I de tilfellene hvor selgeren ikke har handlet med forsett eller opptrådt klart klanderverdig kan det vanskeligere begrunnes ut fra rimelighetshensyn at forbrukeren bør få dekket de samme følgeskadene eller konsekvensene. Adekvansbegrensning bør på den måten også gjelde for rettingsplikten.

I vurderingen av hvor langt tapet kan strekkes vil skyldgraden være veiledende, det vil si i at de tilfellene hvor selgeren har opptrådt svært klanderverdig vil vide konsekvenser kunne aksepteres.

I forbrukerkjøpsloven §29 første ledd står det at forbrukeren kan "kreve at selgeren sørger for retting av mangelen". Med "mangelen" siktes det til mangel i kjøpsrettslig forstand. Det vil si at salgstingen skal samsvare med det som fremgår i avtalen mellom forbrukeren og selgeren. Hvis ikke annet er avtalt skal salgstingen samsvare med de krav som det er grunn til å forvente av tilsvarende ting, jf. forbrukerkjøpsloven §15 første ledd. "Mangel" i kjøpsrettslig forstand omfatter også skjulte mangler. Skjulte mangler vil si mangler som ikke er synlige ved første besiktigelse, og som først dukker opp etter at forbrukeren har overtatt salgstingen og risikoen. Vilkåret er at den skjulte mangelen må ha vært til stede når salgstingen blir overtatt av forbrukeren, jf. forbrukerkjøpsloven §7. Følgeskader som er forårsaket av en mangel, men som ikke forelå ved risikoens overgang, er ikke direkte regulert i lovteksten. Den mest nærliggende løsningen når lovteksten leses, er dermed at det kun er mangler i kjøpsrettslig forstand som selgeren er pliktet til å rette.

Forarbeidene til forbrukerkjøpsloven viser til at selgerens retteplikt er i samsvar med forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 1 nr.2 bokstav f.³⁵ Spørsmålet er dermed om forbrukerkjøpsdirektivets definisjon av retting fører til at selgeren har en utvidet retteplikt, som også omfatter andre skader på salgsgjenstanden som følge av mangelen.

Retting av følgeskader på salgstingen som skyldes mangelen, ble ikke vurdert under lovforberedelsen.

I forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 1 nr.2 bokstav f står det at retting er "å sette forbrukervaren i den stand avtalen fastsetter i tilfelle manglende avtalemessighet". Det vil si at selgeren plikter å sette salgsgjenstanden i den stand forbrukeren kan kreve etter avtalen. Ordlyden i

³⁵Ot.prp.nr.80 s.184

direktivet er ikke til hinder for at også andre skader på selve salgsgjenstanden som følge av mangelen er omfattet av selgerens retteplikt. Dette trekker i retning av at selgeren er pliktet til å rette følgeskader som skyldes mangelen ved salgstingen.

En forbruker kjøper for eksempel en ny bil hvor det foreligger en mangel ved det elektriske anlegget som fører til at setetrekket blir svidd og må skiftes ut. Etter ordlyden i forbrukerkjøpsdirektivet kan man svare bekreftende på at selgeren har en retteplikt for følgeskaden – setetrekket - i bilen. Forbrukeren har kjøpt en ny bil og inngått en avtale med selgeren om at bilen skal være mangelfri. Det vil si at forbrukeren kan kreve retting av setetrekket for å få ”forbrukervaren i den stand avtalen fastsetter”. Forbrukeren kan dermed kreve at selgeren retter følgeskaden – setetrekket – slik at bilen blir mangelfri slik avtalen forutsetter.

Det harmoniserer best med forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 1 nr.2 bokstav f å si at selgeren har en plikt til å utbedre feil ved salgstingen selv om disse har karakter av å være en følge av den mangelen som forelå ved risikoens overgang. Først da kan tingen sies å være i den stand som avtalen fastsetter.

Den tradisjonelle oppfatningen i norsk rett har vært at selgerens plikt til å rette bare omfatter selve mangelen. Det er verdt å påpeke at de juridiske forfatterne har uttalt seg før forbrukerkjøpsloven kom. Krüger skriver at det må skilles mellom mangelen selv og konsekvenser av mangelen.³⁶ Han skriver at om mangelen og dens skjulte skadevirkning på resten av salgstingen er et faktum ved levering, er det tale om en mangel i kjøpsrettslig forstand og spørsmålet om følgeskader kommer ikke på spissen. Hvis det derimot er tale om ”spredningsskade” som oppstår senere enn levering, er ikke dette å anse som en mangel og selgeren har ikke retteplikt. Utbedringsansvaret til selgeren dekker bare selve mangelen, ikke dens avledende konsekvenser.³⁷

Direktivet trekker i retning av at selgerens retteplikt også omfatter følgeskader som følge av mangelen. Direktivet er ment å gjelde som et minimumsdirektiv for alle medlemslandene. Det vil si at en forbruker kan regne med at det nasjonale regelverket i alle fall oppfyller direktivets bestemmelser. Denne forutberegnelighet for forbrukeren bør tillegges vekt. Når det

³⁶Krüger (1999) s.205

³⁷Krüger (1999) s.206

gjelder tolkning av lov som tar sikte på å gjennomføre et EU-direktiv gjelder de alminnelige prinsippene om at direktivet får forrang.

Det er dermed nærliggende å konkluderer med at selgerens retteplikt omfatter følgeskader på salgstingen selv.

2.2.2 Retting av følgeskader på salgstingen som skyldes forbrukerens egen forsømmelse

Spørsmålet er om selgeren har en retteplikt av følgeskader på salgstingen som skyldes forbrukerens egen forsømmelse.

Et eksempel er forbrukeren som kjøper en bil med defekt motor. Motoren fører til at eksosanlegget går i stykker. Spørsmålet er om forbrukeren kan kreve at selgeren reparer eksosanlegget, selv om skaden på eksosanlegget skyldes at motoren ikke ble reparert raskt nok.

Det forutsettes at selgeren har en retteplikt for følgeskader på salgstingen selv, jf. fremstillingen i punkt 2.2.1.

Ordlyden i forbrukerkjøpsloven §29 første ledd sier at ”selgeren skal sørge for retting av mangelen”. Dette trekker i retning av at selgeren kun har en retteplikt der det foreligger en kjøpsrettslig mangel. En selger svarer kun for mangler som oppstår senere, dersom den skyldes kontraktsbrudd fra hans eller hennes side, jf. forbrukerkjøpsloven §18 tredje ledd. Det vil si at ordlyden trekker i retning av at selgeren ikke har retteplikt for mangler som skyldes forbrukerens egen forsømmelse.

Ordlyden i forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 1 nr.2 bokstav f, sier at retting er å sette salgstingen i den stand som avtalen fastsetter i tilfelle mangler. Denne ordlyden trekker i retning av at det avgjørende for rettingen er at salgstingen settes i den stand som det er avtalt. Det fremgår ikke av direktivet at mangelen eller manglende avtalemessighet ikke kan skyldes forhold på forbrukerens side. Dette trekker i retning av at selgeren plikter å rette følgeskader, også i de tilfellene hvor forbrukeren har skyld i følgeskadene på salgstingen.

Det følger en reservasjon av forbrukerkjøpsloven §26 første ledd. I bestemmelsen står det at mangelen ikke skal ”skyldes forbrukeren eller forhold på hans side”. Henvisningen til

”forhold” på kjøperens side sikter ikke til situasjoner som direkte skyldes kjøperen, men et forhold som kjøperen har risikoen for.³⁸ Det har vært diskutert om reservasjonen skal fjernes, slik at selgeren også svarer for de forhold som skyldes forbrukeren.³⁹ Departementet har kommet frem til at det kan virke urimelig om selgeren må bære risikoen for forhold som skyldes forbrukeren.⁴⁰ Dette gjelder særlig dersom regelen skal være ufravikelig til gunst for forbrukeren. Reservasjonen gjelder imidlertid kun mangler på selve salgstingen og ikke følgeskader på salgstingen. Så lenge lovgivers mening er at selgeren ikke skal svare for mangler på salgstingen som skyldes forbrukeren, trekker dette i retning av at selgeren heller ikke bør ha retteplikt for følgeskader som skyldes forbrukerens egen forsømmelse.

I svensk rett er en slik reservasjon utelatt, jf. konsumentköplagen 20 §. Det vil si at salgstingen anses for å ha en mangel selv om forholdet skyldes kjøperen og forhold på hans eller hennes side.⁴¹ De norske lovforarbeidene viser at lovgiver bevisst har valgt å ikke utelate en slik reservasjon, men svensk rett er et eksempel på at dette lar seg gjøre.

Det kan på bakgrunn av det nevnte ikke oppstilles en retteplikt for følgeskader på salgstingen som skyldes forbrukerens egen forsømmelse. Svensk rett viser imidlertid at en slik retteplikt er mulig.

Det forutsettes i det videre at det foreligger en retteplikt for følgeskader på salgstingen som skyldes forbrukerens egen forsømmelse. Spørsmålet er da om forbrukeren kan pålegges å erstatte de ekstra kostnadene selgeren påføres som følge av forsømmelsen.

En slik løsning er det ikke åpning for etter dagens forbrukerkjøpslov, jf. «uten kostand». Det er et åpent spørsmål om en slik løsning er mulig etter forbrukerkjøpsdirektivet.

Det kan trekkes en sammenligning til forbrukerkjøpsloven §51 annet ledd. Forbrukeren taper ikke sin rett til å kreve omlevering om han eller hun erstatter den verdireduksjonen tingen har hatt. Når selgeren kan kreve at forbrukeren erstatter de ekstra kostnadene han eller hun har for å opprettholde sin rett til omlevering, trekker dette i retning av at det samme bør gjelde ved retting. Dette taler for at forbrukeren kan pålegges å erstatte de ekstra kostnadene selgeren påføres som følge av forsømmelsen.

³⁸Ot.prp.nr.80 s.65

³⁹Ot.prp.nr.44 s.179

⁴⁰Ot.prp nr.44 s.179

⁴¹Prop.1989/90:89 s.112

Det fremgår av forarbeidene til den svenske konsumentköplagen at selv om selgeren skal bære risikoen for mangler ved salgstingen som skyldes forbrukeren eller forhold på hans eller hennes side, kan forbrukeren bli erstatningsansvarlig overfor selgeren for disse feilene.⁴²

Dette viser at Sveriges lovgivere mener at et erstatningsansvar for forbrukerne ikke er i strid med forbrukerkjøpsdirektivet.

2.2.3 Retting av ikke-reklamerte mangler

Spørsmålet er om forbrukeren kan kreve at selgeren opplyser om ikke-reklamerte mangler.

Problemstillingen vil være aktuelt der selgeren oppdager andre mangler enn dem forbrukeren har reklamert over når tingen leveres inn for retting hos han eller henne. Dette er særlig aktuelt ved mer komplekse salgsting som for eksempel biler. En forbruker leverer inn bilen til reparasjon for eksosanlegget, og under reparasjonen oppdager selgeren/selgerens representant at bilen også har mangler på understelet.

Forbrukeren må innen rimelig tid etter at han eller hun oppdaget mangelen, gi selgeren melding om at han eller hun vil påberope seg reklamasjon, jf. forbrukerkjøpsloven §27 første ledd. Det vil si at forbrukeren som utgangspunkt må gi selgeren melding om at han eller hun ønsker mangelen rettet.

En opplysningsplikt for ikke-reklamerte mangler vil innebære at forbrukeren har krav på å få reparert salgstingen da han eller hun kan påberope seg reklamasjon.

Den alminnelige lojalitetsplikten er et overordnet prinsipp i kontraktsretten. Prinsippet kommer både til uttrykk i enkelte lovbestemmelser og som ulovfestet rett.⁴³ Dommene Rt.1953.449, Rt.1963.1, Rt.1966.996 og Rt.1980.1586 gir uttrykk for ulovfestet rett, og er utslag av de krav til lojalitet og redelighet som gjelder i kontraktsforhold.⁴⁴ På forbrukerrettens området er opplysningsplikten i utgangspunktet hjemlet i forbrukerkjøpsloven §16 første ledd bokstav b og §17 første ledd bokstav b. Selgeren har misligholdt opplysningsplikten ved tilbakeholdelse av vesentlige forhold ved salgstingen eller salgstingens bruk, som er opplysninger kjøperen hadde grunn til å regne med å få, og der det kan antas at selgerens unnløstelse har innvirket på avtalen, jf. forbrukerkjøpsloven §16 første

⁴²Prop.1989/90:89 s.112

⁴³Kjøpsloven §19 første ledd bokstav b, lov 31.mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) §§30, 33 og 36

⁴⁴Selvig (2010) s.319

ledd bokstav b. Selgeren kan ikke fortie opplysninger han positivt kjenner til etter forbrukerkjøpsloven, og også de uaktsomme fortielsene rammes, jf. uttrykket ”burde kjenne til”.⁴⁵

Formålet med opplysningsplikten er at det ikke skal oppstå en villfarelessituasjon⁴⁶. Den ulovfestede lojalitetsplikten bør favne vidt slik at også endrede forhold etter avtaleinngåelse kan omfattes. Det er imidlertid ikke slik at alle opplysninger som ville være av interesse for kjøperen omfattes av opplysningsplikten.⁴⁷ Når selgeren har salgstingen til retting og oppdager ikke-reklamerte mangler vil en fortielse av disse opplysningene være å anse som en villfarelessituasjon, fordi selgeren forsøker å holde forbrukeren uvitende. Selgeren oppdagelse av ikke-reklamerte mangler vil klart være av interesse for forbrukeren fordi at han eller hun kan forutberegne sin rettsstilling og ta stilling til om det skal fremsettes et krav om retting. En fortielse vil være å anse som illojalt i kontraktsforholdet, fordi årsaken til at selgeren skal holde tilbake informasjon om ikke-reklamerte mangler er for å prøve å unngå retting av mangelen. Selgeren vil ved fortielse av ikke-reklamerte mangler unnsnippe, eventuelt utsette, rettekrevet.

Det som videre trekker i retning av at selgeren bør pålegges en retteplikt er at forbrukeren som utgangspunktet har krav på reparasjon av mangelen ved salgstingen, så fort mangelen oppdages og han eller hun påberoper seg retting overfor selgeren. For det andre er det ingen gode holdepunkter for at selgeren bør fortie opplysninger som kan føre til at retteplikten kommer til anvendelse. En fortielse om en mangel kan føre til gradvis forverring, øking av potensiale for følgeskader, og lignende.

Opplysningsplikten fra selgersiden til forbrukerne anses i tillegg viktig på grunn av samfunnsøkonomiske grunner. Samfunnsøkonomisk er det viktig at så få kjøp som mulig blir mislykkede, fordi slike kjøp bidrar til voksende problemer med søppelhåndtering.⁴⁸ For kontraktspartene er det også viktig å redusere sjansene for tap og skuffelser.⁴⁹ Selv om opplysningsplikten i utgangspunktet gjelder ved avtaleinngåelse, vil disse hensynene også gjøre seg gjeldene for opplysningsplikt etter avtaleinngåelse. Dette særlig fordi avtaleforholdet ikke kan anses for å være avsluttet før forbrukeren har mottatt en mangelfri

⁴⁵Forbrukerkjøpsloven §16 første ledd bokstav b

⁴⁶Hagstrøm (2015) s.69

⁴⁷Hagstrøm (2015) s.70

⁴⁸Martinussen (2010) s.112

⁴⁹Martinussen (2010) s.112

salgsting. Opplysningsplikten er videre viktig i forbrukerkjøp fordi selgeren i kraft av sin faglige overlegenhet har et særlig ansvar for at forbrukeren har et tilstrekkelig informasjonsgrunnlag for å treffe valg han eller hun ser seg tjent med, på kort eller lang sikt.⁵⁰

På den ene siden kan en retteplikt for ikke-reklamerte mangler føre til at selgeren må reparere mangler ved salgstingen som forbrukeren ikke nødvendigvis hadde oppdaget. En opplysningsplikt for ikke-reklamerte mangler kan dermed føre til ekstra økonomiske kostnader for selgeren. På den andre siden kan en retteplikt være positivt for selgeren ved at det kan bli kostnads – og arbeidsbesparende fordi skaden på salgstingen ikke utvikler seg.

Konklusjonen er at forbrukeren bør kunne kreve at selgeren opplyser om ikke-reklamerte mangler.

2.2.4 Retting av uriktige opplysninger

Spørsmålet er om forbrukeren kan kreve retting ved at tingen utbedres for å komme i overensstemmelse med den uriktige opplysningen, jf. forbrukerkjøpsloven §§16 første ledd bokstav c og annet ledd.

Ordlyden i forbrukerkjøpsloven §16 første ledd bokstav c er at salgstingen ”ikke svarer til opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen eller dens bruk”. Uriktige opplysninger er etter en naturlig språklig forståelse feil informasjon, gitt skriftlig eller muntlig. Bestemmelsen må sees i sammenheng med forbrukerkjøpsloven §16 andre ledd, om at selgeren også svarer for opplysninger som andre har gitt om tingen. For uriktige opplysninger vil det ofte gjelde unntak for rettingsplikten, fordi det finnes forhold som etter sin art ikke lar seg rette og forhold der retting praktisk er umulig. Eksempler på forhold som etter sin art ikke lar seg rette er feil opplysninger om kilometerstand på bil og feil opplysninger om tidligere skader på bil. Eksempler på forhold der retting er praktisk umulig er feil opplysninger om salgstingens størrelse.

Paragraf 16 første ledd bokstav c og annet ledd er i samsvar med forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 2 nr.2 bokstav d. I direktivet fremgår det at uriktige opplysninger er omfattet ved at det skal tas hensyn til "opplysninger gitt offentlig om *varen* (min kursivering) av selgeren, produsenten eller dens representanter, særlig i reklame eller merking". Direktivet oppstiller

⁵⁰Martinussen (2010) s.112

med dette kun krav til opplysninger som er gitt "offentlig", det vil si opplysninger som alle har adgang til. I og med at direktivet er et minimumsdirektiv, jf. direktivet artikkel 1 nr. 1, står lovgiver fritt til å gi regler som styrker forbrukervernet. Selgeren vil dermed også stå ansvarlig for uriktige opplysninger som han "ellers er har gitt om tingen eller dens bruk", etter forbrukerkjøpsloven §16 første ledd bokstav c. Det vil si at opplysninger gitt direkte overfor kjøper også vil være omfattet. Det stilles ikke et krav til skriftlighet, men det fremheves i forarbeidene at opplysningene må være konkrete og i en viss grad spesifiserte for å kunne føre til ansvar for selgersiden.⁵¹ Selgeren bør ikke være klar over at det gis uriktige opplysninger. Det oppstilles et objektivt ansvar for uriktige opplysninger gitt av selgeren eller hans representanter.

Uriktige opplysninger utgjør som utgangspunkt en kjøpsrettslig mangel slik at forbrukeren kan kreve at selgeren retter salgstingen. Loven er taus når det gjelder retting slik at salgstingen blir i samsvar med uriktige opplysninger. Selgeren har som utgangspunkt en retteplikt for uriktige opplysningene. Dette trekker i retningen av at forbrukeren også bør kunne kreve at selgeren retter salgstingen, slik at tingen blir i samsvar med de uriktige opplysningene selgeren har gitt. De uriktige opplysningene er gitt av selgeren og vedkommende er dermed nærmest til å bære risikoen.

Prinsippet om avtalefrihet tilsier at forbrukeren bør kunne kreve retting slik at varen samsvarer med de uriktige opplysningene gitt av selgeren, i stedet for å få rettet de uriktige opplysningene.⁵² Forbrukerkjøpsloven er ufravikelig i favør av forbrukeren, jf. forbrukerkjøpsloven §3, men ikke alle bestemmelser i loven er ufravikelige.⁵³ Det innebærer at det er adgang til å avtale varens egenskaper. Dette taler for at en avtale mellom forbrukeren og selgeren, om en salgsting med uriktige opplysninger, bør kunne kreves rettet slik at tingen blir i samsvar med de opplysningene forbrukeren har fått av selgeren.

Konklusjonen er at forbrukeren bør kunne kreve retting ved at salgstingen utbedres for å komme i overensstemmelse med den uriktige opplysningen.

⁵¹Ot.prp.nr.80 s.61

⁵²Kong Christian Den Femtis Norske lov art.NL 5-1-2

⁵³Ot.prp.nr.44 s.158

2.3 Selgerens plikt til å sørge for omlevering

”Oml levering” er i lovt teksten definert som at selgeren ”leverer tilsvarende ting”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at selgeren selv skal levere tilsvarende ting. En naturlig språklig forståelse av ”tilsvarende ting”, er en ytelse som kan være like god som en annen ytelse.

Forbrukerkjøpsloven §29 har i følge forarbeidene sin bakgrunn i forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.1 til 4. Forbrukerkjøpsdirektivet definerer ikke hva som ligger i kravet til levering av ”tilsvarende ting”. Det fremgår imidlertid av forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.2 at forbrukeren har rett til å få satt varen i den stand avtalen fastsetter, uten vederlag. Forbrukerens rett til å kreve omlevering forutsetter imidlertid at omlevering ikke er umulig eller uforholdsmessig, jf. forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.3.

Problemstillingen er om forbrukeren kan kreve at selgeren omleverer salgstingen.

Det følger av forarbeidene at kravet til ”tilsvarende ting” innebærer at kjøperen ikke kan kreve omlevering hvor tingen har slike egenskaper at den ut fra partenes forutsetninger ikke med rimelighet kan erstattes med en annen gjenstand.⁵⁴ Formuleringen ”erstattes med en annen”, viser til kravet om at varen som omleveres må være en genusytelse. Genusytelse betyr at en annen vare kan fungere like godt og erstatte den mangelfulle varen.⁵⁵ Det vil si at det er et krav om at tilsvarende vare er å få tak i. Hvis varen ikke er en genusytelse, vil gjennomføring av en omlevering som utgangspunkt være umulig etter forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd, og omlevering kan da ikke finne sted.

Det er videre tilstrekkelig at selgeren ”sørger for” at mangelen blir rettet eller omlevering skjer, slik at han eller hans folk ikke trenger å foreta omleveringen selv. Selgeren kan for eksempel bestemme at omleveringen skal skje fra en annen butikk. Forbrukeren kan være nødt til å medvirke så langt dette ikke innebærer en ”vesentlig ulempe” for ham, jf. forbrukerkjøpsloven §30 første ledd. I vurderingen av om noe medfører ”vesentlig ulempe” for forbrukeren skal det tas hensyn til varens art og forbrukerens formål med å fremskaffe varen, jf. forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.3 tredje avsnitt. Som utgangspunkt vil det bare

⁵⁴Ot.prp.nr.44 s.183

⁵⁵Hagstrøm (2015) s.47

unntaksvis anses som ”vesentlig ulempe”, om forbrukeren må være uten salgstingen i mindre enn en uke.⁵⁶

2.3.1 Grensen mellom omlevering og nytt kjøp

Spørsmålet er om levering av en ny ting i realiteten må anses som et nytt kjøp. Spørsmålet har betydning for selgerens avhjelpsrett. Hvis leveringen av en ny ting anses for en omlevering, vil selgeren kunne unngå andre misligholdsbeføyelser som heving, prisavslag eller erstatning.

Hvis det ikke foreligger særlige holdepunkter må utgangspunktet være at den tilsvarende tingen som leveres, anses for å være en omlevering.

Holdepunkt som trekker i retning av at man står overfor et nytt kjøp er at den nye tingen er vesentlig annerledes enn den opprinnelige. Et annet holdepunkt som trekker i retning av at man står overfor et nytt kjøp er at forbrukeren forplikter seg til å betale et mellomlegg ved levering av den nye tingen.

2.3.2 Omlevering av brukte varer

Spørsmålet er om forbrukeren kan kreve at selgeren omleverer brukte varer.

En forbruker har krav på at selgeren leverer ”tilsvarende ting”, jf. forbrukerkjøpsloven §29 første ledd.

I følge forarbeidene vil omlevering først og fremst være aktuelt for varer solgt som nye. Det er imidlertid ikke utelukket at også brukte varer kan kreves omlevert.⁵⁷

Etter forbrukerkjøpsdirektivet er brukte varer etter sin natur vanligvis umulig å omlevere og forbrukerens rett til omlevering gjelder derfor vanligvis ikke for disse varene, jf. forbrukerkjøpsdirektivets forale punkt 16. ”Vanligvis” peker på at brukte varer normalt vil være umulig å omlevere, men direktivet hindrer ikke at omlevering av slike varer kan finne sted.

Det avgjørende for spørsmålet om brukte varer kan kreves omlevert, er om det er mulig å finne ”tilsvarende ting”. Et naturlig utgangspunkt er å se hen til hvor mye varen er brukt. En

⁵⁶Ot.prp.nr.44 s.188

⁵⁷Ot.prp.nr.44 s.184

lampe som er brukt normalt vil kunne erstattes med en annen lampe som har vært brukt like lenge og på samme måte. Enkelte varer kan brukes over et tidsrom og fortsatt erstattes av andre varer som er like. Dette vil typisk være varer som i utgangspunktet brukes lite og som brukes på en spesiell måte, som for eksempel pyntegenstander.

I enkelte tilfeller kan det ikke legges avgjørende vekt på tidsrommet varen er brukt. Noen salgsting utvikler spesielle egenskaper som gjør at de ikke er mulig å erstatte med ”tilsvarende ting”, fordi det ikke eksisterer. En bruktbil vil for eksempel ha utviklet så spesielle egenskaper at det er umulig å erstatte den med en annen bil som har akkurat de samme egenskapene. Omlevering vil derfor være avskåret i slike tilfeller.⁵⁸ Det samme vil typisk gjøre seg gjeldene for salgsting som har til formål og brukes eller anvendes i dagliglivet, som for eksempel stekepanne, malingskost, støvsuger og lignende.

Salgsting vil utvikle spesielle egenskaper på ulike tidspunkt. En stekepanne vil for eksempel ikke anses for å ha spesielle egenskaper før den har riper eller flekker som ikke lar seg vaske bort, mens en bruktbil utvikler spesielle egenskaper så fort den kjøres. I de tilfellene hvor lite brukte salgsting ikke har utviklet spesielle egenskaper vil varen kunne byttes ut med en tilsvarende ting.

Forbrukeren kan kreve at selgeren omlevere brukte varer når det finnes ”tilsvarende ting”.

2.3.3 Omlevering av dyr

Spørsmålet er om forbrukeren kan kreve at selgeren omleverer dyr.

Kjøp av levende dyr er å anse som ”ting” i kjøpsrettslig forstand. Verken forarbeider eller teori behandler spørsmålet. Det avgjørende for om forbrukeren kan kreve at selgeren omleverer dyr, vil være en tolkning av avtalen mellom selger og forbruker.

Det avgjørende for omlevering av dyr vil være om selger kan levere et ”tilsvarende” dyr. Dyr som for eksempel er kjøpt til produksjon av egne varer, vil ikke være individuelt bestemt. En mangelfull høne som er kjøpt med det formål å legge egg, vil enkelt kunne erstattes med en annen høne som kan legge egg. En ku som er kjøpt med det formål å produsere melk, lar seg erstatte av en ny ku som produserer melk. Omlevering av dyr som ikke er individuelt bestemt vil enkelt la seg gjennomføre og forbrukeren kan kreve at selgeren omleverer slike dyr.

⁵⁸Ot.prp.nr.80 s.86

Omlevering for dyr som er individuelt bestemt, vil vanskelig la seg gjennomføre. Typiske eksempler er forbrukerkjøp av kjæledyr. I disse tilfellene har forbrukeren plukket ut et bestemt dyr, for eksempel hund eller katt. Hunden eller katten kan ikke erstattes med et annen hund eller katt, da dette ikke eksisterer. Omlevering av individuelt bestemte dyr er dermed umulig.

Forbrukeren kan kreve at selgeren omleverer dyr som ikke er individuelt bestemte.

2.4 Forbrukerens medvirkningsplikt ved avhjelp

Problemstillingen er om forbrukeren har en medvirkningsplikt ved retting og omlevering.

I forbrukerkjøpsloven §40 er det oppstilt en medvirkningsplikt for forbrukeren, ved at forbrukeren skal yte slik medvirkning det er rimelige å yte av ham eller henne for at selgeren skal oppfylle kjøpet, jf. forbrukerkjøpsloven §40 bokstav a. Bestemmelsen svarer til kjøpsloven §50.⁵⁹ Kjøpsloven §50 bokstav a hjemler kjøperens generelle medvirkningsplikt.⁶⁰ Den generelle medvirkningsplikten dreier seg om medvirkning som ligger forut for oppfyllelsen og medvirkningen er en forutsetning for at selgeren skal kunne oppfylle sine plikter.⁶¹ Dette kan tyde på at lovgiver har ment at forbrukeren skal pålegges en generell medvirkningsplikt.

Avhjelp skal imidlertid skje ”uten vesentlig ulempe for forbrukeren”, jf. forbrukerkjøpsloven §30 første ledd. Hva som anses som ”vesentlig ulempe” må vurderes ut fra varens art og forbrukerens formål med varen, jf. forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.3 tredje ledd.⁶² Det vil si at i de tilfellene hvor avhjelp fører til ”vesentlig ulempe” for forbrukeren vil han eller hun ikke ha plikt til å medvirke til oppfyllelse av kjøpet etter forbrukerkjøpsloven §40, og forbrukeren har ikke en medvirkningsplikt.

I de tilfellene hvor avhjelp er ”uten vesentlig ulempe for forbrukeren” og ”uten risiko for at forbrukeren ikke får dekket sine utlegg av selgeren”⁶³, vil forbrukeren anses for å ha en

⁵⁹Ot.prp.nr.44 s.194

⁶⁰Ot.prp.nr.80 s.103

⁶¹Ot.prp.nr.80 s.103

⁶²Ot.prp.nr.44 s.186

⁶³Forbrukerkjøpsloven §30 første ledd

medvirkningsplikt for at selgeren kan gjennomføre avhjelp. Hvis forbrukeren hindrer avhjelp som selgeren rettmessig har krav på vil forbrukeren bære risikoen for dette og selgeren kan gjøre gjeldene kravene i forbrukerkjøpsloven §43 eller erstatning etter forbrukerkjøpsloven §46 annet ledd. Eksempler på at forbrukeren hindrer avhjelp er at han eller hun nekter selgeren tilgang til tingen for å undersøke om mangelen kan rettes.

Konklusjonen er at forbrukeren har en medvirkningsplikt ved retting og omlevering når forbrukerkjøpsloven §30 første ledd ikke gjør seg gjeldene.

2.5 Konsekvensene av at forbrukeren fremmer et krav om avhjelp

Et krav om avhjelp innebærer at selgeren må reparere den mangelfulle salgstingen eller levere en ny salgsting til forbrukeren. Forbrukerens krav på avhjelp vil si at selgeren er forpliktet til å rette mangelen ved salgstingen eller omlevere en ny salgsting.

Den første problemstilling er om forbrukeren kan kreve at selgeren avbryter et avhjelpsforsøk, selv om selgeren er midt inne i dette. Forbrukeren har for eksempel levert inn en mangelfull bil til selgeren for retting. Selgeren har bilen inne på verksted til reparasjon og forbrukeren ønsker bilen utlevert før reparasjonen er gjennomført.

Forbrukeren kan etter forbrukerkjøpsloven §29 første ledd ”velge mellom å kreve”. Det vil si at forbrukeren som utgangspunkt kan velge om selgeren skal foreta et avhjelpsforsøk. Denne valgretten trekker i retning av at forbrukeren også bør kunne ombestemme seg, og kreve at selgeren avbryter avhjelpsforsøket.

Hvis forbrukeren kan kreve at selgeren avbryter et avhjelpsforsøk, vil forbrukerens tapsbegrensningsplikt etter forbrukerkjøpsloven §54 første ledd kunne komme til anvendelse. En forbrukeren kan ikke kreve at selgeren avbryter et avhjelpsforsøk som kan lykkes, og så kreve erstatning for tap som følge av avbrytelsen. Det vil si at forbrukeren kan miste sin rett til å kreve erstatning etter forbrukerkjøpsloven §33.

Hvis forbrukeren har krevd retting, men ombestemmer seg før det kan konstateres om avhjelpsforsøket fører frem, er spørsmålet om den defensive avhjelpsretten kan komme til

anvendelse. Forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd første punktum gir selgeren anledning til å tilby retting eller omlevering. Bestemmelsen må sees i sammenheng med §29 tredje ledd annet punktum, som sier at kjøperen ikke har rett til prisavslag eller heving dersom forbrukeren avslår retting eller omlevering.⁶⁴ Det ligger en begrensning i at ”forbrukeren verken krever retting eller omlevering etter loven”. Det vil si at selgerens tilbud om retting ikke avskjærer forbrukerens valgett. Dersom forbrukeren har truffet et valg om retting eller omlevering kan ikke selgeren avskjære dette valget ved å tilby det motsatte.⁶⁵ Med mindre valget er umulig eller volder selgeren urimelige kostander. Dette gjør at selgerens defensive avhjelpsrett etter forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd er aktuell i de tilfellene forbrukeren fremmer krav om prisavslag eller heving. Selgerens defensive avhjelpsrett kan også komme til anvendelse i de tilfelle hvor forbrukeren har reklamert over en kjøpsrettslig mangel, men hvor han eller hun ikke har fremmet krav om misligholdsbeføyelse. Formålet med selgerens defensive avhjelpsrett er å tilby retting eller omlevering for å avskjære et eventuelt krav om prisavslag eller heving. I de tilfellene hvor en forbruker ombestemmer seg og trekker kravet om retting foreligger det ikke lenger et krav om retting. Det vil dermed ikke stride med formålet å gjøre selgerens defensive avhjelpsrett gjeldene, for å avskjære et eventuelt krav om prisavslag eller heving.

Forbrukerkjøpsloven skal verne forbrukerens interesser, og forbrukeren skal som utgangspunkt ikke tillegges utlegg i forbindelse med avhjelp. Til tross for disse hensynene skal selgerens interesser også ivaretas av loven. Det er presisert at selgeren ikke skal tillegges ”urimelige kostander”. Det trekkes i retning av at det vil være urimelig om selgeren ikke med sikkerhet kan forholde seg til om avhjelpsforsøket er reelt. Det vil være urimelig overfor selgeren om avhjelpsforsøk skal tillates fremsatt, for så å bli trukket tilbake på et stadiet hvor selgeren har lagt ned tid og kostnader.

Det er rimelig å konkludere med at forbrukeren ikke kan kreve at selgeren avbryter et avhjelpsforsøk.

Den andre problemstillingen er om forbrukeren kan fremsette et avhjelpskrav for så å avbryte forsøket før det er forsøkt gjennomført, med den begrunnelsen at forsøket vil mislykkes.

⁶⁴Ot.prp.nr.44 s.185

⁶⁵Ot.prp.nr.44 s.185

Forbrukerkjøpsloven åpner for at forbrukeren kan avvise tilbud om avhjelp fra selgeren. Forbrukeren kan etter forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd første punktum, avvise et tilbud om avhjelp fra selgeren som kommer for sent. Forventet brudd på ett eller flere av kravene som oppstilles i forbrukerkjøpsloven §30 første til tredje ledd, kan også gi grunnlag for å avvise selgerens tilbud om avhjelp. Det fremgår i forarbeidene til kjøpsloven at kjøperen må kunne avvise retting dersom det på forhånd er *åpenbart* (min kursivering) at forsøket på å rette ikke vil føre frem.⁶⁶ Forbrukerkjøpsloven §29 tredje ledd hjemler kun avvising av avhjelp når retting eller omlevering er fremsatt av selgeren. Bestemmelsen viser likevel at loven åpner for at forbrukeren ikke trenger å godta avhjelp der hvor det er åpenbart at retting eller omlevering ikke vil lykkes. Dette trekker i retning av at forbrukeren bør kunne avbryte avhjelpsforsøket med den begrunnelsen at det vil mislykkes, så lenge det finnes klare holdepunkter for at dette er tilfellet.

Loven tar imidlertid ikke stilling til om forbrukeren kan trekke tilbake et tilbud som vedkommende selv har fremsatt. Dette kan trekke i retning av at lovgiver ikke har ment at forbrukeren skal kunne trekke tilbake et slikt tilbud om avhjelp. Prinsippet om avtaleinngåelse i form av tilbud og aksept kan ha overføringsverdi. En avtale er kommet i stand når tilbud og aksept viser at partene er enige om avtalen. Når forbrukeren har fremsatt et avhjelpskrav og selgeren har godtatt å gjennomføre rettingen eller omleveringen, viser dette at de har vært enige. Forbrukeren bør ikke kunne trekke tilbake kravet før selgeren har prøvd å gjennomføre avhjelpskravet.

Det er usikkert om forbrukerkjøpsdirektivet gir forbrukeren rett til å avvise et avhjelpskrav før det er et faktum at avhjelpen ikke vil oppfylle direktivets krav. Problemstillingen har store likhetstrekk med den forrige problemstillingen, om at forbrukeren ikke kan kreve at selgeren avbryter et avhjelpsforsøk. Dette trekker i retning av at forbrukeren ikke bør ha en rett til å avbryte avhjelpsforsøket før det er forsøkt gjennomført, selv om begrunnelsen er at forsøket vil mislykkes.

Konklusjonen er at forbrukeren ikke kan avvise et forsøk på retting før det er forsøkt gjennomført med den begrunnelsen at forsøket vil mislykkes.

Konsekvensen av at en forbruker fremmer et krav om retting eller omlevering er for det første at selgeren må gis mulighet til å oppfylle kravet om avhjelp. For det andre er fremsetningen

⁶⁶Ot.prp.nr.80 s.89

av et avhjelpskrav bindende for forbrukeren, ved at andre aktuelle misligholdsbeføyelser ikke kan påberopes overfor selgeren. For det tredje er forbrukeren imidlertid bare bundet av avhjelpskravet så lenge selgeren oppfyller de kravene loven stiller til avhjelpen, jf. forbrukerkjøpsloven §30 første til tredje ledd, jf. §31 første ledd. Hvis mangelen er til stede etter at selgeren har foretatt to avhjelpsforsøk kan selgeren som hovedregel ikke hindre at andre misligholdsbeføyelser gjøres gjeldene, jf. forbrukerkjøpsloven §30 annet ledd.

2.6 Risikoen for tap og skade på salgstingen under avhjelp

Problemstillingen er hvem som har ansvar for tap og skade som påføres salgsgjenstanden under retting og omlevering. Spørsmålet er ikke regulert i loven, og problemstillingen er særlig aktuell i tilfellene hvor årsaken er hendelige uhell. Hendelige uhell vil si tap og skade som skjer uten at noen handler spesielt uforsiktig eller klanderverdig.

Problemstillingen er hvem som skal bære risikoen for hendelige uhell under retting og omlevering.

I forbrukerkjøpsloven §14 står det at risikoen går over på forbrukerne når tingen er levert i samsvar med §7. Etter forbrukerkjøpsloven §7 skjer ”levering (...) når tingen overtas av forbrukeren”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at risikoen for salgstingen går over på forbrukeren når tingen mottas av han eller hun. Tolkningen er i samsvar med lovens forarbeider.⁶⁷ Begrepet ”overtas” innebærer at forbrukeren må ha fått gjenstanden i sin fysiske besittelse. Det vil si å ha faktisk herredømme over tingen. Den fysiske besittelsen over salgstingen gir forbrukeren fra seg når tingen blir overlevert til selgeren for avhjelp. Dette trekker i retning av at selgeren skal bære risikoen for tap og skade som påføres salgstingen, i de tilfellene hvor verken selgeren eller forbrukeren direkte forårsaker skaden eller tapet på salgstingen. På den andre siden kan forbrukeren anses å ha herredømme over tingen da vedkommende er tingens rette eier og bestemmer over salgstingen.

⁶⁷Ot.prp.nr.44 s.161

Forarbeidene til kjøpsloven sier at forbrukeren ikke har risikoen for tilfeldige hendelser som inntreffer mens tingen er hos selgeren, og som ikke skyldes egenskaper ved tingen selv.⁶⁸

Formålet bak regelen er at selgeren har bedre muligheter enn forbrukeren til å dekke tapet ved forsikringer eller ved å pulveriserer utlegget på annen måte. Videre vil det være mest nærliggende å legge risikoen for hendelige uhell på selgeren, så lenge han har tingen hos seg.

Forbrukerkjøpsloven §51 første ledd omhandler tilfeller hvor forbrukerens rett til å heve eller kreve omlevering går tapt fordi han eller hun ikke kan oppfylle restitusjonsplikten.

Utgangspunktet for heving og omlevering er at forbrukeren må levere salgstingen til selgeren i vesentlig samme stand og mengde som han mottok den. Videre i bestemmelsen oppstilles det unntak fra dette utgangspunktet. Etter forbrukerkjøpsloven §51 første ledd bokstav a taper ikke forbrukeren retten til å heve eller kreve omlevering dersom årsaken til at det er umulig å tilbakelevere salgstingen i vesentlig samme stand og mengde, er tingens egen beskaffenhet eller annet forhold som ikke beror på forbrukeren. Det vil si at selgeren må bære risikoen for salgstingen om forholdet ikke beror på forbrukeren. Selgeren kan dermed bli pålagt risikoen for salgstingen selv om den fysisk befinner seg hos forbrukeren. Formålet med bestemmelsen er at det ikke er rimelig at forbrukeren skal få risikoen for salgstingens tilfeldige tap og skade så fort tingen er levert.⁶⁹

Loven har ikke en tilsvarende løsning for retting. I den juridiske teorien står forfatterne splittet.⁷⁰ Til tross for at loven ikke eksplisitt oppstiller en bestemmelse for retting er det nærliggende å konkludere med at det samme vil gjøre seg gjeldene. Når selgeren kan pålegges risikoen for salgstingen som befinner seg hos forbrukeren, kan det vanskelig sees at selgeren ikke skal måtte bære risikoen for tingen når den befinner seg hos han eller henne. Selgeren vil da være den nærmeste til å bære risikoen for tap og skade ved tingen.

I svensk forbrukerrett er det lagt til grunn at hendelser som beror på den næringsdrivende fritar forbrukeren for betaling selv om han har risikoen for varen, jf. 8 § 1.st KKöpl. Det vil si at selgeren må svare for skader som påføres salgstingen, selv om forbrukeren har risikoen for tingen.⁷¹ Det er nok at det har skjedd en hendelse forårsaket av selgeren. Hendelsen behøver ikke å ha en karakter av å være forårsaket av selgeren med skyld eller vilje. Det legges vekt på at dette er naturlig med tanke på at næringsdrivende i prinsippet skal ha ansvar

⁶⁸Ot.prp.nr.80 s.58

⁶⁹Martinussen (2010) s.71

⁷⁰Krüger (1999) s.391, Tverberg (2008) s.456

⁷¹Herre (1999) s.125

for oppfyllelsen etter avtalen.⁷² Denne begrunnelsen i svensk rett for risikoovergang kan anvendes som et reelt hensyn. Salgstingen er til avhjelp hos selgeren fordi tingen i utgangspunktet ikke oppfyller avtalen. Det vil dermed måtte anses som rimelig at selgeren svarer for tap og skade som rammer tingen, til den mangelfritt er levert til forbrukeren.

Konklusjonen er at selgeren skal bære risikoen for tap og skade på salgstingen som skyldes hendelige uhell under avhjelp.

I tråd med dette synes det riktig å hevde at selgeren også har risikoen for erstatningsgjenstanden som forbrukeren kan ha krav på etter forbrukerkjøpsloven §30 tredje ledd.

⁷²Herre (1999) s.125

3 Unntaket fra forbrukerens krav på retting og omlevering

Forbrukerens rett til retting eller omlevering gjelder ikke dersom vedkommende beføyelse er ”umulig” eller ”volder selgeren urimelige kostander”, jf. forbrukerkjøpsloven §29 første ledd. Det er normalt opp til selgeren å vise at den beføyelsen forbrukeren krever, er umulig eller innebærer urimelige kostander.⁷³ Unntaket knytter seg for det første til forbrukerens valgrett mellom retting og omlevering. Det vil si at forbrukeren ikke kan velge mellom retting eller omlevering om et av alternativene er umulige, eller volder selgeren urimelige kostander. For det andre knytter unntaket seg til de tilfellene hvor både retting og omlevering er umulig, eller volder selgeren urimelige kostander.

3.1 Tolkning av forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd etter Støvelettdommen

Støvelettdommen er med på å innskrenke forbrukerens valgrett i avhjelpe fordi Høyesterett la vekt på miljøhensyn.

Saken gjaldt et par støvletter til kr. 1360, hvor hælen på den ene falt av seks uker etter kjøpet. Det var på det rene at dette utgjorde en mangel. Spørsmålet var om kjøperen kunne kreve omlevering, eller om hun måtte godta retting. Det ble i saken lagt til grunn at omlevering ville koste kr. 450, mens reparasjonskostnadene ville utgjøre ca. kr. 65. Retting ville ikke på noen måte forringe støvlettene, verken funksjonelt eller estetisk. Hælen ville bli skrudd fast til støvletten, og dette ville sannsynligvis gjøre den sterkere enn en ny. Høyesterett presiserer at retting av mangelen i dette tilfellet kunne ha skjedd innenfor lovens rammer og dermed også uten vesentlig ulempe for kjøperen.

Det sentrale spørsmålet i saken var tolkningen av forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd første punktum. Spørsmålet var om kostandene ved omlevering og retting skulle sammenlignes, eller om det var den beløpsmessige forskjellen mellom omlevering og retting som var avgjørende.

⁷³Ot.prp.nr.80 s.183

Høyesterett (flertallet) mente at lovteksten var uklar i forhold til løsningen. På bakgrunn av forarbeidene og forbrukerkjøpsdirektivet la de vekt på at vurderingen skulle knyttes til forholdstallet mellom kostnadene ved retting og omlevering. Flertallet pekte på at det isolert sett vanskelig kunne sies at omlevering til en merkostnad på knapt kr. 400 ville volde en næringsdrivende urimelige kostnader. Retten trakk imidlertid inn den samlede omsetningen av sko i Norge og pekte på at den enkelte butikk årlig mottar et betydelig antall reklamasjoner, hvor det kan bli spørsmål om omlevering eller retting. I et slikt perspektiv fikk den beløpsmessig forskjellen ved retting og omlevering mindre betydning.

I begrunnelsen for å avskjære forbrukerens rett til å velge omlevering uttalte flertallet i Høyesterett det ikke eksisterer et brukmarked for sko. Dette er i motsetningen til hva som er situasjonen for andre av dagliglivets forbruksgjenstander. En plikt til omlevering for selgere ville dermed føre til at fottøy i atskillig utstrekning ble kastet. De viste til at en plikt for selgere til å omlevere vil føre til at det etableres en bruk og kast ordning som det generelt kan være grunn til å ta avstand fra. De pekte på at det ut fra en bred samfunnsøkonomisk betraktning vil være grunn til å reagere mot at forbrukerkjøpsloven anvendes, slik at den fører til manglende bruk av tilgjengelige ressurser.

På bakgrunn av dette forsøkte Høyesteretts flertall å trekke opp generelle retningslinjer for når selgerens kostnader vil være urimelige. Retten skriver at når loven oppstiller som vilkår at selgerens påføres urimelige kostnader, ligger det i dette et krav om at omleveringskostnadene må være vesentlig høyere enn reparasjonskostnadene. I denne saken var det tale om et forhold på 7 til 1. Retten antar at kravet til vesentlighet bør være oppfylt der forskjellen er betydelig mindre – ned mot forhold 2 til 1 eller 3 til 1.

Flertallet i Høyesterett er kritisert for denne uttalelsen. For det første skriver mindretallet at det er begrenset hva Høyesterett naturlig kan bidra med ved behandling av en enkelt sak. I den juridiske teorien bruker Lilleholt disse generelle uttalelsene som illustrasjon på at Høyesterett ”bør holde seg til saken”. Han mener at Høyesterett ikke kan bidra til rettsavklaring gjennom enkeltstående dommer som anvender lovfaste, skjønnsmessige kriterier.⁷⁴

⁷⁴Lilleholt (2007) s.525 - 526

Tverberg skriver også at dommen gjelder et par støvletter, slik at deler av premissene nok så konkret er knyttet til markedet for salg av sko.⁷⁵ Han skriver videre at dommen trolig vil gi god veiledning for produkter i en sammenlignbar prisklasse som de aktuelle støvlettene, herunder for eksempel brune- og hvitevarer. Men for produkter der det eksisterer et bruktmarked som selgeren kan opptre i etter å ha reparert den omleverte tingen, må muligheten til å selge tingen trekkes inn i hva som er hans kostnader ved vurderingen av retting og omlevering.

I Støvelettdommen la Høyesterett (flertallet) vekt på at det var uheldig om loven etablerte en ”bruk og kast” – ordning, og brukte dette som argument for å begrense forbrukerens rett til å velge omlevering fremfor retting. Miljøhensynet blir anvendt som et reelt hensyn i dommen, og flertallet i Høyesterett ser dette hensynet som svært sentralt i tolkningen av forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd.

Støvelettdommen er et prejudikat som fører til at forbrukerens valgrett mellom retting og omlevering er innskrenket i de tilfellene hvor det kan argumenteres med at retting i større grad vil innebære at miljøhensyn blir ivaretatt.

3.2 Avhjelp er ”umulig”

En naturlig språklig forståelse av at ”gjennomføring av kravet er umulig”, er at det ikke lar seg gjøre å reparere eller levere ny salgsting. Bestemmelsen sikter til at retting og omlevering rent faktisk ikke lar seg gjøre. Det er ikke nok at gjennomføring av kravet vil påføre selger vesentlige ulemper eller kostnader.

Alternativet ”umulig” er nytt i forbrukerkjøpsloven, og det er hentet fra forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.3. Av direktivet fremgår det at forbrukeren i første omgang kan kreve at selgeren utbedrer varen eller omleverer, med mindre dette er ”umulig”.

⁷⁵Tverberg (2008) s.469

3.3 Retting er “umulig”

Hva som ligger i selve vilkåret er ikke utdypet i lovteksten eller forarbeidene til forbrukerkjøpsloven. Umulighetsvilkåret har ingen parallell i kjøpsloven, da loven opererer med ”ulempe”. Det kan likevel hentes momenter fra forarbeidene til kjøpslovens §34 første ledd om kjøperens krav på retting og omlevering (avhjelp). Forarbeidene fremhever blant annet at selgerens plikt til å foreta retting, beror på de tekniske og praktiske mulighetene til dette⁷⁶. Det fremheves videre at næringsdrivende selgere ofte vil ha serviceapparater som er beregnet til å utbedre mangler. På bakgrunn av dette vil næringsdrivende selgere lettere bli ansett pliktig til å rette mangler.

Retting er ”umulig” der det mangler bestemte deler og det ikke finnes tilsvarende.⁷⁷ Retting vil være ”umulig” i de tilfellene hvor varen ikke er ekte, og i de tilfellene hvor det foreligger en rettsmangel ved tingen og det beror på tredjemann om denne kan fjernes. Umulighet kan også foreligge der selgeren har gitt uriktige opplysninger om salgstingen, og dermed lovet egenskaper ved tingen som ikke har rot til virkeligheten.

Det vil ikke innebære umulighet at selgeren ikke selv er i stand til å rette tingen, så lenge han ”sørger” for at andre gjør det, jf. forbrukerkjøpsloven §29 første ledd første punktum.

3.4 Omlevering er ”umulig”

”Umulig” tolkes etter forbrukerkjøpdirektivet slik at brukte ting vil være umulig å omlevere.⁷⁸ Dette er også fulgt opp i forbrukerkjøpsdirektivets fortale punkt 16 hvor det står at brukte varer etter sin natur vanligvis er umulig å omlevere. Forbrukerens rett til omlevering gjelder derfor vanligvis ikke for brukte varer.

Det utelukkes imidlertid ikke i forarbeidene at brukte varer kan kreves omlevert, jf. tidligere drøftelser. Dette trekker i retning av at forbrukeren også kan kreve omlevering av brukte varer.

⁷⁶Ot.prp.nr.80 s.84

⁷⁷Ot.prp.nr.44 s.183

⁷⁸Ot.prp.nr.44 s.184

”Umulig” er ment å ha samme innhold som kjøpsloven §34 annet ledd tredje punktum.⁷⁹ I kjøpsloven §34 gjøres det unntak for tilfeller hvor ”kjøpet gjelder en ting som foreligger ved kjøpet og har slike egenskaper at den ut fra partenes forutsetninger ikke med rimelighet kan erstattes med en annen”. Det vil si at kjøperen bare har krav på omlevering i genuskjøp. Forbrukeren kan bare kreve at selgeren omleverer en salgsting som kan erstattes med en annen salgsting.

I praksis flyter spørsmålet om hva som er ”umulig” over i spørsmålet om det finnes ”tilsvarende ting”. Det avgjørende for om kravet ”tilsvarende ting” er oppfylt, er om tingen det omleveres med har ”fullt ut de samme egenskaper som den opprinnelige salgsgjenstanden”.⁸⁰ Det er dermed avtalens beskrivelse av salgsgjenstanden, og eventuelt partenes forutsetninger knyttet til det enkelte kjøpet, som blir avgjørende for hvilke egenskaper som er relevante ved en sammenligningen.

Salgsting som vil kunne være umulig å omlevere er brukte ting, kunstverk og lignende. Omlevering vil også være umulig å omlevere der det ikke finnes ny tilsvarende vare. Dette kan være tilfelle hvor salgstingen er masseprodusert og har gått ut av produksjon. Omlevering vil ikke være umulig der salgstingen lar seg produseres eller bestille til selgerens lager.

3.4.1 Omlevering med bedre salgsting

Det er uomtvistet at forbrukeren ikke kan kreve omlevering med bedre ting. Han eller hun har kun krav på ”tilsvarende ting”. Problemstillingen er om selgeren kan kreve å omlevere med bedre ting.

Bedre ting vil si at salgstingen som blir omlevert er bedre enn den opprinnelige leverte. En fornyet utgave av en telefon eller et TV vil være å anse som en bedre ting. Det må imidlertid trekkes en grense mot varer som stadig fornyes. Det vil si at varer som må leveres i fornyet utgave fordi den opprinnelige modellen har gått ut av produksjon, vil være å anse som ”tilsvarende ting”. Slike ting er det nærmeste man kommer de opprinnelige leverte salgstingene. Problemstillingen, om selgeren kan kreve å levere bedre ting, vil være aktuell i tilfeller hvor det finnes tilsvarende salgsting, men hvor selgeren ønsker å levere en fornyet eller bedre ting enn den opprinnelige leverte. Problemstillingen vil også være aktuell der det

⁷⁹Ot.prp.nr.80 s.183

⁸⁰NOU 1993:27 s.133

ikke finnes ”tilsvarende ting”, i betydning full identisk, men selgeren ønsker å levere en salgsting med bedre egenskaper.

Spørsmålet om selgeren kan kreve å omlevere med bedre ting kommer særlig på spissen ved omlevering som defensiv beføyelse. Hvis man for eksempel nærmer seg utløpet av alminnelig reklamasjonsfrist kan det tenkes å være mer gunstig for forbrukeren å kreve heving fordi han eller hun ved tilbakebetaling av kjøpesummen kan få råd til en salgsting som er enda ”bedre” enn det selgeren tilbyr.

Det bør som utgangspunkt ikke være noe i veien for at selgeren ønsker å omlevere med en bedre gjenstand enn det forbrukeren opprinnelig har kjøpt. Forbrukeren vil få en bedre salgsting enn tilsvarende ting, og lovens vilkår om at selgeren ”leverer tilsvarende ting” kan anses oppfylt, om man ikke tolker vilkåret strengt. Forbrukerkjøpsdirektivet er heller ikke til hinder for dette, da det er et minimumsdirektiv og lovgiver står fritt til å verne forbrukeren sterkere enn det som fremgår av direktivet, jf. direktivet artikkel 8 nr.2. Dette trekker i retning av at selgeren bør kunne omlevere med bedre ting.

På den andre siden vil det å tillate at selgeren omleverer en bedre ting enn en ”tilsvarende ting”, føre til at man beveger seg bort fra lovtekstens betydning. En utvidende tolkning av selgerens rett til å omlevere kan føre til at det blir vanskeligere for forbrukeren å heve avtalen. Heving vil si at forbrukeren leverer tilbake salgstingen hos selgeren, og selgeren overfører penger til forbrukeren. En forbruker kan ha et ønske om å fri seg fra avtalen i stedet for å få en bedre ting der tingen er kjøpt med et formål, eller et ønske om å få nettopp den tingen. En forbruker som kjøper en mobiltelefon fordi vedkommende ønsker seg nettopp denne utgaven av telefonen, ønsker ikke nødvendigvis omlevering med en nyere versjon av mobiltelefonen. Dette selv om telefonen kan anses som en ”bedre ting” enn den opprinnelige leverte.

Forbrukerklageutvalget synes å ha tatt det standpunktet at det avgjørende er om varen som tilbyes omlevert er ”tilsvarende”. FTU-2004-619 gjaldt klage over gjentatte feil på en datamaskin. Selger tilbød forbrukeren en datamaskin av en nyere generasjon, og en bedre utgave enn den han opprinnelig hadde kjøpt. Utvalget la vekt på at det ikke er avgjørende. Det avgjørende er at selgeren skal kunne tilby ny identisk vare til kjøperen. I FTU-2014-899 som gjaldt prinsipalt krav om omlevering av kanalboks for internett-TV uttalte forbrukerklageutvalget at vilkåret ”tilsvarende ting” i tidligere avgjørelser er tolket strengt slik at det i praksis må være tale om en identisk vare. Forbrukeren krevde omlevering av en

annen type kanalboks enn den han egentlig kjøpte, og selgeren tilbød denne dekodere mot et mellomlegg. Kravet om omlevering førte ikke frem fordi det ikke var tale om ”tilsvarende ting”. Selv om forbrukeren prinsipielt ønsket omlevering i den nevnte sak, hjalp ikke dette da varene ikke kunne anses for å være identiske.

Den juridiske teorien går i motsatt retning. Tverberg, med henvisning til Selvig, mener at selgeren har en rett til å omlevere med en bedre gjenstand.⁸¹ Hvis en ting ved den opprinnelige leveringen på alle måter er bedre enn det forbrukeren kunne kreve, vil det ikke foreligge kontraktsbrudd ved at selgeren tilbyr en bedre gjenstand. Forbrukeren kan da ikke avvise selgerens leveringstilbud. Det presiseres imidlertid at det ikke er godt nok å tilby en ting som på noen punkter er bedre enn det opprinnelige leverte og på noen punkter dårligere, selv om tingen totalt sett kan sies å være bedre. Hvis det kan være tvil om tingen på alle punkter er bedre, må forbrukeren kunne avvise selgerens tilbud om en bedre gjenstand. Forbrukeren må også kunne avvise tilbudet hvis omleveringen innebærer at han eller hun må sette seg inn i nye bruksanvisninger og lignende, med mindre det er tale om bagatellmessige byrder.

Det kan ikke tas for gitt at egenskapene hos salgstingen nødvendigvis kan klassifiseres som bedre eller dårligere. Av og til er egenskapene bare forskjellige. FTU-2014-74 gjaldt klage over omlevert badekar. Forbrukerklageutvalget uttalte at det er på det rene at det opprinnelige badekaret og det omleverte har ulik utforming hva angår avløp og uteseende, selv om det er samme modell. Det omleverte badekaret kan ikke tilfredsstillende lovens krav til ”tilsvarende ting” da badekarene ikke er identiske.

Forbrukerens subjektive oppfatning av hva som anses som ”bedre ting” vil ikke nødvendigvis være i overensstemmelse med flertallets eller selgerens syn. Hvis en TV-skjerm endrer størrelse er det ikke gitt at en større størrelse på skjermen er å anse som ”bedre”. Noen forbrukere vil ha kjøpt den opprinnelige TV-skjermen nettopp fordi den hadde en liten størrelse. Dette trekker i retning av at selgeren ikke bør kunne kreve å omlevere med bedre salgsting.

Lovens bruk av ”tilsvarende ting” og langvarig FTU-praksis bør tillegges størst vekt. Konklusjonen er dermed at selgeren ikke kan kreve å omlevere med bedre ting.

⁸¹Tverberg (2008) s.460

3.5 Avhjelp volder selgeren ”urimelige kostnader”

Selgeren er fritatt fra plikten til å rette eller omlevere om ”gjennomføringen av kravet (...) volder selgeren urimelige kostnader”. En naturlig språklig forståelse av ”urimelige kostnader” er at en reparasjon eller levering av ny tilsvarende salgsgting ikke må bli for dyr for selgeren.

Det fremgår av forarbeidene at vilkåret innebærer at det i ”urimelige kostnader” ikke kan legges vekt på rene ulemper for selgeren, så lenge disse ikke kan omregnes til en kostnad.⁸² Begrepet ”kostand” må i denne sammenheng forstås vidt slik at ikke bare rene utlegg, som innkjøp av materialer, omfattes. Bruk av arbeidskraft og andre ressurser knyttet til en reparasjon er også omfattet.

Unntaket ”urimelige kostnader” er hentet fra forbrukerkjøpsdirektivet art.3 nr.3. Unntaket er bygd opp ulikt i forhold til direktivet. For det første bruker direktivet ordlyden ”uforholdsmessig”, mens lovgiver har valgt å bruke ”urimelige kostnader”. I forarbeidene til forbrukerkjøpsloven er det uttalt at endringen sammenlignet med direktivteksten er gjort av informative grunner og at det ikke er en realitetsforskjell.⁸³ Lovgiver har mest sannsynlig hatt forbrukeren i fokus og unngått omveien innom uforholdsmessighetskriteriet. Det avgjørende vil uansett være om kostnadene er urimelige.

For det andre er det usikkert hvor langt forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.3 annet ledd rekker. Bestemmelsen sier at retting eller omlevering skal anses som ”uforholdsmessig” dersom rettingen eller omleveringen påfører selgeren urimelige kostnader. I vurderingen av om kostnadene er urimelige skal det sammenlignes med den alternative beføyelsen. Det er uklart om den ”alternative beføyelsen” kun tar sikte på avhjelpsbeføyersene retting og omlevering, eller samtlige av beføyersene i direktivet, som prisavslag og heving. Ordlyden, ”den alternative beføyelsen”, står i entall og dette trekker i retning av at det kun er avhjelpsbeføyersene som er omfattet. Fortalen til direktivet trekker også i denne retningen. I fortalens punkt 11 står det at forbrukeren kan kreve retting av mangelen eller omlevering, med mindre disse beføyersene vil være umulige eller uforholdsmessige. Høyesterett har bygget på den samme løsningen i Rt.2006.179 (Støvelettdommen). Høyesterett uttaler i avsnitt 31 at fortalen til forbrukerkjøpsdirektivet peker på forholdet mellom kostandene ved retting og omlevering. I avsnitt 32 uttaler Høyesterett at når forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd nevner

⁸²Ot.prp.nr.44 s.183

⁸³Ot.prp.nr.44 s.183

”verdien av en mangelfri ting” som moment i rimelighetsvurderingen, tyder dette på at forholdet mellom de to kostnadsalternativene er av interesse. Høyesterett skriver imidlertid i samme avsnitt at uttalelsen i Ot.prp.nr.44 (2001-2002) s.183, om ”at det ved salg av billig varer sjeldnere vil være grunnlag for å nekte omlevering enn ved salg av kostbare varer” tyder på at lovgiver ikke så for seg urimelighetsvurderingen som utelukkende skulle knyttes til forholdstallet mellom retting og omlevering. Høyesterett legger avslutningsvis til grunn at når loven oppstiller et vilkår om at selgeren påføres urimelige kostnader, ligger det et krav om at omleveringskostnadene må være vesentlig høyere enn reparasjonskostnadene, jf. avsnitt 43.

For det tredje bruker loven i §29 annet ledd ordet ”særlig”, som ikke er å finne i direktivet. Det skal etter loven ”særlig legges vekt på” på de oppramsede momentene. Forarbeidene sier at oppregningen bygger på direktivets artikkel 3 nr.3 annet ledd, men er ikke ment å være uttømmende. Presiseringen kan ha sin verdi ved at også andre momenter enn de nevnte kan være relevante, så lenge det ikke fører til en dårligere løsning for forbrukeren enn det som følger av direktivet.

3.5.1 Kostnadene – utgangspunktet for vurderingen

Formålet med unntaket er å beskytte selgeren. Unntaket er ment som en sikkerhetsventil slik at selgeren ikke skal bli utsatt for urimelige og tilfeldige resultater. Det er likevel viktig å huske på at forbrukerkjøpsloven i seg selv er gitt med siktemål på å styrke forbrukernes rettigheter.

Det er ikke samsvar mellom forarbeider og forbrukerkjøpsdirektivet i tolkningen av hva som skal legges til grunn i kostnadsvurderingen.

I forarbeidene til forbrukerkjøpsloven står det ”at selgeren bare kan avvise kjøperens krav på omlevering dersom hans eller hennes kostnader ved omlevering er vesentlig høyere enn ved retting.”⁸⁴ Omvendt kan selgeren bare avvise kjøperens krav om retting dersom kostnadene ved retting er vesentlig høyere enn ved omlevering.

Unntaket ”urimelige kostnader” er hentet fra forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.3. Der står det at forbrukeren kan kreve avhjelp med mindre dette er ”uforholdsmessig”. Utgangspunktet for urimelighetsvurderingen fremgår av fortalen til forbrukerkjøpsdirektivet punkt 11. Hvor

⁸⁴Ot.prp.nr.44 s.184

det står at det på en objektiv måte bør avgjøres om en beføyelse er uforholdsmessig. En beføyelse vil anses som uforholdsmessig dersom den påfører selgeren kostnader som er urimelige i forhold til kostnadene ved en annen beføyelse. Kostnadene anses som urimelige dersom de er vesentlig høyere enn kostnadene ved den andre beføyelsen.

Uttalelsene i Ot.prp.nr.44 (2001-2002) når det gjelder kostandskriteriet samsvarer ikke med forbrukerkjøpsdirektivet. Forarbeidene legger vekt på at kostnaden må være vesentlig høyere enn kostnaden ved den andre beføyelsen, og de sikter da kun til retting og omlevering. De tar ikke høyde for at kostandene skal sammenlignes med andre misligholdsbeføyelser som erstatning, heving eller prisavslag.

I direktivets fortale er ordlyden ”den andre beføyelsen” også benyttet. Denne formuleringen må imidlertid leses i sammenheng med hele bestemmelsen hvor ordlyden ”annen beføyelse” også er benyttet. Dette trekker i retning av at direktivet ikke har ment at det kun er retting og omlevering som skal sammenlignes ved kostnadsvurderingen, men at det også er en åpning for at andre misligholdsbeføyelser kan være aktuelle. Forbrukerkjøpsdirektivet er et minimumsdirektiv som Norge er forpliktet til å oppfylle. Det er dermed nærliggende å konkludere med at selgeren bare kan avvise forbrukerens krav på retting eller omlevering om kostnadene ved en av disse beføysene er vesentlig høyere enn ved andre beføyelser, som for eksempel prisavslag, heving eller erstatning.

Retting og omlevering vil ikke nødvendigvis være aktuelle i alle situasjoner. Dette trekker i retning av at ikke bare disse to beføysene bør sammenlignes i kostnadsvurderingen.

Hva som er å anse som ”kostnader” må avgjøres konkret ut fra en samlet helhetsvurdering.⁸⁵ Departementet erkjenner at et slikt vilkår kan skape tvister, men de presiserer at det ikke skiller seg fra liknende vilkår i loven.⁸⁶ Videre uttaler de at det vanskelig å lage et presist kriterium som samtidig gir tilfredsstillende resultater i de fleste tilfeller. Departementet har kommet med eksempler for å prøve å belyse noen av tolknings spørsmålene som kan oppstå.⁸⁷

Når det gjelder retting kan det tenkes tilfeller der det rent praktisk lar seg gjøre å reparere mangelen, men at utgiftene blir så store at det må anses ”urimelig” å forlange at selgeren skal foreta avhjelp. Dette kan for eksempel være tilfelle om kjøperen bor i utlandet, og selgeren er

⁸⁵Ot.prp.nr.80 s.84

⁸⁶Ot.prp.nr.80 s.84

⁸⁷Ot.prp.nr.80 s.85

avhengig av å sende sine folk til kjøperen for å foreta retting. Tilsvarende vil selgeren kunne bli fritatt plikten til retting om det medfører urimelig mye arbeid i form av demontering, innmontering eller reparasjon. Selgeren blir ikke fritatt fra avhjelpskravet ved at det koster mye å skaffe deler eller tilbehør som skulle ha fulgt med i henhold til avtalen.

I vurderingen av om kostandene er urimelige skal det særlig legges vekt på ”verdien av en mangelfri ting, mangelens betydning og om andre beføyelser kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for forbrukeren”, jf. forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd.

3.5.2 Mangelfri salgsting

”Mangelfri ting” er ment å ha den samme definisjonen som i forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.3 annet ledd. Der er det fremhevet at det i vurderingen skal tas hensyn til den verdi varen ville ha hatt dersom den hadde vært avtalemessig. Det vil si at det skal tas hensyn til den verdien salgstingen ville hatt dersom den hadde vært i samsvar med det som er avtalt mellom selgeren og forbrukeren.

Det fremgår av forarbeidene til forbrukerkjøpsloven at det ved salg av billige varer sjeldnere vil være grunnlag for å nekte omlevering, enn ved salg av kostbare varer.⁸⁸ Det vil si at selgeren må tåle større kostnader ved retting og omlevering når tingen er kostbar, enn når den er billig.

Det fremgår av Støvelettdommen at det for Høyesterett (flertallet) ikke er tvilsomt at det absolutte beløpet er relevant i urimelighetsvurderingen etter forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd. Det vil si at forbrukeren kan få en større rett til å velge omlevering ved kjøp av rimeligere varer enn ved kjøp av dyrere varer, jf. avsnitt 51. At kronebeløpet har en slik betydning ser flertallet som en naturlig språklig forståelse av ”urimelige kostander” i forbrukerkjøpsloven §29 første ledd. Dette fremgår videre i ordlyden ”verdien av en mangelfri ting”.

3.5.3 Mangelens betydning

”Mangelens betydning” er etter forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.3 annet ledd å forstå som betydningen av den manglende avtalemessigheten. Det vil si at den betydningen

⁸⁸ Ot.prp.nr.44 s.184

mangelen har for forbrukeren skal legges til grunn i helhetsvurderingen. Spørsmålet er om det i vurderingen av mangelens betydning skal legges til grunn en subjektiv eller en objektiv vurdering.

Forbrukerkjøpsloven gir ikke svar på om det kan legges vekt på hvilke betydning mangelen har for den enkelte forbrukeren eller om det skal legges til grunn en objektiv vurdering.

I forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd står det at andre beføyelser kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for forbrukeren. ”For forbrukeren” trekker i retning av at mangelens betydning skal tolkes ut i fra forbrukerens perspektiv og at subjektive forhold dermed skal legges til grunn.

En tolkning ut fra forbrukerens perspektiv vil si at mangelens betydning skal tolkes slik forbrukeren ser betydningen av mangelen. Det vil si at om forbrukeren mener at salgstingens mangel har stor betydning for han følelsesmessig vil dette måtte bli en del av vurderingen. Følelsesmessige betydninger og andre subjektive synspunkter kan føre til at vurderingen av mangelens betydning blir mer omfattende enn den hadde trengt å være for å ivareta forbrukerens rettigheter.

Det fremgår av forarbeidene til kjøpsloven at det i utgangspunkt ikke skal være realitetsforskjell mellom forbrukerkjøpsloven og kjøpsloven.⁸⁹ I forarbeidene til kjøpsloven fremgår det at det skal legges vekt på mangelens betydning for kjøperen.⁹⁰ Det avgjørende er ikke hva kjøperen selv mener om mangelens betydning. Det er den konkrete kjøperens situasjon som skal vurderes.

På bakgrunn av dette er det mest hensiktsmessig å konkludere med at det i vurderingen av mangelens betydning skal legges til grunn en objektiv vurdering.

3.5.4 Andre beføyelser som sammenligningsgrunnlag

Til sist skal det i urimelighetsvurderingen legges vekt på ”om andre beføyelser kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for forbrukeren”.

⁸⁹Ot.prp.nr.44 s.185

⁹⁰Ot.prp.nr.80 s.84

I forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr.3 annet ledd, er ordlyden ”om den alternative beføyelsen kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for forbrukeren” benyttet. Som omhandlet over trekker forbrukerkjøpsdirektivet i retning av at vurderingen er ment å omfatte alle misligholdsbeføyelsene.

Det fremgår av forarbeidene til kjøpsloven, som departementet har sluttet seg til,⁹¹ at det ved vurderingen skal tas hensyn til mulighetene for å få mangelen avhjulpet på en annen måte enn ved omlevering. Ved tilvirkningskjøp vil for eksempel selgeren bli sittende igjen med mangelfull, spesiallaget vare som han mest sannsynlig ikke får solgt. I slike tilfeller bør det særlig tas hensyn til muligheten for å få rettet mangelen. Forarbeidene viser kun eksempler med retting og omlevering, men det fremgår ikke at andre misligholdsbeføyelser er utelukket. Forarbeidene bør dermed ikke tolkes slik at lovgiver har ment at ”andre beføyelser” kun skal omfatte retting og omlevering. Det i utgangspunkt ikke er ment å være realitetsforskjell mellom forbrukerkjøpsloven og kjøpsloven, og dette trekker i retning av at sammenligningsgrunnlaget er alle misligholdsbeføyelsene.

Ordlyden i forbrukerkjøpsdirektivet og forbrukerkjøpsloven trekker dermed i retning av at alle misligholdsbeføyelser kan bli tatt med i vurderingen av ”om andre beføyelser kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for forbrukeren”.

3.6 Dekning av transportutgifter

Problemstillingen er hvem som skal dekke transportutgifter i forbindelse med retting og omlevering. Problemstillingen er særlig aktuell fordi avhjelp skal skje ”uten kostnad” for forbrukeren, jf. forbrukerkjøpsloven §30, og uten å volde selgeren ”urimelige kostnader”, jf. forbrukerkjøpsloven §29 annet ledd.

Selgeren kan bli fritatt for avhjelpsplikten der retting eller omlevering volder ham ”urimelige kostnader”, jf. forbrukerkjøpsloven §29 første ledd. Forbrukeren vil da kunne gjøre andre misligholdsbeføyelser gjeldene, som prisavslag, heving eller erstatning.

⁹¹Ot.prp.nr.44 s.184 jf. Ot.prp.nr.80 s.84

I de tilfellene hvor selgeren skal utføre avhjelp kan det bli spørsmål om transportutgiftene alene kan volde selgeren ”urimelige kostnader”. Ordlyden setter ikke en stopper for at en slik løsning kan gjøres gjeldene. Transportutgiftene vil utgjøre en del av rettingen og omleveringen, og kan dermed påføre selgeren ”urimelige kostnader”.

Hvis transporten volder selgeren urimelige kostnader, kan selgeren motsette seg avhjelpen. Dette trekker i retning av at terskelen for når transportkostnader skal anses som ”urimelige kostnader” bør være høy. Det er den som misligholder kontrakten som er nærmest til å bære kostnadene. I tilfeller hvor det er tale om avhjelp er det selgeren som har misligholdt, og dermed er han eller hun som er nærmest til å bære risikoen for kostnader.

FTU-praksis viser at det som utgangspunkt er selgeren som dekker transportkostnader. FTU-2013-373 gjaldt kjøp av bruktbil. Klageren mente at selgeren burde dekke utgifter ved kjøring til og fra verksted ved to anledninger, samt ved innlevering og henting av bilen ved utbedring av den kjøpsrettslige mangelen. Forbrukerklageutvalget skrev at økonomisk tap tilknyttet kjøpsrettslige mangler kan krevers erstattet, og klageren fikk dekket de økonomiske tap som var sannsynliggjort.

Det kan tenkes eksempler på tilfeller hvor det vil påføre selgeren urimelige kostnader å dekke transportkostnadene. Om forbrukeren tar med seg salgstingen til utlandet eller reiser langt vekk, vil det ikke være rimelig at selgeren skal dekke transportkostnadene om disse blir høye. Det bør imidlertid ikke tillegges betydning hvor i verden forbrukeren befinner seg om transportkostnadene ikke kan anses for å være urimelige store.

Forbrukeren har krav på retting og omlevering kostnadsfritt, jf. forbrukerkjøpsloven §30 første ledd. Dette trekker i retning av at selgeren bør dekke transportkostnadene. En løsning hvor selgeren blir fritatt for transportkostnadene om disse blir urimelig store kan forsvares fordi forbrukeren kostnadsfritt kan få dekket sine utgifter på andre måter. Han eller hun kan for eksempel få prisavslag eller erstatning.

Konklusjonen er at selgeren som utgangspunkt skal dekke transportutgifter i forbindelse med retting og omlevering, med mindre kostnadene kan anses for å være urimelige.

4 Oppsummering og avsluttende betraktninger

Oppgaven har tatt for seg forbrukerens rett på retting og omlevering. Med oppgaven ville jeg undersøke hvordan forbrukerens krav på avhjelp er etter gjeldene lovgiving. Vi har sett at forbrukervernet er sterkt og at forbrukeren kan kreve både retting og omlevering som misligholdsbeføyelser av selger. Selv om lovverket verner forbrukeren, har vi også sett at det foreligger en rekke vage ord og uttrykk som det er vanskelig for den enkelte forbruker selv å få tak på.

Oppgaven har gjort meg oppmerksom på at det ikke alltid er samsvar mellom forbrukerkjøpsloven og forbrukerkjøpsdirektivet. Det er grunn til å kritisere lovgiver for at det kan oppstå mulig motstrid mellom lovtekst og direktivet.

Litteraturliste

JURIDISK LITTERATUR

- Hagstrøm, Viggo, *Kjøpsrett*, 2.utgave ved Herman Bruserud (Oslo 2015)
Selvig, Erling, Kåre Lilleholt, *Kjøpsrett til studiebruk*, 4.utgave (Oslo 2010)
Martinussen, Roald, *Forbrukerkjøp*, 2.utgave (Oslo 2010)
Tverberg, Arnulf, *Forbrukerkjøpsloven med kommentarer*, 1.utgave (Oslo 2008)
Lilleholt, Kåre, *Kvifor norsk rett ikkje er case law*, i *Rett og toleranse Festeskrift til Helge Johan Thue*, Artikkel (Oslo 2007)
Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, 4.utgave (Bergen 1999)
Herre, Johnny, *Konsumentköplagen: en kommentar*, 2.utgave ved Jan Ramberg (Stockholm 1999)

LOVER

- Lov 17.februar 2017 nr.2 om Forbrukerklageutvalget (forbrukerklageloven)
Lov 21.juni 2002 nr.34 om forbrukerkjøp
Lov 27.november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.(EØS-loven)
Lov 16.juni 1989 nr.68 om håndverktjenester m.m. for forbrukere
Lov 13.mai 1988 nr.27 om kjøp
Lov 14.juni 1974 nr.36
Lov 31.mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
Lov 24.mai 1907 nr. 2 om kjøb
Lov 15.april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske

FORARBEIDER

- Ot.prp.nr.44 (2001-2002)
Ot.prp.nr.80 (1986-1987)
Ot.prp.nr.25 (1973-1974)
NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov
Regjeringens proposition 1989/90:89 om ny konsumentköplag

KONVENSJONER

- Europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF av 25.mai 1999 om vise sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier (forbrukerkjøpsdirektivet)

DOMMER OG AVGJØRELSER

Høyesterettsdommer

Rt.2007.1274 (Mobiltelefondommen)

Rt.2006.178 (Støvelettdommen)

Rt.2004.675 (Agurkpinnedommen)

Rt.1980.1586

Rt.1966.996

Rt.1963.1

Rt.1953.449

Vedtak av forbrukerklageutvalget

FTU-2014-74

FTU-2014-899

FTU-2013-373

FTU-2004-619