

Realitetsdrøftelser og reklamasjonsinnsigelser

Hvordan selger risikerer å miste muligheten til å påberope at kjøper har reklamert for sent

Kandidatnr: 173013
Leveringsfrist: 1.06.2010
Veileder: Erik Monsen

Til sammen 11497 ord

31/05/2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING	1
1.2	TERMINOLOGI	2
1.3	RETTSKILDER	2
<u>2</u>	<u>DEN RETTSLIGE BEGRUNNELSEN FOR TAP AV REKLAMASJONSINNSIGELSE</u>	<u>3</u>
2.1	OVERSIKT OVER PROBLEMSTILLING	3
2.2	ULOVFESTEDE PASSIVITETSPRINSIPPER	4
2.2.1	ELDRE TEORI	4
2.2.2	NYERE TEORI	5
2.2.3	FORELØPIG OPPSUMMERING	9
2.3	RETTSPRAKSIS	10
2.3.1	RT 1928 s 980	10
2.3.2	RT 1935 s 1014	11
2.3.3	RT 1949 s 961 LUBBA	11
2.3.4	RT 1984 s 962 MESTERHUS	12
2.3.5	NJA 1993 s 436	13
2.4	OPPSUMMERING	14
<u>3</u>	<u>LÆREN OM AT REALITETSDRØFTELSE NØDVENDIGVIS MEDFØRER TAP AV REKLAMASJONSINNSIGELSE</u>	<u>15</u>
3.1	HENSYN	15
3.2	RETTSPRAKSIS	16
3.2.1	RT 1920 s 831	16
3.2.2	RT 1934 s 740	18
3.3	OPPSUMMERING	18
<u>4</u>	<u>ABSOLUTTE OG RELATIVE REKLAMASJONSFRISTER</u>	<u>19</u>
4.1	GENERELT	19
4.2	BETYDNINGEN AV SKILLET MELLOM ABSOLUTTE OG RELATIVE REKLAMASJONSFRISTER	20
4.3	RT 1984 s 962 MESTERHUS BETYDNING FOR PRINSIPPET FRA RT 1960 s 143	21
4.4	OPPSUMMERING	22
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>24</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

I norsk rettspraksis finnes det en rekke eksempler på at en selgers innsigelse om at en reklamasjon er fremsatt for sent går tapt. Rettens drøftelser om hvorvidt innsigelsen er tapt, har ofte knyttet seg til om selgeren uten forbehold har innlatt seg i såkalte realitetsdrøftelser vedrørende kravet som det reklameres over.

Begrepet *realitetsdrøftelser* har i teori og rettspraksis blitt anvendt om tilfeller hvor en part, etter å ha mottatt en for sen reklamasjon går inn en diskusjon med motparten om hvorvidt det påberopte forhold er et mislighold. I kjøpstilfeller vil situasjonen normalt være at selger diskuterer med kjøper om det foreligger en mangel ved kjøpsobjektet. Hvis det er forsinkelse som kjøper påberoper som grunnlag for mislighold, vil diskusjonen vanligvis gå på om ytelsen var levert i rett tid.

På bakgrunn av denne rettspraksisen har enkelte i teorien stilt opp en lære om at en selger som innlater seg i realitetsdrøftelser om reklamasjonen, mister sin innsigelse om for sen reklamasjon som følge av dette. Solem skriver for eksempel i sin utgivelse av Stangs forelesninger fra 1942:

«Dersom selgeren uten å gjøre innvending om at reklamasjonen er kommet forsent, innlater seg på forhandling om realiteten i reklamasjonen, nytter det ikke senere å reise innvending om for sen reklamasjon, og selgeren må, om han mener at reklamasjonen er uberettiget, gjøre innsigelse i betimelig tid.» (s 191)

Kristen Andersen er tilnærmet like kategorisk i sin «Kjøpsrett» fra 1965:

«En slik opptreden fra selgerens side (å innlate seg i realitetsdrøftelser – min merknad) bevirker i sin alminnelighet at han avskjæres fra å påberope at reklamasjonen er for sent fremsatt.(...)Man skal dog i forbindelse med den foreliggende rettspraksis holde seg klart at forutsetningen for at selgeren kan avskjæres adgangen til å påberope reklamasjonens manglende rettidighet, synes å være at han forbeholdsløst og utvilsomt har gått inn på en realitetsdrøftelse.»

I nyere teori har imidlertid andre forholdt seg kritisk til en slik lære om at tap av innsigelse beror på om det er foretatt realitetsdrøftelser eller ikke.¹ Synspunktene har da vært at de rettsavgjørelser hvor reklamasjonsinnsigelser går tapt, enten kan forklares med at selgers opptreden er tolket som et frafall av innsigelsen, eller at innsigelsen har gått tapt som følge av noe som kort og upresist kan karakteriseres som passivitetsprinsipper. I denne fremstillingen skal det først forsøkes klarlagt hvilke rettslige grunnlag som kan medføre tap av reklamasjonsinnsigelser. Dette vil være tema under punkt 2. I forlengelsen av dette vil det også bli tatt stilling til eksistensen av en lære om at realitetsdrøftelser automatisk medfører at innsigelsen går tapt i punkt 3.

På bakgrunn av den foreliggende høyesterettspraksis hersker det dessuten usikkerhet om realitetsdrøftelsers betydning når absolutte reklamasjonsfrister oversittes. I Rt 1960 s

¹ Se Kolrud, «Reklamasjon og realitetsdrøftelser», *Ånd og rett : festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august 1997* Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup, Magnus Aarbakke (Red.) Oslo 1997, side 585 flg. Mosen, «Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser», *Jussens Venner 2010 nr 3*, Barbo, *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997 side 237

143 avviste Høyesterett at selgers realitetsdrøftelser under noen omstendighet skulle medføre at han ikke kunne påberope seg at den absolutte reklamasjonsfristen i lov 24. mai 1907 nr 02 om kjøb (Kjøpsloven 1907) § 54 var ute. I en senere avgjørelse, Rt 1984 s 968 Mesterhus, anså Høyesterett en innsigelse om at reklamasjonen var fremsatt etter en absolutt reklamasjonsfrist for tapt. Det kan derfor stilles spørsmål om Mesterhus medfører at Høyesterett har fraveket standpunktet fra Rt 1960 s 143. Dette vil bli gjenstand for drøftelse i punkt 4.

1.2 Terminologi

Jeg kommer i denne fremstillingen for enkelhets skyld til å bruke den kjøpsrettslige terminologien «selger» om den part som mottar reklamasjonen, og «kjøper» om den som fremmer den. Dette til tross for at problemstillingen ikke er forbeholdt kjøpstilfellene alene, også innenfor f. eks entrepriseretten kan innsigelsen gå tapt som følge av realitetsdrøftelser.

En annen mulighet hadde vært å bruke de mer overordnede obligasjonsrettslige begrepene «kreditor» og «debitor», men disse begrepene er relative til hvilket krav som behandles. Dette innebærer f. eks at i et kjøpstille vil selger være debitor i forhold til kjøpers krav om levering av varen, samtidig som han er kreditor i forhold til kravet om vederlag for varen. Når det gjelder det kravet som fremmes ved kjøpers reklamasjon vil selger her være debitor. For å unngå forvirring benyttes derfor hovedsaklig «kjøper» og «selger» som begrep i fremstillingen.

1.3 Rettskilder

Norsk obligasjonsrettslig lovgivning inneholder ingen bestemmelser om tap av reklamasjonsinnsigelse som følge av realitetsdrøftelser. Kjøpslovutvalget avviste også i NOU 1976: 34 side 83 muligheten for å lovfeste en slik regel for kjøpslovgivningens vedkommende. Spørsmålet om tap av reklamasjonsinnsigelse beror derfor på ulovfestet rett. Høyesterettspraksis vil følgelig være en sentral kilde i denne oppgaven.

Det foreligger en rekke Høyesterettsavgjørelser hvor spørsmålet om tap av reklamasjonsinnsigelser har vært oppe. Høyesterettspraksis er imidlertid til dels sprikende, og det bærende rettslige argumentet for eventuelt rettstap har sjelden vært formulert i klartekst. Den juridiske teorien har derfor forsøkt å analysere rettspraksis med tanke på å klarlegge vilkårene for rettstap. I teorien er problematikken vedrørende realitetsdrøftelsers betydning for muligheten til å påberope seg sen reklamasjon behandlet både som et selvstendig emne, men også i forbindelse med mer generelle analyser av de ulovfestede passivitetsprinsippene i norsk rett. På denne bakgrunn vil også juridiske teori utgjøre en viktig kilde for å klarlegge hvordan reklamasjonsinnsigelser kan gå tapt som følge av realitetsdrøftelser.

Ettersom de nærmere vilkårene for at en innsigelse skal gå tapt og det nærmere innholdet i de ulovfestede passivitetsprinsippene i norsk rett fremstår som uklart, vil også utenlandsk rettspraksis og litteratur være interessant som kilde.

Med tanke på det nordiske rettskulturelle fellesskap, som forøvrig står særlig sterkt innenfor obligasjonsretten, er det naturlig å konsentrere seg om nordisk rett.² Det vil

² Se f.eks. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, Oslo 2003 s 78: «En rekke av de lover som foreligger på obligasjonsrettens område, er blitt til i samarbeid mellom de nordiske land eller mellom noen av

derfor vises til svensk og dansk rettspraksis og litteratur der dette kan bidra til å klarlegge hvordan reklamasjonsinnsigelser kan gå tapt.

2 Den rettslige begrunnelsen for tap av reklamasjonsinnsigelse

2.1 Oversikt over problemstilling

Det kan anlegges ulike synsvinkler på hvorfor såkalte realitetsdrøftelser, uten at det tas forbehold, skal medføre tap av innsigelsen om for sen reklamasjon. For det første har retten ofte tolket selgers realitetsdrøftelser som et *dispositivt utsagn* om at han ikke kommer til å påberope seg at reklamasjonen er for sent fremsatt.

Dette må sees på den bakgrunn at en for sent fremsatt reklamasjon ikke automatisk blir uten virkning. Sen reklamasjon er et forhold som er nødt til å påberopes av selger for at reklamasjonen skal prekluderes. Utgangspunktet i norsk rett er videre at en kontraktspart fritt kan velge å ikke påberope seg sine egne rettighetsposisjoner.³ Selger har således full adgang til å frafalle innsigelsen.

Et avkall på reklamasjonsinnsigelsen kan naturligvis også gis gjennom konkludent adferd etter alminnelige avtalerettslige regler om dispositive utsagn.⁴ Som Krüger uttrykker det:

«Det gjelder ikke noe særlig for reklamasjonstvister; det vil alltid være et spørsmål om man konkret kan legge dispositive virkninger i partenes passive opptreden som om parten hadde tilkjennegitt et standpunkt».⁵

Det samme påpekes også av Arnholm:

«Som man undertiden blir bundet ved noe man har sagt men ikke har ment å si, kan man bli bundet ved en passivitet man ikke har ment som uttrykk for noe, men som i det ytre bærer preg av en disposisjonshensikt».⁶

Dette må derfor utgjøre utgangspunktet – retten kan altså tolke selgers opptreden som et dispositivt utsagn om at for sen reklamasjon ikke kommer til å bli påberopt. Selgers opptreden (herunder realitetsdrøftelser) tillegges altså en avtalerettslig løftevirkning som et avkall på innsigelsen om sen reklamasjon. Etter alminnelige avtalerettslig lære, blir vurderingstemaet om kjøper har rimelig grunn til å tro at selger vil avstå fra å påberope seg innsigelsen.⁷

For det andre har Høyesterett tilsynelatende ansett reklamasjonsinnsigelsen tapt etter en i rettspraksis utviklet «lære» om at det å innlate seg i realitetsdrøftelser automatisk

dem.(...)En konsekvens av dette er at retten i de øvrige nordiske land kan og bør tillegges betydning som rettskilde i norsk rett». Om den europeiske rettsfelleskapen på obligasjonsrettens område se Lassen, *Obligasjonsretten* s 22: «Overhodet gjelder det for intet almindeligt Retsomraade saameget som Obligasjonsretten, at de ledende Grundsætninger faktisk er fælles i de forskjellige Landes Retsforfatninger ».

³ Se Barbo side 229

⁴ Se Giertsen, *Avtaler* Bergen 2002, side 47-48. Merk imidlertid at Woxholth er kritisk til begrepet dispositivt utsagn, om dette se *Avtalerett*, Oslo 2009, side 69-70

⁵ Se Krüger, *Norsk Kontraksrett*, Bergen 198, side 580

⁶ Se Arnholm, *Privatrett I*, Oslo 196 side 282

⁷ Se Giertsen side 48

medfører tap av innsigelse. Denne «læren» vil være tema for fremstillingen i punkt 3. For det tredje har rettspraksis fokusert på den passivitet som er utvist i seg selv ved at for sen reklamasjon ikke påberopes tidligere. Reklamasjonsinnsigelsen har i flere tilfeller gått tapt etter noe som i teorien omtales som ulovfestede passivitetsprinsipper.⁸

Det nærmere innholdet og den rettslige begrunnelsen for de ulovfestede passivitetsprinsippene er imidlertid uklart. Noen teoretikere anser dessuten passivitetsprinsippene for å være avtalerettslig fundamentert.⁹ Dermed oppstår spørsmålet om anvendelse av de ulovfestede passivitetsprinsippene egentlig innebærer noe annet enn at det foretas en avtalerettslig vurdering av partenes opptreden. Det må antas at det hører til sjeldenhetene at selgers passive opptreden alene er egnet til å gi kjøper rimelig grunn til å tro at innsigelsen er frafalt. I så fall vil rettstap på grunnlag av selgers rene passivitet overfor kjøper normalt være utelukket.

I punktet nedenfor søker jeg å klarlegge rettstanken bak og innholdet i de ulovfestede passivitetsprinsipper, så langt dette er mulig.

2.2 Ulovfestede passivitetsprinsipper

2.2.1 Eldre teori

Innenfor obligasjonsretten og norsk rett forøvrig finnes det en rekke eksempler på at ulike retter kan gå tapt som følge av utvist passivitet. Dette kan for det første følge av lovfestede regler, slik som reklamasjonsreglene i kjøpslovgivningen, foreldelsesreglene for fordringer og hevdsreglene osv. Det har videre vært hevdet at rettstap også kan skje på bakgrunn av ulovfestede passivitetsregler.

Spørsmålet om det eksisterer alminnelige passivitetsprinsipper i norsk rett er drøftet av *Arnholm* i hans bok «Passivitetsvirkinger» fra 1932. Der analyserer Arnholm rettspraksis vedrørende passivitetets betydning for stiftelse og opphør av fordringer. Arnholm finner at passivitetsvirkninger er et ofte forekommende fenomen som gjør seg gjeldende på de fleste rettsområder. På s 109-110 uttaler han at det er tale om «krefter som virker uavhengig av partenes vilje og utsagn; det er den objektive rettsorden som må avgjøre hvorvidt en part skal kunne holde på sine rettigheter uten å verge dem i de kritiske situasjoner». Det avgjørende er hva «hensynet til livet krever av regler; hensynet til hvad partene kan ha ment kommer i det høieste i annen rekke». Passivitetstanken er altså, etter Arnholms oppfatning, noe som eksisterer uavhengig av hvilken avtalerettslig virkning man kan tillegge partenes opptreden.

Arnholm konkluderer med at passivitetstankene som rettspraksis har vektlagt, ikke kan sammenfattes til en positiv rettsregel. Han uttaler om dette på s 112 at

«i det foregående har jeg gjort et forsøk på å vise at nettopp det jeg kaller passivitetstanken hører til de setninger som stadig trenger gjennom; jeg har søkt å gå erfaringens vei for derved å bygge opp hvad jeg nettopp anser for en almindelig rettsgrunnsetning. »

Arnholm finner imidlertid ikke å kunne sammenfatte den tendensen rettspraksis inneholder til en positiv regel, siden «man måtte ta så mange reservasjoner med hensyn til de enkelte tilfelles beskaffenhet at regelen vilde bli temmelig intetsigende; og selv da

⁸ Se blant annet Hagstrøm side 345.

⁹ Ravnkilde forfekter et slik syn i dansk rett, Det er mulig at Barbo også gjør det for norsk retts vedkommende, om dette se punkt 4.3

vilde man stå i fare for å si for meget på et eller annet punkt»(s 113).

Knoph er på dette punkt uenig med *Arnholtm* og hevder at passivitetsstandarden er en allmenn rettsgrunnsetning.¹⁰ Han finner det likevel prisverdig at *Arnholtm* i sin bok har «avlive(t) troen på at man slipper ut ved å snakke om stilltiende samtykke, stilltiende frafallelse av retten o.s.v».¹¹ *Knoph* er, i likhet med *Arnholtm*, uenig i at rettstap som følge av passivitet må sees på en avtalerettslig bakgrunn. Han uttaler at den viktigste grunn til at rettigheter taper seg ved passivitet er at «domstolene finner foranledning til å bebreide rettighetshaveren at han ikke har hevdet retten i tide, idet passiviteten etter omstendighetene er illojal overfor dem som har innrettet seg på at den ikke bestod».¹² Rettstanken bak passivitetsstandarden er ifølge *Knoph* at «domstolen finner ikke at rettighetshaveren har optrådt som han skulle når han har holdt sig absolutt i ro, og som følge herav finner man det rimelig at hans rett blir beklippet eller ophevet».

Knoph formulerer videre sitt vurderingstema for en slik passivitetsgrunnsetning til at:

«rettighetshaveren må finne sig i at retten tapes eller svekkes dersom en god og aktsom mann med utviklet sosial ansvarskjensle ikke vilde undlatt å bruke retten i tide, eller ikke finne det forsvarlig å kreve den gjennomført i streng og uavkortet skikkelse, under den forandrede situasjon som tiden og forholdene har lagt til rette»¹³.

Ved anvendelse av det angitte vurderingstema peker *Knoph* likevel på at det må foretas en bredere vurdering av situasjonen:

«Når det skal avgjøres om det er plass for passivitetsstandarden, må dommeren alltid danne sig et konkret helhetsbillede av situasjonen, hvor *alle sidene* av den får komme til sin rett og ingen individuelle avskygninger settes ut av betraktning.»¹⁴

Arnholtm skriver på nytt om passivitetsvirkninger i første bind av sitt verk om privatretten fra 1964¹⁵, hvor han vedgår at boken «Passivitetsvirkninger» var et ungdomsarbeid og foretar av den grunn en ny vurdering av passivitetsvirkningene. Heller ikke denne gang finner *Arnholtm* at det kan foretas en syntese av de ulike passivitetsreglene ettersom «det er ikke en, men flere rettstanker som ligger bak de forskjellige passivitetsregler» (side 318). Han innrømmer nå imidlertid at det «utvilsomt også er tilfelle(r) hvor det er fullt realistisk å tale om en stilltiende disposisjon», selv om passivitetstanken etter hans syn er en selvstendig rettstanke (side 281). Grensen mellom disse to ulike grunnlagene er likevel på «ingen måte skarp» (side 283).

2.2.2 Nyere teori

I nyere tid har også *Nils Nygaard* og *Viggo Hagstrøm* i norsk rett, og *Jens Ravnkilde* og *Camilla Hørby Jensen* i dansk rett, skrevet generelt om passivitet som grunnlag for rettstap.¹⁶ I tillegg har *Kolrud* og *Monsen* skrevet om passivitet i forbindelse med tap av reklamasjonsinnsigelser.

I likhet med *Arnholtm* finner *Nygaard* at det er vanskelig å formulere en allmenn rettstanke ettersom virkningene av passivitet kan variere etter rettsområde. Han nøyer

¹⁰ Se *Knoph, Rettslige standarder* Oslo 193 side 268

¹¹ Se *Rettslige standarder* side 203

¹² Se *Rettslige standarder* side 235-236

¹³ Se *Rettslige standarder* side 240

¹⁴ Se *Rettslige standarder* side 241

¹⁵ *Arnholtm, Privatrett I Almindelig Privatrett*, Oslo 1964

¹⁶ *Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt*, Bergen 2004. *Hagstrøm, Obligasjonsrett*, *Ravnkilde, Passivitet*, København 2002. *Hørby Jensen, Rettsfortabende Passivitet*

seg derfor med å gjennomgå enkelte typetilfeller hvor det kan skje rettstap på bakgrunn av passivitet. Han finner imidlertid å kunne si generelt at «et viktig omsyn er (også) kor lang tid passiviteten har pågått»¹⁷

Hagstrøm uttaler på sin side at:

«Passivitetsprinsippene har linjer både til dispositive utsagn som avkall o.l., og til foreldelsesreglene. Passivitet har en dobbeltkarakter, ved at den undertiden kan sees som et uttrykk for en rettslig disposisjon, men også ved at den kan være et selvstendig rettsfaktum og tillegges rettsvirkninger uavhengig av partsviljen.»¹⁸

På samme måte som *Arnholtm* finner altså *Hagstrøm* grunn til å påpeke at skottene mellom avtaleretten og passivitetstanken langt ifra er vanntette. Dessuten uttaler *Hagstrøm* at:

«også utenfor de spesielt nevnte tilfelle kan det være grunn til etter omstendighetene å anse en rett som forspilt dersom dens innehaver har utvist passivitet under forhold som måtte gi den annen part *rimelig grunn til å gå ut fra* retten ikke ville bli gjort gjeldende, og dersom det – om retten fremdeles skulle bestå – måtte regnes som utilbørlig at den ikke er gjort gjeldende på et tidligere tidspunkt» (min utheving)¹⁹

Dermed fremstår det som om også *Hagstrøm* anerkjenner at den avtalerettslige synsvinkel *generelt* har sin plass i spørsmålet om utvist passivitet skal medføre rettstap.

Når det gjelder den foreliggende høyesterettspraksis hvor realitetsdrøftelser har medført tap av reklamasjonsinnsigelser, aviser imidlertid *Hagstrøm* at rettstap i slike tilfeller er basert på et avtalerettslig avfall på innsigelsen. Dette begrunner han med at reklamasjonsreglene ikke bygger på avtalerettslige synspunkter, men derimot på rene passivitetsbetraktninger. *Hagstrøm* uttaler derfor at:

«det kan ikke være grunn til en assymetrisk behandling av debitors unnlattelse av å fremsette innsigelsen om for sen reklamasjon. Dersom debitor ikke i tide tilkjenner at reklamasjonen er for sent fremsatt, vil innsigelsen gå tapt etter passivitetsprinsipper, jfr. Rt. 1958 s. 591 og Rt. 1935 s. 1014. Det kan neppe være grunn til å anlegge en prinsipiell annen betraktningmåte når debitor istedet begir seg inn i realitetsdrøftelser.»²⁰

Hagstrøm medgir imidlertid at «passiviteten kombinert med konkludent handling lettere kan føre til bortfall enn den rene passivitet overfor reklamasjonen».²¹ Dette er forøvrig i tråd med det *Knoph* skriver på s. 242-243 i «Rettslige standarder»:

«Har så sinnene innstillet sig på den nye tilstand, og der er skapt tillit til at den skal bestå i fremtiden, er det dobbelt betenkelig at rettighetshaveren lar forholdet drive uten å gripe inn. Ikke minst når han selv har *foranlediget eller styrket tilliten ved positive skritt*, skal det svært lite til før man vil bebreide ham at han ikke har hevdet sin rett i tide. Han har f. eks. (...)innlatt sig på å drøfte om levering var kontraktstridig uten å nevne at det er reklamert for sent (Rt. 1910 s. 790, 1920 s. 831 og 1928 s. 980).» (min utheving).

I dansk rett forfekter *Ravnkilde* en avtalerettslig oppfattelse av rettstap som følge av passivitet.²² Han er derfor svært kritisk til *Arnholtm* og *Knoph* sitt standpunkt om en passivitetstanke som eksisterer uavhengig av hvordan partene tolker hverandres opptreden.

I forlengelsen av dette har *Ravnkilde* utformet en alminnelig teori om passivitet som har fått navnet forventningsteorien²³:

¹⁷ Se *Nygaard* s. 276

¹⁸ Se *Obligasjonsrett* side 351

¹⁹ Se *Obligasjonsrett* side 778

²⁰ Se *Obligasjonsrett* side 345

²¹ Se *Obligasjonsrett* side 345

²² Se *Passivitet* side 27.

²³ Se *Passivitet* side 159

«G afgiver til tidspunkt *t* et løfte af indholdet *i* over for M, hvis og kun hvis følgende tre betingelser er til stede:

- (i) M antager med føje, at G med sin adfærd til *t* kommunikerer forsæt til at afgive et løfte af indholdet *i* over for ham.
- (ii) G ved eller burde vide, at betingelse (1) er opfyldt.
- (iii) G undlader at præcisere, at han ikke har til hensigt at give M et løfte af indholdet *i*»

Hagstrøm er kritisk til denne modellen ettersom den ikke fanger opp de tilfeller hvor det først og fremst er tidsforløpet som tilsier rettstap.²⁴ Denne kritikken kan nok synes berettiget og har sin bakgrunn i at Ravnkilde anser rettstap som følge av den blotte passivitet alene for å være under enhver omstendighet utelukket i dansk rett. For norsk retts vedkommende anser Ravnkilde det for mulig, men at det kun skjer helt unntaksvis.²⁵ Derfor er modellen bare tilpasset de situasjoner hvor det kan tolkes en løftevirkning inn i den berettigedes oppførsel, og han dessuten kan klandres for ikke å bringe den forpliktete ut av villfarelsen om at et løfte er avgitt.

Situasjonene hvor den tiden som er løpt er det fremste argumentet for at retten skal gå tapt fanges derimot opp av Knoph sitt vurderingstema.²⁶ Hagstrøm er imidlertid også kritisk til denne modellen og uttaler at dersom en rett skal tapes eller svekkes i *alle* tilfeller hvor innehaveren har utvist større sendrektighet enn han strengt tatt burde, vil dette være en «karikatur av en rettsregel».²⁷ Det kan likevel stilles spørsmål om Knoph sitt vurderingstema skal leses så kategorisk som Hagstrøm her velger å gjøre, ettersom Knoph selv påpeker at det må foretas en samlet vurdering av det konkrete tilfelle med tanke på om hans passivitetsstandard skal komme til anvendelse.²⁸ Dette tyder på at det ikke alene vil være tilstrekkelig at selger somler med å fremme innsigelsen etter Knoph sitt vurderingstema.

Kolrud skriver i sin artikkel «Reklamasjon og realitetsdrøftelser» om passivitet i forbindelse med tap av innsigelse etter realitetsdrøftelser. Etter å ha gjennomgått den aktuelle rettspraksisen vedrørende realitetsdrøftelser skriver han avslutningsvis på side 594:

«Når en selger uten forbehold drøfter realiteten i en for sen reklamasjon fra kjøperen, kan dette fortolkes som et frafall eller en oppgivelse av innsigelsen om for sen reklamasjon. En slik fortolkning av selgerens handlemåte kan sees som konkludent adferd og forankres i den vanlige *passivitetslære*» (min utheving).

Uttalelsen kan tyde på at han har en avtalerettslig tilnærming til rettstap som følge av passivitet.

Kolrud følger imidlertid opp med å påpeke at dersom realitetsdrøftelsen ikke konkret kan fortolkes som et frafall, så er den tradisjonelle oppfatning likevel at realitetsdrøftelsen medfører tap av innsigelsen. Grunnlaget for at realitetsdrøftelse skal medføre rettstap, der ikke selgers oppførsel kan fortolkes som et frafall av innsigelsen, kan enten være passivitetsprinsipper eller en «lære» om automatisk tap av innsigelse ved realitetsdrøftelser. *Kolrud* avviser imidlertid læren om automatisk rettstap og uttaler at «rettspraksis må kunne forstås slik at rettspraksis ikke uten videre fører til tap av

²⁴ Se Obligasjonsrett side 778

²⁵ Se Passivitet side 61, note 56

²⁶ Se *op.cit* under pkt 2.2.1

²⁷ Kritikken ble først fremsatt av Augdahl, se *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, Oslo 1978 side 141 og den er gjentatt av Hagstrøm i Obligasjonsrett side 778.

²⁸ Se *op.cit* under pkt 2.2.1

innsigelse».

Kolrud antar altså at innsigelsen kan gå tapt etter det som nødvendigvis må være passivitetsprinsipper i tilfeller der realitetsdrøftelsen ikke kan tolkes som et avkall på reklamasjonsinnsigelsen. Når Kolrud behandler dette som et annet grunnlag enn en avtalerettslig fortolkning av selgers opptreden, indikerer dette at han likevel ikke anser passivitetsprinsipper for å ha en avtalerettslig forankring.

Dette støttes av at han på side 594 påpeker at det må foretas en konkret vurdering av den foreliggende situasjonen, hvor det avgjørende ikke kan være at det er foretatt realitetsdrøftelser men:

«at det har gått tid – ofte meget lang tid – etter at drøftelsene har gitt selgeren tilstrekkelig grunnlag til en endelig vurdering».

Og videre at:

«det er likevel tiden og ikke drøftelsen som må være avgjørende».

Monsen skriver i sin artikkel «Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser» at ulovfestede passivitetsprinsipper kan føre til at retten til å påberope for sen reklamasjon kan gå tapt. Dette er bl.a. begrunnet med at fristen for kjøpers reklamasjonsplikt bygger på passivitetsbetraktninger, og at det samme derfor bør gjelde for selgers plikt til å påberope sen reklamasjon.²⁹ Han peker videre på at det må foretas en konkret helhetsvurdering av den foreliggende situasjonen og oppstiller vurderingstemaet «om debitor har ventet urimelig lenge med å påberope for sen reklamasjon». I denne vurderingen vil det, foruten tiden som har løpt uten at innsigelsen er fremmet, være sentralt om den utviste passivitet er klanderverdig eller ikke. Dersom selger ved å innlate seg i realitetsdrøftelser skaper forventninger om at innsigelsen er frafalt, er dette et forhold som kan gjøre det klanderverdig å unnlate å fremme innsigelsen tidligere. Etter Monsens syn utgjør dette et tungtveiende moment i en vurdering på bakgrunn av passivitetsprinsipper. Dette er forøvrig også i tråd med det *Knoph* skriver, jf *op.cit* på side 6.

Hørby Jensen er av det syn at det eksisterer en passivitetsgrunnsetning som kan føre til at rettigheter kan falle bort på ulovfestet grunnlag. Rettsfortapende passivitet kan etter hennes mening statueres på grunnlag av en rekke faktiske forhold hvorav fire forhold står helt sentralt. Den forpliktete må være i god tro om at rettigheten er frafalt (1) og ha innrettet seg etter dette (2), samt at den berettigede har kjennskap om den forpliktedes gode tro (3) og likevel forholder seg uvirksom (4).

Disse fire forholdene tilsvarer i all hovedsak³⁰ vilkårene fra *Ravnkildes* forventningsteori, med den forskjell at *Hørby Jensen*, i motsetning til *Ravnkilde*, er av den oppfatning at de nevnte forholdene kun er momenter og ikke vilkår. Hun uttaler om dette:

«Når de nævnte fire forhold er til stede, vil den berettigedes passivitet som altovervejende hovedregel blive tillagt retsvirkning, men det er ikke en garanti, da der i vurderingen af, om passiviteten skal tillægges en retsvirkning, også indgår en række andre forhold».³¹

Når det gjelder den bærende rettslig tanken for en slik passivitetsgrunnsetning uttaler hun på s 305:

«Det ligger flere forskellige retstanker bag adgangen til at lade ovenstående momenter få retsfortabende

²⁹ Også *Hagstrøm* viser til slike symmetribetraktninger, jf *op.cit* på side 6

³⁰ Innrettelse er ikke et vilkår etter *Ravnkildes* forventningsteori.

³¹ Se *Retsfortapende passivitet* side 132

virkning, og det *kombinationen* af disse, der udgør passivitetsgrundsætningens retslige ståsted. I praksis ses retstabet således begrundet *aftalereblig* i for af den berettigedes frafald af sin rettighed og *erstatningsretligt*. I de fleste tilfælde ses retstapet statueret ud fra den betragtning, at passiviteten vil kunne bebrejdes den berettigede, idet den manglende rettighedshåndhævelse vil være udtrykk for manglende iagttagelse af den obligationsretslige lojalitetspligt og dermed være *bebrejdesværdig (illoyal)*. I de få tilfælde, hvor retstap ses statueret på trods af den berettigedes mandlende kendskap, må der som bagvedliggende retlig begründelse henvises til mere *overordnede rimelighetsbetraktninger*. Disse forskellige retlige begründelser komplementerer hinanden, og passivitetsgrundsætningen er således bredt formueretligt funderet» (min utheving).

Hørby Jensen peker altså på at en slik passivitetsgrunnsetning er bygd opp av flere ulike rettslige begrunnelser, hvor den mest utbredte grunnelsen for rettstap er at det foreligger et klanderverdig brudd på lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Foruten dette kan også rettstap begrunnes med avtalerettslige-, erstatningsrettslige-, og mer overordnede rimelighetsbetraktninger. I følge Hørby Jensen kan grunnelsen for at passivitet kan medføre rettstap altså ikke søkes i én bestemt rettstanke. Med tanke på hvor forskjellige Høyesteretts grunnelser har vært utformet i de tilfeller hvor det har vært konstatert rettstap på grunnlag av det som kan karakteriseres som passivitetsprinsipper, kan dette sies å være en fornuftig slutning også for norsk retts vedkommende.

2.2.3 Foreløpig oppsummering

Sammenfatningsvis kan det slås fast at innholdet og grunnlaget for de passivitetsprinsippene som gjør seg gjeldende i norsk rett er omstridt. Det er imidlertid mye som tyder på at det eksisterer passivitetstanker som i prinsippet virker uavhengig av det avtalerettslige syn på partenes opptreden. Dette har etter min mening støtte i den høyesterettspraksis som vil bli presentert nedenfor i pkt 2.3. Som det blir påpekt ovenfor må det ved anvendelse av ulovfestede passivitetsprinsipper foretas en samlet vurdering av partenes opptreden hvor tiden som er gått, eventuell klanderverdig opptreden, innrettelse, og eventuelle beskyttelsesverdige forventninger vil utgjøre sentrale momenter. jf det som er sitert ovenfor fra Knoph, Hagstrøm og Hørby Jensen m.fl.

Samtidig må det være klart at utvist passivitet og partenes opptreden forøvrig kan utgjøre et selvstendig grunnlag for rettstap på ren avtalerettslig bakgrunn. Er en parts opptreden av en slik karakter at den utvilsomt kan tillegges dispositiv virkning som et løfte, er det derfor noe unaturlig å rubrisere et rettstap i et slik tilfelle under etiketten passivitetsprinsipper. Slik jeg ser det er det kun naturlig å tale om passivitetsprinsipper som et rettslig grunnlag for rettstap, i situasjoner der partens opptreden ikke kan sies å gi forventninger av en slik karakter at opptreden må tillegges avtalerettslig løftevirksomhet. Dette medfører at rettstap etter de ulovfestede passivitetsprinsippene må avgrenses mot rettstap på rent avtalerettslig grunnlag.

Selv om partenes opptreden (herunder passivitet) ikke kan anses for å ha gitt motparten tilstrekkelig rimelig grunn til å tro at retten ikke vil bli påberopt, har likevel de forventninger som er fremkalt ved opptreden en form for beskyttelse ved at de vektlegges som et moment ved anvendelsen av de ulovfestede passivitetsprinsippene.

Ettersom kjøpers oppfatning av selgers opptreden både kan medføre et *selvstendig grunnlag* for bortfall av innsigelsen etter avtalerettslige regler, og samtidig kan inngå som et *moment* i en vurdering på bakgrunn av passivitetsprinsipper, er det under tiden vanskelig å se av rettspraksis hvilken synsvinkel Høyesterett har anlagt når de har drøftet om selger innsigelse er tapt i det konkrete tilfellet.

Likevel kan det finnes en viss veiledning i hvor Høyesteretts retter fokus for vurderingen om innsigelsen skal gå tapt. Dersom Høyesterett kommer til at innsigelsen er tapt gjennom tolkning av selgers opptreden som et dispositivt utsagn, må retten nødvendigvis ha funnet at kjøper har hatt rimelig grunn til å tro at selger har frafalt innsigelsen. Det er derfor naturlig å anta at Høyesteretts fokus må ligge på hvordan kjøper hadde grunn til å oppfatte situasjonen.

Dersom Høyesterett avgjør spørsmålet på bakgrunn av passivitetsprinsipper, vil fokus trolig flyttes over til en vurdering av selgers opptreden som sådan, blant annet med tanke på om selger kan klandres eller ikke.

Nedenfor vil noen avgjørelser fra Høyesterett gjennomgå med sikte på å klarlegge hvilket rettslig grunnlag som er anvendt for vurderingen om reklamasjonsinnsigelsen er i behold.

2.3 Rettspraksis

2.3.1 Rt 1928 s 980

I Rt. 1928 s 980 kom Høyesterett til at en bank hadde forspilt sin adgang til å fremme innsigelser om for sen reklamasjon. Saken gjaldt en norsk bank som skulle overføre et beløp i dollar til en bank i New York for en fru Egelund. På grunn av forholdet ble ikke beløpet overført omgående slik som forutsatt. Overføringen ble først foretatt 10 måneder senere. I mellomtiden hadde dollarkursen endret seg betraktelig og dette medførte et tap for kunden. Fru Egelund reklamerte deretter på forholdet og i den påfølgende skriftvekslingen mellom henne og banken, unnlot banken å bringe på banen at reklamasjonen etter deres syn var fremmet for sent. Først nærmere 4 år senere, under selve prosessen, fremmet banken denne innsigelsen. Vedrørende spørsmålet om rettidig reklamasjon uttalte Høyesterett:

«med hensyn til spørsmålet om fru Egelund er bundet ved bankens oppgjør pr. 8 april 1919 av den grund, at hendes reklamation er for sent fremsat, skal jeg desuten bemerke, at banken først den 12 mai besvarte fru Egelunds skrivelse av 26 april 1919, og at der i denne skrivelse intet blev uttalt angaaende forsinket reklamation, men at banken derimot saavel i denne skrivelse som i senere skrivelser uten forbehold angaaende reklamationens betimelighet indlot sig i realitetsdrøftelser angaaende det omtvistede spørsmaal, likesom banken i skrivelse av 3 juni 1919 uttrykkelig fremhæver, at bankens oppgjør av 8 april ikke er godkjendt av fru Egelund. Først under processen gjøres det gjældende, at fru Egelunds reklamation av 26 april er for sent fremsat. Men bankens adgang til at gjøre denne innsigelse gjældende maa efter den nævnte holdning fra bankens side ansees forspildt. Jfr. Rt-1920-830 og den der citerte uttalelse av femtimandsutvalget, samt Rt-1910-590».

Retten fokuserer her på at innsigelsen først ble fremmet under prosessen (tidsmomentet), og den passive holdning banken hadde inntatt vedrørende den for sene reklamasjonen. Hvordan fru Engelund hadde grunn til å oppfatte bankens opptreden er tilsynelatende ikke tema hos førstvoterende. Det er derfor lite som tyder på at retten har sett bankens realitetsdrøftelser som et uttrykk for en partsvilje. På den bakgrunn kan resultatet anses for å bygge på passivitetsprinsipper.³²

³² Denne oppfatningen støttes av Kolrud.

2.3.2 Rt 1935 s 1014

I Rt 1935 s 1014 unnlot Høyesterett å vurdere om en reklamasjon var fremmet rettidig ettersom innsigelsen om sen reklamasjon uansett var tapt. Saken gjaldt salg av et parti tørrfisk som senere viste seg å inneholde larver fra en bille. Det ble reklamert over mangelen og selger besvarte denne uten å nevne noe om at reklamasjonen var sen. Innsigelsen ble imidlertid påberopt overfor byretten. Høyesterett sluttet seg i sin behandling av saken til overretten som uttalte om forholdet at:

«Det er mulig at dette er lengere tid enn der kan regnes med for en rettidig reklamasjon, men da Wesenberg ikke ved sin svarskrivelse av 18 november, hvori han besvarer Aarsæthers skrivelse av 15 november, kan sees at ha hatt noget at bemerke til reklamasjoners betimelighet, antar man at Aarsæthers reklamasjon vedkommende Stockholmspartiet man bli at godkjenne; jfr. Rt 1910 s 790, Rt 1920 s 831, Rt 1928 s 980».

Kolrud ser det som mest nærliggende å anta at retten tolket realitetsdrøftelsen som en aksept av at reklamasjonen var rettidig. Hagstrøm på sin side fremhever avgjørelsen som et eksempel på at innsigelser kan gå tapt som følge av passivitetsprinsipper. Overrettens begrunnelse for å behandle reklamasjonen som rettidig er sparsom og det er ikke enkelt å avgjøre hva de har basert resultatet sitt på. Det fremgår heller ikke av dommens premisser på hvilket tidspunkt innsigelsen ble fremmet utover at innsigelsen var oppe for byretten. Det er derfor vanskelig å si noe om hvor lang tid selger forholdt seg passiv i dette tilfellet.

Det kan imidlertid virke som om overretten ikke legger særlig vekt på den tiden som er løpt. Isteden virker det som om de anser selger for å ha godkjent reklamasjonen ved at de ikke påberopte seg sen reklamasjon i sitt svar. I tillegg kan det synes som om retten anser en slik godkjennelse for å oppstå alene på det grunnlag at selgers svar ikke nevner forholdet. Det er altså lite som tyder på at retten har anlagt en bredere vurdering av situasjonen slik de ulovfestede passivitetsprinsippene tilsier. Det er derfor nærliggende å tolke premissene på samme måte som Kolrud og si at dommens resultat bygger på en avtalerettslig fortolkning av selgers opptreden.

2.3.3 Rt 1949 s 961 Lubba

En annen mye omtalt sak, Rt 1949 s 961, omhandler hoppen Lubba som retten fant solgt som drektig. Etter tre måneder, da hoppen viste seg å ikke være drektig likevel reklamerte kjøperen overfor selgeren. Førstvoterende var tilbøyelig til å anse reklamasjonen for rettidig men valgte likevel å avgjøre saken på bakgrunn av at selgeren Kvale hadde innlatt seg i realitetsdrøftelser og først hevdet at reklamasjonen var for sen i tilsvaret til lagmannsretten. Førstvoterende uttalte:

«Etter min mening må nemlig kjøperne gis medhold når de for Høyesterett har *fremholdt som avgjørende den holdning som Kvale inntok* overfor reklamasjonen og de krav som i den forbindelse ble fremsatt. Etter det som er opplyst, tilbakeviste han disse krav bl.a. med den begrunnelse at han ikke hadde gitt noen garanti for at hoppa var drektig. Samtidig må det, etter sakens stilling for Høyesterett, ansees for å være på det rene at han hverken da eller senere protesterte mot reklamasjonen som for sent fremsatt. Heller ikke ble reklamasjonsinnsigelsen gjort gjeldende under sakens behandling for herredsretten. *Den ble først reist i tilsvaret til lagmannsretten. Under disse omstendigheter* kan jeg ikke finne det tvilsomt at adgangen til å gjøre gjeldende at det er reklamert for sent er tapt. Jeg viser til Høyesteretts dom referert i Rt 1928 s 980 ff. og de avgjørelser som er nevnt der side 982» (min utheving).

Høyesterett fremhever her selgers opptreden. Dette skjer trolig ikke med sikte på om opptreden kunne tolkes som et dispositivt utsagn for kjøper, men derimot med henblikk på om selger har utvist klanderverdig passivitet. Videre viser retten til

tidsmomentet gjennom at selger først reiste innsigelsen for lagmannsretten. På bakgrunn av dette virker det ikke som om retten har tolket selgers opptreden slik at han har frafalt innsigelsen. Retten uttaler dessuten at det var «under disse omstendighetene» at reklamasjonen gikk tapt, noe som antyder at de foretok en helhetsvurdering hvor de nevnte forholdene utgjorde momenter. Dette kan tyde på at retten anså innsigelsen for tapt på bakgrunn av passivitetsprinsipper.

2.3.4 Rt 1984 s 962 Mesterhus

Den foreløpig siste Høyesterettsdom hvor realitetsdrøftelser er tema er den mye omtalte Rt 1984 s 962 Mesterhus. Saken omhandler en forbruker som inngikk kontrakt med entreprenøren Mesterhus om oppføring av et bolighus. En stund etter innflytting ble det oppdaget at for liten utlufting av huset førte til isdannelse på taket, noe som igjen førte til at vann trengte inn. Retten anså kjøperen Gabrielsen for først å ha reklamert ca 4-5 år etter at han overtok huset. Dette var for sent etter den daværende ettårsfristen i NS 3401 som var anvendt på entreprisen. Reklamasjonen førte likevel til en rekke skriftvekslinger og forhandlinger om hva som skulle gjøres med isdannelsen. Dette foregikk gjennom en toårsperiode før Gabrielsen til slutt tok ut stevning. Først i tilsvaret til stevningen fremmet Mesterhus innsigelser vedrørende reklamasjonens rettidighet. Førstvoterende uttalte om dette:

«Selv om Mesterhus således kunne avvise reklamasjonen, behøvde imidlertid firmaet ikke benytte seg av denne adgangen, men kunne gå med på å rette de mangler som ble hevdet å være til stede eller *i alle fall frafalle innsigelsen* om for sen reklamasjon. Et slikt standpunkt kunne inntas ut fra rene kulansehensyn, eller det kunne være motivert av hensynet til firmaets renommé og videre virksomhet.

Om Mesterhus skal *anses for å ha frafalt fristinnsigelsen* eller eventuelt direkte å ha gått med på å utbedre mangler, vil måtte bero på en *samlet vurdering* av partenes forhandlinger og forhold for øvrig etter at Gabrielsen første gang tok saken opp med Mesterhus. Ved denne vurdering er det rimelig også å se hen til de særlige forhold ved kontrakter av denne art, jfr. det ankemotparten har anført om reelle hensyn.

(...)

Situasjonen er således at Gabrielsen helt fra første skriftlige henvendelse 30. mars 1977 har gjort det helt klart at han mente at utgiftene ved utbedring skulle dekkes av Mesterhus. Bortsett fra det ene punkt om taktekingen har Mesterhus på sin side gjennom de nærmere to år forhandlingene pågikk, ikke på noe tidspunkt tatt avstand fra dette. Mesterhus har tvert imot gitt uttrykk for vilje til å undersøke hva som var i veien og til å foreta utbedringer uten at det ble antydning noe om at utgiftene ville bli belastet Gabrielsen. Mesterhus har således hele tiden *opptrådt på en måte som måtte gi Gabrielsen inntrykk av at taklekkasjen ville bli avhjulpet* uten omkostninger for ham i den utstrekning den hadde sammenheng med mangelfull konstruksjon eller utførelse. *At Gabrielsen har oppfattet det slik*, fremgår blant annet av at han etter anmodning trakk sin første forliksklage tilbake.» (min utheving).

Av det som fremgår av premissene hvor det brukes uttrykk som «*fracfalt fristinnsigelsen*», «*måtte gi Gabrielsen inntrykk av*» og «*Gabrielsen har oppfattet det slik*», kan det virke som om Høyesterett har fortolket Mesterhus sin opptreden slik at den har gitt Gabrielsen rimelig grunn til å tro at mangelen ville bli utbedret på tross av at reklamasjonen var for sent fremsatt. På den bakgrunn medførte opptreden at Mesterhus anses for å ha avgitt et dispositivt utsagn om å ikke påberope for sen reklamasjon.

Rent konkret kan det være grunn til å legge merke til at retten viser til at reelle hensyn om lengden på reklamasjonsfristen har spilt inn på resultatet. Retten tiltrer Gabrielsens anførsel om at kontraktens reklamasjonsfrist på 1 år fra overtakelse kan være vel knapp ved skjulte mangler som i dette tilfellet. Til illustrasjon kan det nevnes at reklamasjonsfristen i NS 3430 som avløste NS 3401 i 1989 ble endret til 3 år. Etter bustadoppføringslova som ville kommet til anvendelse i dag ville fristen ha vært 5 år. På den bakgrunn kan det hevdes at retten stilte mindre krav til Mesterhus

opptreden for å konstatere en løftevirkning enn det de ellers ville ha gjort.

2.3.5 NJA 1993 s 436

I norsk teori har en avgjørelse fra Sveriges Högsta Domstolen, NJA 1993 s 436 også blitt viet en del oppmerksomhet.³³ Saken omhandler ferdighusleverandøren AB Aneby Industrier som gikk konkurs. Bostyrer solgte deretter virksomheten videre til Värnas Industrier AB. Ordrebeholdningen var oppgitt til å være på 161 hus, men det viste seg etter overtakelsen at det kun var inngått gyldig avtale om levering av 62 hus. Värnas reklamerte over feilen i oppgitt ordrebeholdning 5 måneder etter overtakelsen, noe retten fant at var for sent. Aneby hadde imidlertid besvart reklamasjonen med å tilbakevise den som «helt grundlöst», men uten å påpeke at den var fremmet for sent. På det grunnlag påberopte Värnas seg at innsigelsen om sen reklamasjon var tapt, men nådde ikke frem med dette.

Førstvoterende uttaler der:

«Enligt en sedan länge gällande princip kan dock säljarens rätt att invända att köparen reklamerat för sent gå förlorad, om säljaren inlåter sig i förhandlingar med köparen, utan att anmärka något om att reklamationen skett för sent. (Se tex Almen, Om köp och byte av lös egendom, 4 uppl av Eklund 1960, § 52 vid not 50 a och 51.) I litteraturen har framhållits, att denna ståndpunkt förefaller anmärkningsvärt sträng mot säljaren och att principen bör tillämpas med viss försiktighet. (Hellner, Speciell avtalsrätt I, Köprätt, 1982, s 193, Eklund, SvJT 1932 s 122. Jfr även Krüger, Norsk kontraktsrett, 1989, s 746 f.).

Av avgörande betydelse för principens tillämpning måste vara, huruvida säljaren genom sitt uppträdande har givit köparen särskild anledning att tro att han avstått från att göra invändning om för sen reklamation. Om säljaren ger sig in i en diskussion med köparen om det påstådda felet och därvid tex föreslår en uppgörelse av ett eller annat slag, eller åtminstone håller frågan huruvida fel föreligger öppen, bör köparen ha rätt att utgå från, att säljaren inte senare kommer att avfärda köparens anspråk med en formell invändning om för sen reklamation».

Avgjørelsen fra Svensk Høyesterett kan synes å legge til grunn en avtalerettslig synsvinkel på tap av innsigelse som følge av realitetsdrøftelser, jf det som uttales om at det avgjørende er hvordan kjøper hadde særskilt anledning til å tro at innsigelsen ikke ville påberopes. Et slik tolkning har støtte hos Ramberg, som anser avgjørelsen for å bygge på «principen om konkludent avstående som rättsgrund för förlusten av rätten att göra reklamationsinvändning».³⁴

Kolrud anser saken for å ha paralleller til Rt 1984 s 962 Mesterhus, antakelig som følge av at dommen synes å bygge på at selger har frafalt innsigelsen gjennom sin opptreden.³⁵ Hagstrøm er imidlertid uenig i at det er treffende med en slik parallell og anser avgjørelsen fra Svensk Høyesterett for å ligge nærmere situasjonen i Rt 1934 s 740 (presenteres nedenfor i punkt 3.2.2) hvor reklamasjonen også ble avvist som helt ubeføyet.

Som Hagstrøm påpeker ligner faktum mest på tilfellet i den eldste avgjørelsen, men vurderingstemaet svensk Høyesterett anvender har vesentlige likhetstrekk med det norsk Høyesterett anvender i Rt 1984 s 962. Det er også grunn til å påpeke at resultatet i den svenske avgjørelsen og den norske fra 1984 ble forskjellig selv om de tilsynelatende

³³ Avgjørelsen vies oppmerksomhet hos bl.a Kolrud side 591, hos Krüger i Norsk Kjøpsrett, side 581 note 63 og hos Hagstrøm side 344-345

³⁴ Se Jan Ramberg «Köpsrättsliga reklamationsregler och konkurrerande rättsgrunder», *Juridisk Tidskrift* 93/94 side 522 flg på side 525

³⁵ Kolrud gjengir kun de generelle uttalelsene i dommens premisser og presenterer heller ikke faktum i saken.

anvender samme vurderingstema. Dette skyldes klart nok forskjellen i faktum ved at Aneby umiddelbart avviste reklamasjonen som helt grunnløs og ikke innlot seg i noen forhandlinger som kunne gi motparten rimelig grunn til å tro at innsigelsen var frafalt, i motsetning til hva som var tilfellet i Mesterhus.

2.4 Oppsummering

Etter det som er gjennomgått over er det klart nok at en reklamasjonsinnsigelse kan gå tapt som følge av en avtalerettslig vurdering av selgers opptreden. Selgers opptreden tillegges dermed en løftevirkning og innsigelsen anses for frafalt etter alminnelige avtalerettslige regler om dispositive utsagn. Vurderingstemaet vil her være om kjøper hadde rimelig grunn til å tro at selger hadde frafalt innsigelsen. Realitetsdrøftelser selger foretar kan være et sentralt, men ikke avgjørende, moment i så måte, da en slik opptreden kan indikere at selger ikke har til hensikt å påberope seg innsigelsen. En slik vurdering må anses for være anvendelse av avtalerettslige prinsipper og selgers realitetsdrøftelser tillegges vekt som et selvstendig rettsfaktum.

Videre viser rettspraksis at en reklamasjonsinnsigelse i tillegg kan gå tapt også der selgers opptreden ikke rimeligvis kan tillegges avtalerettslig virkning som et løfte. Det rettslige grunnlaget for et rettstap i et slik tilfelle vil da være ulovfestede passivitetsprinsipper eller «læren» om at realitetsdrøftelser nødvendigvis medfører tap av reklamasjonsinnsigelse.

På bakgrunn av den rettspraksis og teori som her er gjennomgått synes det lite tvilsomt at det i norsk rett eksisterer passivitetsprinsipper som kan medføre at en rettighet kan falle bort. Det nærmere innholdet av disse prinsippene er imidlertid omstridt og uklart.

Det er blant annet uenighet i teorien om disse passivitetsprinsippene lar seg sammenfatte til en allmenn rettsgrunnsetning eller ikke. Uenigheten omfatter også den nærmere utformingen av en slik rettsgrunnsetning dersom passivitetsprinsippene skulle la seg sammenfatte til en allmenn rettsgrunnsetning. Uavhengig av denne striden kan man imidlertid slutte at det er visse forhold som har stått sentralt i rettens behandling av spørsmålet om en reklamasjonsinnsigelse skal gå tapt. De forholdene som har stått særlig sterkt er hvor lang tid som er gått uten at selger har påberopt sin reklamasjon, i hvilken grad selger kan klandres for at innsigelsen ikke er fremmet tidligere, om selgers opptreden har gitt kjøper berettigede forventninger om at innsigelsen ikke vil bli påberopt og hvorvidt kjøper har innrettet seg på at innsigelsen er frafalt.

De nevnte forholdene, i tillegg til andre forhold som kan begrunne tap av innsigelse, kan opptre alene eller i kombinasjon. Som flere teoretikere har påpekt må det anlegges en samlet vurdering av det konkrete tilfellet med tanke på om innsigelsen om sin reklamasjon er tapt. I en slik bredere vurdering vil forholdene nevnt i avsnittet over være sentrale momenter, i tillegg til andre relevante omstendigheter.

3 Læren om at realitetsdrøftelser nødvendigvis medfører tap av reklamasjonsinnsigelse

3.1 Hensyn

Flere forfattere har pekt på at det vil være betenkelig dersom det skal opereres med en lære som medfører at en selger automatisk mister muligheten til å påberope seg for sent reklamasjon dersom han har innlatt seg i realitetsdrøftelser.³⁶ Årsaken til dette er at det finnes flere gode grunner for selger til å ikke umiddelbart påberope seg at reklamasjonen er for sent fremsatt. Dette innebærer at man bør være forsiktig med å tillegge selgers opptreden den virkning at hans innsigelse går tapt, uavhengig om man forankrer et slikt resultat avtalerettslig, på bakgrunn av passivitetsprinsipper eller på bakgrunn av læren.

En selger er ofte opptatt av at han skal forholde seg til kontraktsparten i andre forretningsforhold senere og ønsker derfor å gi god service uten å ty til formaljuss. Dessuten medfører det å ha misfornøyde kunder ofte dårlig reklame for selger. Med tanke på dette kan det være naturlig for selger å, i alle fall innledningsvis, foreta nærmere undersøkelser og diskusjoner om det foreligger en mangel eller ikke, selv om reklamasjonen er for sent fremsatt. Det kan til og med være aktuelt for selger å foreta utbedringer/utskiftninger av mangler det er for sent reklamert over av rene kulansehensyn.³⁷

Selgeren kan selvfølgelig også innlate seg i slike diskusjoner med kjøper under forbehold om å senere påberope seg at reklamasjonen er for sent fremsatt. Imidlertid kan dette virke forsurende for forretningsforholdet, og en selger vil derfor normalt kvie seg for å gjøre dette der han har interesse i å opprettholde et godt forhold til kjøper.

I tillegg kan det å bringe et slikt forbehold på bane motvirke mulighetene for å komme til en minnelig løsning, slik kjøpslovutvalget også påpeker, jf det som fremgår av sitatet nedenfor. Det er likevel mulig å se for seg situasjoner hvor selger har en så sterk sak, vedrørende for sent fremsatt reklamasjon, at et forbehold om senere å fremme denne innsigelsen vil gjøre kjøpers forliksvilje større.

Til dette kommer det at de færreste selgere er klar over følgene av å innlate seg i realitetsdrøftelser. Som Krüger uttrykker det:

«Man skal ha en viss juridisk innsikt for å bevare reklamasjonsfrist-innsigelsen uten å fraskrive seg en viss adgang til å drøfte med kunden om reklamasjonen er berettiget eller ikke».³⁸

At han ved å innlate seg i realitetsdrøftelser mister innsigelsen sin, kan virke som en felle for selger. Fellessynspunktet har nok likevel størst relevans for mindre profesjonelle selgere. Barbo er f.eks av det syn at dette argumentet har mindre vekt på entrepriserettens område hvor partenes kontraktsadministrasjon ofte er svært profesjonalisert.³⁹

De betenkeligheter som her er nevnt medførte at Kjøpslovutvalget i NOU 1976:34 avslo å lovfeste en regel om at realitetsdrøftelser skulle medføre tap av innsigelse. Utvalget uttalte i den forbindelse:

³⁶ Se Kolrud side 595

³⁷ Dette forholdet påpekes også av retten i Rt 1984 s 962 Mesterhus

³⁸ Se Norsk Kjøpsrett side 746

³⁹ Se Kontraktsomlegging i entrepriseforhold side 240.

«Hvis selgeren gir seg av med å drøfte reklamasjonens reelle berettigelse uten subsidiært å ta forbehold om at den er avgitt for sent, har en rekke dommer ansett innsigelsen (om for sent fremsatt reklamasjon) bortfalt (jfr. Gaarder s. 69). Utvalget har drøftet om en slik regel burde lovfestes, men finner at så ikke bør skje. Det hefter store betenkeligheter ved « regelen ». Den ville kunne hindre en minnelig løsning av en uoverensstemmelse. Hvis regelen ble konsekvent etterlevet, ville selgeren straks avskjære enhver realitetsdrøftelse og henge seg i det formelle om tiden. Dermed ville lett standpunktene låses fast. Om loven - som nå - ikke har regelen, vil det naturligvis ikke være noe i veien for at innsigelsen om at reklamasjonen er for sen, anses frafalt i det enkelte tilfelle. Frafallelsen kan naturligvis skje stilltiende.» (side 83)

Kjøpslovsutvalget overlot følgelig utviklingen til domstolene. Men som det følger av den rettspraksis som er gjennomgått nedenfor, er det foreløpig klart at Høyesterett ikke opererer med noen regel om automatisk rettstap som følge av realitetsdrøftelser

3.2 Rettspraksis

3.2.1 Rt 1920 s 831

«Læren» om at realitetsdrøftelser automatisk medfører rettstap bygger i stor grad på Høyesteretts avgjørelse i Rt 1920 s 831. Saken dreier seg om hermetikkfabrikken Viking Canning Co i Kopervik som solgte et parti sardiner til Danmark. Sardinene ble umiddelbart eksportert fra Danmark til en kjøper i Wien uten at det ble foretatt noen undersøkelse av varenes kvalitet først. Den danske eksportøren mottok klager på sardinene fra sin kjøper i Wien og fremmet deretter reklamasjon til den norske hermetikkfabrikken.

Hermetikkfabrikken i Kopervik bestred at det forelå en mangel ved sardinleveransen men nevnte ingenting om reklamasjonens betimelighet. Denne innsigelsen ble først fremmet under prosedyren for handelsretten, rundt 2,5 år etter at det ble reklamert over mangelen.

Viking hevdet at undersøkelsen av varene burde vært foretatt før varene ble videresendt til Wien og at den reklamasjonen som ble fremmet på grunnlag av undersøkelsen foretatt der således var for sent fremmet.

Førstvoterende tok ikke stilling til om reklamasjonen var rettidig ettersom han var av det syn at dersom reklamasjonen skulle anses for å være for sent fremsatt, måtte Viking:

«ha gjort dette gjældende straks efter reklamationens mottagelse og senest da « Viking » i sit brev av 17 november 1915 tok til gjenmæle mot de av kompaniet i breve av 1ste og 8de november s.a. refererte reklamationer fra kjøperen i Wien.(...) Naar « Viking » intet nævnte herom, men derimot *indlot sig paa imøtegaelse av selve gehalten av de fremførte anker mot varen*, har « Viking » *under de foreliggende omstændigheter* efter min forstaaelse av forholdet avskaaet sig adgang til senere, saaledes som gjort først under proceduren ved handelsretten, at gjøre gjældende, at reklamationen var for sent fremkommet». (Min utheving)

Retten kom altså til at Vikings realitetsdrøftelser «under de foreliggende omstændigheter» medførte at innsigelsen om sen reklamasjon gikk tapt. Førstvoterende nøyde seg imidlertid ikke med dette, men fant også grunn til å fremheve en uttalelse fra Kristiania Femtimandsutvalg:

«Jeg skal i denne forbindelse henvise til Kristiania Femtimandsutvalgs enstemmige uttalelse av 6 juni 1912, indtat i 3dje samling av Responsa, side 419, nr. 383, hvori Femtimandsutvalget uttaler som et almindelig princip, at « en sælger, som til kjøperens reklamation av mangler ved en vare eller dens levering imøtegaar de fremkomne anker uten at paastaa, at der er reklamert for sent, kan ikke ved en senere leilighet rettelig gjøre denne innsigelse gjældende mot kjøperens protest ». Denne uttalelse er

forsaavidt ogsaa overensstemmende med høiesteretsdom i Retst. 1910, side 790 flg. Jeg har ikke fundet grund til i nærværende sak at avgjøre spørsmålet paa grundlag av dette almindelige princip, men jeg har dog anset det at være av betydning her at nævne denne Femtimandsutvalgets uttalelse som uttrykk for opfatningen inden handelsverdenen. »

Det Femtimandsutvalget som retten viser til var et utvalg innenfor Oslo Handelsstands Forening som hadde til oppgave å avgi uttalelser om kutymer og sedvaner innenfor omsetningslivet i Oslo. På den bakgrunn må utvalgets uttalelse antas å gi uttrykk for den kutyme som gjaldt i Oslo på den tid.⁴⁰

Den oppfatning Femtimannsutvalget gjør gjeldende i sin uttalelse stemmer overens med «læren» om at realitetsdrøftelser nødvendigvis medfører tap av reklamasjonsinnsigelsen. Når Høyesterett likevel velger å avstå fra å avgjøre saken på bakgrunn av det Femtimannsutvalget anser som et alminnelig prinsipp, så indikerer dette at dommen ikke kan sies å gi sin støtte til en slik lære.⁴¹

Førstvoterende peker dessuten på at det er «under de foreliggende omstendigheter» at selgers realitetsdrøftelser har medført at han er avskåret fra å påberope seg sen reklamasjon. Dette tyder på at førstvoterende ikke har ansett eksistensen av realitetsdrøftelser alene for å være tilstrekkelig til å konstatere rettstap for selgeren. At realitetsdrøftelsen ikke alene var tilstrekkelig, men at de på grunnlag av sakens omstendigheter likevel ble ansett for å avskjære selgers innsigelse kan tyde på at det ble anvendt ulovfestede passivitetsprinsipper ved avgjørelsen.⁴²

To dissenterende votum i dommen er imidlertid også av interesse. Assessor Peersen uttaler at:

«Jeg er ikke enig med førstvoterende i, at indstevnte er avskåret adgang til under processen at gjøre gjældende, at Kjøbenhavn skulde være det sted, hvor undersøkelsen var at foreta, og at indstevnte ved sin optræden har akseptert Wien som det sted, hvor undersøkelse med virkning for sælgeren kunde foregaa. Reklamationen blev møtt med protest mot de fremførte anker, og deri kan jeg ikke lægge en opgiven av nogen ret eller indsigelse, som indstevnte ellers maatte ha.»

Uttalelsen kan tyde på at den dissenterende dommer har vurdert om selgers opptreden i dette tilfellet skal gis dispositiv virkning, og kommet til at opptreden ikke gir motparten rimelig grunn til å tro at innsigelsen var frafalt. Heller ikke denne dommeren finner det avgjørende at Viking innlot seg i realitetsdrøftelser av reklamasjonen.

Det samme vurderingstemaet kan synes å være anvendt av assessor Bang som er enig med førstvoterende i resultatet, men som likevel finner grunn til å komme med en særbemerkning. Dommeren uttaler at han ønsker å presisere at han:

«likesaalidt som hr. assessor Peersen kan være med paa at fastslaa den sats, at sælgeren ved at indlate sig paa reklamationens realitet ubetinget avskjærer sig adgangen til senere at gjøre gjældende, at den er for sent avgit; det faar avgjøres efter omstændighederne i hvert enkelt tilfælde. I nærværende tilfælde finder jeg det dog naturligt at forstaa « Viking »s svar saaledes, at fabrikken intet fandt at indvende».

I likhet med annenvoterende Peersen er assessor Bang således av det syn at eksistensen av realitetsdrøftelser i seg selv ikke ubetinget medfører tap av reklamasjonsinnsigelse. Dessuten foretar også han det som kan virke som en avtalerettslig tolkning av selgers opptreden, bare med den forskjell at han kommer til det motsatte resultat av hva Peersen kom til.⁴³

Dette innebærer at ingen av Høyesteretts tre fraksjoner i denne avgjørelsen synes å anta

⁴⁰ Se Barbo side 236 note 132

⁴¹ Også Monsen hevder at dommen ikke kan tas til inntekt for en slik lære.

⁴² Kolrud og Monsen antar også at det rettslige grunnlaget for avgjørelsen er passivitetsprinsipper.

⁴³ Også Kolrud tolker votumene slik.

at det ligger en automatikk i at reklamasjonsinnsigelsen skal gå tapt dersom det er foretatt realitetsdrøftelser.

3.2.2 Rt 1934 s 740

Rt 1934 s 740 kan også tilsynelatende tas til inntekt for en lære om automatisk rettstap. Situasjonen i denne saken var at skipsrederen Alf Mohn kjøpte et skip av en bank. En tid senere viste det seg at banken hadde gitt feilaktige opplysninger om skipet og Mohn reklamerte derfor over dette. Først ved saksanlegget, nærmere 6 år etter, kom banken med innsigelsen om reklamasjonens rettidighet. I mellomtiden hadde det foregått omfattende skriftveksling mellom banken og Mohn, hvor banken hele tiden avviste reklamasjonen blankt. Førstvoterende uttalte om dette:

«Mohn hevder imidlertid at banken har avskåret sig adgangen til at gjøre gjeldende at reklamasjon ikke er fremsatt i rett tid, all den stund banken først ved saksanlegget fremkom med saadan innsigelse og tidligere hadde innlatt sig i drøftelse angaaende realiteten. Jeg kan ikke være enig med Mohn heri. I de dokumenterte skrivelser ifra banken eller dens fondsavdeling forekommer ingensomhelst realitetsdrøftelse av de poster i anledning av hvilke Mohn nu har fremsatt erstatningskrav. Bankens sees tvertimot at ha avvist Mohns krav som helt ubeføiet.»

Høyesterett fant altså at banken ikke kunne sies å ha innlatt seg i drøftelse av realiteten i reklamasjonen ved at de hadde avvist den som helt ubeføyet, og landet videre på at innsigelsen var i behold. Dommen kan dermed tilsynelatende tas til inntekt for en eventuell lære om at realitetsdrøftelser automatisk medfører tap av innsigelse. I saken går det hele 6 år med skriftveksling om forholdet før banken, til slutt ved saksanlegget, fremmer innsigelse vedrørende reklamasjonen. Det kan hevdes at når en slik langvarig passiv opptreden fra selger likevel ikke førte til tap av innsigelse, må dette skyldes at det rent faktisk ikke var foretatt realitetsdrøftelser, noe som er en nødvendig (og tilstrekkelig) betingelse for tap av innsigelse etter læren.

Kolrud er kritisk til dommens resultat og synes å mene at innsigelsen om sen reklamasjon her skulle gått tapt ettersom det i dette tilfellet gikk hele 6 år med skriftveksling før banken til slutt fremmet innsigelsen for retten. Banken hadde altså latt forholdet flyte i forholdsvis lang tid. Kritikken fra Kolrud kan nok synes noe unyansert da retten kommer til at Mohns senere korrespondanse fremsto nærmest som en henstilling til banken om å gå med på avslag i hans restgjeld. Banken hadde derfor all grunn til å gå ut i fra at Mohn ikke aktet å gå til sak. Om dette uttaler førstvoterende:

«Efter alle disse skrivelser og efter de mange aars forløp siden aktiekjøpet hadde funnet sted, hadde banken efter min mening all grunn til at gaa ut fra at Mohn nu hadde slaatt sig til ro og ikke vilde prosedere. Det kan derfor ogsaa av den grunn forklares at banken ikke har fundet det nødvendig at nevne noget om manglende rett-tidig reklamasjon.»

Med dette kan det hevdes at retten har foretatt en vurdering av hvor klanderverdig det var at banken ikke påberopte seg sen reklamasjon tidligere. Resultatet av denne vurderingen var deretter at etter forholdene var bankens opptreden så unnskyldelig at de hadde innsigelsen i behold.⁴⁴ En slik vurdering indikerer dessuten at retten har avgjort spørsmålet på bakgrunn av passivitetsprinsipper, og ikke en eventuell lære om at realitetsdrøftelser nødvendigvis medfører rettstap.

3.3 Oppsummering

⁴⁴ Monsen oppfatter avgjørelsen på samme måte.

Som det fremgår av pkt 3.2 kan ingen av de der analyserte dommene tas til inntekt for at det eksisterer en lære om automatisk rettstap som følge av realitetsdrøftelser. Det er i stedet mye som tyder på at dommene er et eksempel på anvendelse av ulovfestede passivitetsprinsipper.

Ved anvendelse av ulovfestede passivitetsprinsipper skal det anlegges en bredere vurdering av situasjonen, hvor blant annet tiden som er løpt, eventuell klanderverdig opptreden på selgersiden og eventuell innrettelse på kjøpersiden utgjør sentrale momenter. Dermed vil ikke eksistensen av realitetsdrøftelser alene avgjøre spørsmålet om innsigelsen om sen reklamasjon skal gå tapt.

På samme måte vil eksistensen av realitetsdrøftelser bare utgjøre et moment, om enn normalt tungtveiende, i spørsmålet om kjøperen hadde rimelig grunn til å tro at selger ikke vil påberope seg innsigelsen. Realitetsdrøftelser vil derfor ikke være avgjørende for om reklamasjonsinnsigelsen går tapt, uavhengig om det rettslige grunnlaget for rettstapet er alminnelig avtalerett eller ulovfestede passivitetsprinsipper.

Dette innebærer følgelig at den såkalte læren om at realitetsdrøftelser automatisk medfører tap av innsigelse må avvises.

4 Absolutte og relative reklamasjonsfrister

4.1 Generelt

Det finnes to ulike typer reklamasjonsfrister - *absolutte* og *relative* reklamasjonsfrister.

De *relative reklamasjonsfrister* kjennetegnes ved at det tidspunkt kjøper oppdaget eller burde oppdaget misligholdet markerer utgangspunktet for fristen. Reklamasjonen må så fremmes innenfor en (normalt kort) skjønnsmessig frist etter dette for å få virkning. For eksempel fastsetter den nå gjeldende Kjøpsloven fra 1988 at reklamasjonen må fremmes «innen rimelig tid» etter at misligholdet er eller burde vært oppdaget.

Det meste av rettspraksisen om realitetsdrøftelser omhandler den relative fristen i den gamle kjøpsloven 1907 § 54, som fastsetter at reklamasjon må skje «straks» i handelskjøp, «uten ugrunnet opphold» i vanlige sivile kjøp og «innen rimelig tid» i forbrukerkjøp. Etter ikrafttredelsen av lov 13. mai 1988 nr 27 om kjøp (kjøpsloven 1988) er kriteriet for rettidig reklamasjon gjennomgående «innen rimelig tid».

Flere teoretikere har pekt på at den eldre rettspraksisen om realitetsdrøftelser har vært farget av rettens ønske om å komme kjøper til hjelp i forbindelse med de strengere reklamasjonsfristene i kjøpsloven 1907.⁴⁵ Etter den oppmykningen av reklamasjonsfristene som kjøpsloven 1988, medførte skulle behovet for å komme kjøper til hjelp således være mindre. Omfattende nyere lagmannsrettspraksis viser imidlertid at problemstillingen vedrørende realitetsdrøftelser fremdeles i høyeste grad lever.

Den *absolutte reklamasjonsfristen* løper fra overleveringen og strekker seg en nærmere angitt periode frem. Den absolutte reklamasjonsfristen har derfor betydelige likhetstrekk med foreldelsesfristene. Etter Kjøpsloven 1907 var den absolutte reklamasjonsfristen i § 54 på 1 år, mens i den gjeldende kjøpsloven 1988 § 32 er fristen 2 år.

⁴⁵ Se bl.a. Barbo side 237, Hagstrøm side 343, Simonsen side 342

4.2 Betydningen av skillet mellom absolutte og relative reklamasjonsfrister

I Rt 1960 s 143 slo høyesterett fast at det har betydning for spørsmålet om innsigelsen om sen reklamasjon er tapt, om det er den absolutte eller den relative reklamasjonsfristen som er oversittet,

Situasjonen i Rt 1960 s 143 var at en gårdbruker kjøpte en traktor som ble levert med et halvt års garanti. Traktoren ble ved et tilfelle reparert av selger for skader på differensialen under garantiperioden. To år senere oppsto det en ny skade et annet sted i drivlinjen. Kjøperen reklamerte og hevdet at skaden sto i sammenheng med den skaden som tidligere var utbedret av selgeren. Retten kom til at det ikke var årsakssammenheng med den tidligere reparasjonen slik at garantiperioden og den da gjeldende fristen på ett år i kjøpsloven 1907 § 54 var løpt ut. Kjøperen anførte da at selgeren hadde innlatt seg i realitetsdrøftelser slik at reklamasjonen likevel måtte tas til følge, under henvisning til den tidligere gjennomgatte rettspraksis. Høyesterett uttalte om dette:

«De omtalte høyesterettsdommer angår tilfelle hvor det var spørsmål om oversittelse av den ordinære reklamasjonsfrist etter kjøpslovens § 52, og avgjør ikke noe med hensyn til en situasjon som den vi her står overfor. Det foreligger, så vidt jeg kan se, ikke noen avgjørelse av Høyesterett som fastslår at adgangen til å påberope fristen etter § 54 går tapt når den part som kunne gjøre oversittelsen gjeldende, innlater seg på å drøfte reklamasjonens realitet. Etter min mening må spørsmålet for denne frists vedkommende prinsipielt bedømmes på samme måte som ved en vanlig foreldelsesfrist, og det må ansees fastslått ved rettspraksis at skyldneren i alminnelighet ikke forspiller sin adgang til å påberope foreldelse ved å innlate seg på spørsmålet om fordringens reelle berettigelse.»

Den kjensgjerning at Høyesterett kom til at realitetsdrøftelser ikke kan medføre tap av innsigelse etter den absolutte reklamasjonsfristen i § 54, indikerer at de har vurdert situasjonen på bakgrunn av passivitetsprinsipper. Dersom retten hadde vurdert selgers opptreden slik at han måtte anses for å ha avgitt et dispositivt utsagn om frafall av innsigelsen, hadde det vært uten betydning om det var den relative fristen i § 52 eller den absolutte fristen i § 54 som var oversittet. Det er som tidligere nevnt full adgang til å frafalle sine egne rettighetsposisjoner. Man kan derfor fritt avtalerettslig frafalle en innsigelse om at fristen var ute etter både § 52 og 54.

Når Høyesterett likevel finner at det er utelukket at innsigelse om for sent fremsatt reklamasjon etter den absolutte reklamasjonsfristen i § 54 kan gå tapt som følge av realitetsdrøftelser, kan retten derfor ikke ha bygget sitt resultat på en avtalerettslig vurdering av selgers opptreden. Det rettslige grunnlaget for Høyesterettsvurdering må derfor nødvendigvis ha vært ulovfestede passivitetsprinsipper.

Den nærmere begrunnelsen for at Høyesterett velger å skille mellom de to ulike typene reklamasjonsfristene må antas å ligge i at de to forskjellige typene frister er begrunnet med ulike legislative hensyn. Den absolutte fristen bygger på status quo-hensynet om vern av den etablerte tilstand og bevishensyn. Fristen har, som retten også påpeker, således mye til felles med foreldelsesreglene. Den relative fristen er derimot et utslag av lojalitetsplikten i kontraktsforhold og har i første rekke til hensikt å beskytte selger mot at eventuelle misligholdsbeføyelser rammer hardere enn nødvendig.⁴⁶

Barbo peker i sin omtale av denne avgjørelsen på at fristen i § 54 var så klart utformet og allment kjent i handelslivet, at det har formodningen mot seg at en selger vil frafalle retten til å påberope seg for sen reklamasjon.⁴⁷ En selger innretter seg normalt på å være

⁴⁶ Se Simonsen, «Kreditors mangelsbeføyelser - særlig for tilvirkningskontraktene», *Jussens venner* 1999 s 305 flg, på, side 325

⁴⁷ Barbo s 240

ferdig med kjøpet først etter at den absolutte reklamasjonsfrist er gått ut. Først da kan han frigjøre avsetninger han har gjort i regnskapet osv. Innenfor fristen er han normalt forberedt på at det kan komme reklamasjoner, om kjøper da har reklamert innen rimelig tid eller ikke spiller i mange tilfeller mindre rolle for en selger. Hensynet til beskyttelse av selger er derfor mindre tungtveiende når det er den relative fristen som er løpt ut. Det er derfor større grunn til å komme kjøper til hjelp ved å behandle for sent fremsatte reklamasjoner etter den relative fristen. På bakgrunn av dette kan det derfor være fornuftig å skille mellom realitetsdrøftelsers betydning for henholdsvis absolutte og relative reklamasjonsfrister.

Etter dette legger Høyesterett til grunn prinsippet om at uløvfestede passivitetsprinsipper ikke kan medføre at innsigelse om for sen reklamasjon, etter den absolutte reklamasjonsfristen, går tapt.

4.3 Rt 1984 s 962 Mesterhus betydning for prinsippet fra Rt 1960 s 143

I Mesterhusavgjørelsen anførte selger for Høyesterett at kontraktens frist var en absolutt reklamasjonsfrist på samme måte som kjøpsloven 1907 § 54. Under henvisning til Rt 1960 s 143 anførte selger da at de ikke tapte sin adgang til å fremme innsigelsen om sen reklamasjon ved å innlate seg i realitetsdrøftelser. Mesterhus fikk imidlertid ikke medhold i dette av Høyesterett som ikke en gang kommenterte anførselen. Dette stemmer forøvrig med at retten skal ha bygget resultatet på en avtalerettslig tolkning av selgers opptreden, jf det som er sagt om det rettslige grunnlaget for avgjørelsen i punkt 2.3.4.

Det kan hevdes at dersom de to dommene bygger på to forskjellige rettslige grunnlag, så medfører ikke den senere avgjørelse noen endring i forhold til det standpunkt som Høyesterett inntok i Rt 1960 s 143. Dette vil innebære at tap av innsigelse om at den absolutt reklamasjonsfrist var ute derfor fremdeles er utelukket når det rettslige grunnlaget er passivitetsprinsipper.

I denne forbindelse må det nevnes at Barbo anser Mesterhusdommen for å utvide anvendelsesområdet for tap av innsigelse på grunn av realitetsdrøftelser til også å gjelde absolutte reklamasjonsfrister. Etter hans mening kan ikke prinsippet fra Rt 1960 s 143 lenger opprettholdes.⁴⁸

Samtidig uttaler Barbo om dommen at:

«det ble følgelig lagt vekt på om det alle forhold tatt i betraktning forelå omstendigheter og adferd fra entreprenørens side, som byggherren hadde grunn til å oppfatte som et løfte om ikke å påberope for sen reklamasjon. »⁴⁹ (Min utheving)

Med andre ord legger Barbo til grunn at retten bygde sitt resultat på en avtalerettslig vurdering av hvorvidt det var gitt avkall på innsigelsen eller ikke.

Som nevnt over er det opplagt at det er mulig å fraskrive seg sine egne rettighetsposisjoner gjennom et løfte, enten det er en rettighet etter den gamle kjøpsloven § 52, med den relative fristen eller § 54, med den absolutte fristen. Det tilsynelatende selvmotsigende standpunkt Barbo treffer vedrørende Mesterhusdommens betydning for realitetsdrøftelser ved absolutte reklamasjonsfrister, kan forklares med at passivitetsprinsipper har en uskarp grense mot avtalerettslige dispositive utsagn.⁵⁰ Det

⁴⁸ Se Kontraktssomlegging i entrepriseforhold side 238 note 144

⁴⁹ Se Barbo side 238

⁵⁰ Se *op.cit* fra Arnholm og Hagstrøm på side 5 og 6 henholdsvis.

er derfor uklart hva de enkelte teoretikere anser omfattet av de ulovfestede passivitetsprinsippene, og man tillegger dem gjerne ulikt innhold. Dersom Barbo anser passivitetsprinsipper for å være avtalerettslig forankret vil derfor Rt 1960 s 143 og Rt 1984 s 962, etter hans syn, følgelig være avgjort på samme grunnlag. Dette kan derfor forklare hans standpunkt i forhold til sistnevnte doms betydning for gjeldende rett.

Hagstrøm antar derimot at resultatet i dommen bygger på passivitetsprinsipper og hevder på den bakgrunn at tap av innsigelse på grunnlag av passivitetsprinsipper nå også kan skje for avtalte absolutte reklamasjonsfrister.⁵¹ Resultatet i Rt 1960 s 143 gjelder etter hans syn nå bare for lovbestemte absolutte reklamasjonsfrister. Ettersom Hagstrøm også anser de to dommene for å bygge på samme grunnlag, forklarer dette på samme måte som for Barbo hvorfor han anser Høyesteretts standpunkt i Rt 1960 s 143 for å være fraveket.

Det har imidlertid formodningen mot seg at Høyesterett skulle innskrenke anvendelsesområdet for et så klart prejudikat, som det som følger av Rt 1960 s 143, uten at dette kommenteres nærmere i dommens premisser. Som nevnt over er det dessuten mest nærliggende å anse de to dommene for å bygge på to ulike grunnlag, henholdsvis passivitetsprinsipper og en avtalerettslig tolkning av selgers opptreden. Dermed må det etter min mening slutes at Rt 1984 s 962 ikke har medført at innsigelse om oversittelse av den absolutte reklamasjonsfristen kan gå tapt som følge realitetsdrøftelser, når grunnlaget er ulovfestede passivitetsprinsipper.⁵² Høyesteretts standpunkt i Rt.1960 s 143 er derfor fremdeles gjeldende rett; anvendelsen av ulovfestede passivitetsprinsipper kan ikke medføre at innsigelser om at reklamasjonen var for sen etter den absolutte reklamasjonsfristen.

Det må i den forbindelse påpekes at kjøper i slike tilfeller ikke står rettsløs mot selgers sendretthet og klanderverdige passivitet. Kjøper kan i slike tilfeller kreve erstatning for det tap han påføres som følge av selgers sendretthet med å fremsette innsigelsen etter alminnelige erstatningsrettslige regler.⁵³

4.4 Oppsummering

Realitetsdrøftelsers betydning når absolutte reklamasjonsfrister oversittes, avhenger av hvilket rettslig grunnlag retten anvender når den tillegger realitetsdrøftelser vekt i vurderingen om reklamasjonsinnsigelsen er tapt. I Rt 1960 s 143, hvor Høyesterett avviste at selger realitetsdrøftelser kan medføre tap av innsigelse om at den absolutte reklamasjonsfrist er oversittet, er det sannsynligvis ulovfestede passivitetsprinsipper som utgjør det rettslig grunnlaget for rettens vurdering. Avgjørelsen utgjør derfor et prejudikat for at ulovfestede passivitetsprinsipper ikke kan begrunne tap av innsigelse der den absolutte reklamasjonsfristen er oversittet.

I Rt 1984 s 968 hvor Høyesterett anså selgers innsigelse om at den absolutte reklamasjonsfristen var oversittet for tapt, er derimot resultatet trolig forankret i en avtalerettslig vurdering av selger opptreden. Det rettslige grunnlaget for de to dommene er derfor forskjellig og den nyere avgjørelsen medfører derfor ingen modifikasjoner i

⁵¹ Se Obligasjonsrett side 344

⁵² Slik også Monsen

⁵³ Se f.eks Knoph side 249-250 og Monsen,

prinsippet Høyesterett knesatte i den eldre avgjørelse. Gjeldende rett er derfor fremdeles at tap av innsigelse om sen reklamasjon i henhold til den absolutte reklamasjonsfristen ikke kan forankres i ulovfestede passivitetsprinsipper.

5 Litteraturliste

Andersen	Kristen Andersen: <i>Kjøpsrett</i> , (Oslo 1965)
Arnholm	Carl Jacob Arnholm: <i>Passivitetsvirkninger</i> , (Oslo 1932)
Arnholm	Carl Jacob Arnholm: <i>Privatrett I Almindelig Privatrett</i> , (Oslo 1964)
Barbo	Jan Einar Barbo: <i>Kontraktssomlegging i entrepriseforhold</i> , (Oslo 1997)
Giertsen	Johan Giertsen: <i>Avtaler</i> , (Bergen 2002)
Hagstrøm	Viggo Hagstrøm: <i>Obligasjonsrett</i> , (Oslo 2003)
Hørby Jensen	Camilla Hørby Jensen: <i>Retsfortapende passivitet – hvorfor, hvordan, hvornår?</i> , (København 2007)
Knoph	Ragnar Knoph: <i>Rettslige standarder</i> , (Oslo 1939)
Kolrud	Helge Jacob Kolrud: Reklamasjon og realitetsdrøftelser, Festskrift Birger Stuevold Lassen (Oslo 1997) side 585 flg
Krüger	Kai Krüger: <i>Norsk Kontraksrett</i> , (Bergen 1989)
Krüger	Kai Krüger: <i>Norsk Kjøpsrett</i> (4.utg), (Bergen 1999)
Lassen	Julius Lassen: <i>Haandbog i Obligationsretten Aldmindelig del</i> , 3. udg. (København 1917-1920)
Monsen	Erik Monsen: «Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser», <i>Jussens Venner 2010 nr 3</i>
Nygaard	Nils Nygaard: <i>Rettsgrunnlag og standpunkt</i> , (Bergen 2004)
Simonsen	Lasse Simonsen: Kreditors mangelsbeføyelser - særlig for tilvirkningskontraktene, <i>Jussens Venner 1999</i> side 305 flg
Solem	Erik Solem: <i>Av kontraksrettens spesielle del</i> , (Oslo 1942) (Utgivelse av Fredrik Stangs forelesninger)
Ramberg	Jan Ramberg: «Köpsrättsliga reklamationsregler och konkurreande rättsgrunder», <i>Juridisk Tidskrift 1993/1994</i> s 522 flg
Ravnkilde	Jens Ravnkilde: <i>Passivitet</i> , (København 2002)
Woxholth	Geir Woxholth: <i>Avtalerett</i> , (Oslo 2009)

