

Høringsnotat

Lovavdelingen

14. juni 2021

Snr. 21/3567

Høringsfrist: 29.09.2021

ENDRINGER I FORBRUKERKJØPSLOVEN I FORBINDELSE MED GJENNOMFØRING AV FORBRUKERKJØPSDIREKTIVET (2019/771)

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
2	Oversikt over forbrukerkjøpsloven.....	4
3	Oversikt over forbrukerkjøpsdirektivet.....	6
4	Overordnet om gjennomføring av direktivet i norsk rett	9
4.1	Generelt.....	9
4.2	Begrepsbruk og definisjoner	10
4.3	Lovens ufravikelighet	10
5	Forbrukerkjøpslovens saklige virkeområde	11
5.1	Gjeldende rett	11
5.2	Direktivet.....	12
5.3	Departementets vurdering	14
6	Levering og risikoens overgang.....	19
6.1	Gjeldende rett	19
6.2	Direktivet.....	20
6.3	Departementets vurdering	21
7	Tidspunktet for mangelsbedømmelsen og frist for når mangelen må vise seg	23
7.1	Gjeldende rett	23
7.2	Direktivet.....	23
7.3	Departementets vurdering	26
8	Bevisregler for mangelsbedømmelsen	30
8.1	Gjeldende rett	30
8.2	Direktivet.....	30
8.3	Departementets vurdering	31
9	Reklamasjonsfrist.....	32

9.1	Gjeldende rett	32
9.2	Direktivet.....	33
9.3	Departementets vurdering	35
10	Krav til tingens egenskaper – mangelsbedømmelsen	38
10.1	Generelle krav til tingens egenskaper	38
10.1.1	Gjeldende rett	38
10.1.2	Direktivet	41
10.1.3	Departementets vurdering.....	43
10.2	Vurdering av bestemmelser i loven som ikke finnes i direktivet	53
10.3	Særlig om mangler som skyldes uriktig installasjon.....	58
10.3.1	Gjeldende rett	58
10.3.2	Direktivet	59
10.3.3	Departementets vurdering.....	59
10.4	Særlig om tredjepersons rettigheter	60
10.4.1	Gjeldende rett	60
10.4.2	Direktivet	61
10.4.3	Departementets vurdering	61
11	Forbrukerens krav ved mangler	62
11.1	Innledning – generelt om forbrukerens mangelskrav.....	62
11.1.1	Gjeldende rett	62
11.1.2	Direktivet	63
11.1.3	Departementets vurdering.....	65
11.2	Tilbakeholdsrett.....	65
11.3	Avhjelp – retting og omlevering	66
11.3.1	Innledning	66
11.3.2	Vilkårene for avhjelp.....	66
11.3.3	Gjennomføring av avhjelp	70
11.4	Fellesvilkår for prisavslag og heving	78
11.4.1	Gjeldende rett	78
11.4.2	Direktivet	78
11.4.3	Departementets vurdering.....	79
11.5	Prisavslag.....	80
11.5.1	Gjeldende rett	80
11.5.2	Direktivet	81
11.5.3	Departementets vurdering.....	81
11.6	Heving.....	83
11.6.1	Gjeldende rett	83

11.6.2	Direktivet	84
11.6.3	Departementets vurdering	84
11.7	Erstatning	85
11.8	Virkningene av at avtalen heves	86
11.8.1	Gjeldende rett	86
11.8.2	Direktivet	87
11.8.3	Departementets vurdering	87
11.9	Fellesregler for heving og omlevering	90
11.9.1	Gjeldende rett	90
11.9.2	Direktivet	91
11.9.3	Departementets vurdering	91
11.10	Forventet kontraktsbrudd	95
11.11	Kontraktsbrudd ved deler av det solgte	96
11.11.1	Gjeldende rett	96
11.11.2	Direktivet	97
11.11.3	Departementets vurdering	98
11.12	Forsinket oppfyllelse av biforpliktelser	99
12	Garantier	101
12.1	Gjeldende rett	101
12.2	Direktivet	103
12.3	Departementets vurdering	105
13	Regress	106
13.1	Direktivet	106
13.2	Gjeldende rett	107
13.3	Departementets vurdering	107
14	Økonomiske og administrative konsekvenser	107
15	Merknader til de enkelte bestemmelsene	109
16	Lovforslag	121

1 Innledning

Justis- og beredskapsdepartementet foreslår i dette høringsnotatet endringer i forbrukerkjøpsloven (i tillegg til en mindre endring i markedsføringsloven). Endringsforslagene tar i hovedsak sikte på å gjennomføre det nye forbrukerkjøpsdirektivet (Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/771 om visse aspekter ved avtaler om salg av varer) i norsk rett.

Det nye direktivet erstatter forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 (Europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF). En viktig forskjell mellom direktivene er at det nye direktivet som utgangspunkt er totalharmonisert, slik at det ikke er adgang til å

fastsette regler i nasjonal rett som avviker fra direktivets regler, med mindre direktivet eksplisitt tillater det, jf. artikkel 4. Dette innebærer at det på de områder direktivet regulerer, som hovedregel verken kan gis nasjonale regler som gir et lavere eller høyere forbrukervern enn det direktivet fastsetter. 1999-direktivet er i motsetning et minimumsdirektiv som tillater at det i nasjonal rett gis et mer omfattende forbrukervern enn det direktivet fastsetter.

Formålet med direktivet er å bidra til et velfungerende indre marked og samtidig sikre et høyt forbrukerbeskyttelsesnivå ved å fastsette felles regler om visse krav til kjøpsavtaler mellom selgere og forbrukere, jf. artikkel 1. Direktivet gir blant annet regler om hvilke krav varen skal oppfylle for å være i overensstemmelse, om forbrukerens krav ved mangler, hvilken tidsperiode selgeren er ansvarlig for mangler, og om bevisbyrde for at det foreligger en mangel. En oversikt over direktivets regler vil bli gitt i punkt 3 nedenfor.

Forbrukerkjøpsdirektivet ble vedtatt 20. mai 2019 sammen med digitalytelsesdirektivet (Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/770 av 20. mai 2019 om visse aspekter ved avtaler om levering av digitalt innhold og digitale tjenester). Disse direktivene regulerer begge forbrukeravtaler, men har forskjellig anvendelsesområde. Mens forbrukerkjøpsdirektivet gjelder salg av varer, gjelder digitalytelsesdirektivet levering av digitalt innhold og digitale tjenester. Direktivene har imidlertid en grenseflate mot hverandre. Blant annet reguleres varer med digitale elementer, for eksempel en smartklokke, på visse vilkår av forbrukerkjøpsdirektivet, mens et fysisk medium som utelukkende tjener som bærer for digitalt innhold, for eksempel en DVD eller en USB-minnepinne, faller inn under digitalytelsesdirektivet. Grensen mellom direktivene vil bli nærmere behandlet i punkt 5 nedenfor. Direktivene er ansett som EØS-relevante. De ble i møte i EØS-komiteen 5. februar 2021 besluttet innlemmet i EØS-avtalen med forbehold om Stortingets samtykke. I departementets høringsnotat 3. desember 2020 er det foreslått en ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere, som skal gjennomføre digitalytelsesdirektivet i norsk rett.

I det følgende gis først en oversikt over forbrukerkjøpsloven og direktivet, jf. punkt 2 og 3. Videre vil departementet vurdere hvilke lovendringer det er grunn til å foreslå i forbindelse med gjennomføringen av direktivet. Ved vurderingen vil departementet tematisk sammenholde de gjeldende bestemmelsene med direktivets regler. I punkt 4 behandles noen overordnede spørsmål ved gjennomføringen av direktivet. I punkt 5 vurderes reglene om lovens virkeområde. I punkt 6 omtales enkelte spørsmål som gjelder levering og risikoens overgang. Regler om tidspunktet for mangelsbedømmelsen og frist for når mangelen må vise seg, vurderes i punkt 7, mens bevisbyrderegler for mangelsvurderingen vurderes i punkt 8. Regler om reklamasjonsfrist behandles i punkt 9 og krav til salgstingen i punkt 10. I punkt 11 vurderes reglene om forbrukerens krav ved mangler. Punkt 12 gjelder regler om garantier, og i punkt 13 omtales et spørsmål om regress. Økonomiske og administrative konsekvenser av lovforslaget omtales i punkt 14. Punkt 15 inneholder merknader til de enkelte bestemmelsene som foreslås endret. Forslag til lovendringer (lovforslaget) er inntatt i punkt 16.

2 Oversikt over forbrukerkjøpsloven

Forbrukerkjøp er regulert i lov 21. juni 2002 nr. 34. Forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 (1999/44/EF), som det nye direktivet erstatter, er gjennomført i loven. Dette

er som tidligere nevnt et minimumsdirektivet (i motsetning til det nye direktivet), slik at det kan fastsettes regler i nasjonal rett som gir forbrukeren et sterkere vern enn etter direktivet.

Lovens viktigste forarbeider er Ot.prp. nr. 44 (2001–2002). Loven har også bakgrunn i NOU 1993: 27. I det følgende gis en oversikt over lovens bestemmelser.

§ 1 gir regler om lovens alminnelige virkeområde. Loven gjelder forbrukerkjøp, som er definert som salg av ting til en forbruker når selgeren eller selgerens representant opptrer i næringsvirksomhet. I § 2 gis regler om lovens anvendelse i noen særlige forhold.

I § 3 fastsettes at det ikke kan avtales eller gjøres gjeldende vilkår som er ugunstigere for forbrukeren enn det som følger av loven. Forbrukeren kan altså ikke stilles dårligere enn etter loven, men ikke alle lovens bestemmelser er ufravikelige. Det fremgår av enkelte av lovens bestemmelser at de kan fravikes ved avtale.

I loven kapittel 2 (§§ 5 til 12) gis forskjellige regler om leveringen av tingen. Dette omfatter bl.a. regler om leveringssted, leveringstid og når tingen anses som levert.

I kapittel 3 (§§ 13 og 14) gis regler om risikoen for tingen. Disse bestemmelsene regulerer særlig når risikoen for tingen går over på forbrukeren (som hovedregel ved levering etter § 7), og hva det innebærer at risikoen går over.

I kapittel 4 gis regler bl.a. om tingens egenskaper (§ 15) og når tingen anses å ha en mangel (§ 16). I § 15 oppstilles krav som tingen skal være i samsvar med. Tingen har etter § 16 en mangel når den ikke er i samsvar med ett eller flere av disse kravene. I tillegg angis i § 16 andre tilfeller der tingen har en mangel, bl.a. der selgeren har unnlatt å gi opplysninger om tingen eller gitt uriktige opplysninger.

I § 17 gis regler om når tingen har mangel når den er solgt «som den er» eller med lignende alminnelig forbehold. Bestemmelsen gir forbrukeren et vern selv om tingen er solgt med et slikt forbehold.

I § 18 gis regler om tidspunktet for bedømmelsen av om det foreligger en mangel. Om tingen har en mangel skal bedømmes ut fra forholdene på tidspunktet da risikoen gikk over på forbrukeren, selv om mangelen først viser seg senere. Bestemmelsen inneholder også en bevisbyrderregel av betydning for bedømmelsen: Hvis ikke noe annet bevises, skal en mangel som viser seg innen seks måneder etter risikoens overgang, formodes å ha eksistert ved risikoens overgang.

I § 18 a gis regler om garantier. Disse reglene regulerer situasjonen der det er gitt en garanti som gir forbrukeren ytterligere rettigheter enn det som følger av loven. En garanti kan ikke begrense forbrukerens rettigheter etter loven, og er altså noe som kommer i tillegg til lovens vern.

I kapittel 5 (§§ 19 til 25) gis regler om forbrukerens krav ved forsinket levering. Ved forsinkelse som ikke skyldes forbrukeren eller forhold på forbrukerens side, kan forbrukeren holde kjøpesummen tilbake etter § 20, kreve oppfyllelse etter § 21, kreve heving etter § 23 eller kreve erstatning etter § 24. De nærmere vilkårene for å gjøre gjeldende de ulike beføyelsene fremgår av de enkelte bestemmelsene.

I kapittel 6 (§§ 26 til 36) gis regler om forbrukerens krav ved mangel ved tingen. Dersom det foreligger en mangel og dette ikke skyldes forbrukeren eller forhold på forbrukerens side, kan forbrukeren holde kjøpesummen tilbake etter § 28, velge mellom retting og omlevering i samsvar med §§ 29 og 30, kreve prisavslag etter § 31, kreve heving etter § 32 eller kreve erstatning etter § 33. I § 27 gis regler om reklamasjon, som medfører at forbrukerens krav kan gå tapt dersom forbrukeren ikke innen visse frister gir selgeren melding om at han eller hun vil påberope seg mangelen. I kapitlet er det bl.a. også regler om ansvar for produktskader (§ 34) og forbrukerens krav mot tidligere salgsledd (§ 35).

I kapittel 7 (§§ 37 til 40) gis regler om forbrukerens plikter i forbindelse med kjøpet. Forbrukerens hovedforpliktelse er å betale kjøpesummen, og det er i §§ 37 til 39 gitt ulike regler vedrørende betalingen (tidspunkt, sted m.m.). Øvrig medvirkning til gjennomføring av kjøpet er regulert i § 40.

I kapittel 8 (§§ 41 til 42) gis enkelte regler om avbestilling og retur.

I kapittel 9 (§§ 43 til 48 a) gis regler om selgerens krav ved kontraktsbrudd fra forbrukerens side. Ved kontraktsbrudd fra forbrukeren som ikke skyldes selgeren eller forhold på selgerens side, kan selgeren kreve oppfyllelse etter § 44, kreve heving etter § 45, kreve erstatning og rente etter § 46 eller holde ytelsen tilbake etter § 9. Vilkårene for å gjøre gjeldende de ulike beføyelsene og nærmere regler om disse fremgår av de enkelte bestemmelsene.

I kapittel 10 (§§ 49 til 51) finnes fellesregler om heving og omlevering, bl.a. om virkninger av dette.

I kapittel 11 (§§ 52 til 54) gis fellesregler om erstatning, bl.a. om erstatningens omfang, plikt til å begrense tapet og lemping av ansvaret.

Kapittel 12 (§§ 55 til 61) inneholder forskjellige bestemmelser, blant annet om forventet kontraktsbrudd, kontraktsbrudd ved del av tingen, regler om heving i noen særlige tilfeller og plikt til å dra omsorg for tingen.

Kapittel 13 gjelder ikrafttredelse og endringer i andre lover.

3 Oversikt over forbrukerkjøpsdirektivet

I det følgende gis en oversikt over de ulike artiklene i forbrukerkjøpsdirektivet (2019/771).

Artikkel 1 fastsetter at direktivets formål er å bidra til at det indre marked skal fungere bedre, samt sikre et høyt nivå av forbrukerbeskyttelse i hele EU. Formålet skal etter artikkelen oppnås ved å fastsette felles regler for en del sentrale forhold ved forbrukerkjøpsavtaler, slik som regler om varens overensstemmelse med avtalen og enkelte objektive krav, forbrukerens beføyelser ved manglende overensstemmelse (dvs. når tingen har en mangel) og enkelte vilkår for å gjøre disse beføyelsene gjeldende, samt noen regler om kommersielle garantier.

Artikkel 2 inneholder definisjoner av ulike begreper som benyttes i direktivet.

Artikkel 3 fastsetter anvendelsesområdet for direktivet. Direktivets regler gjelder i utgangspunktet for alle avtaler om salg av varer mellom forbrukere og næringsdrivende, i tråd med definisjonene i artikkel 2. Avtaler om levering av digitalt innhold eller digitale tjenester reguleres derimot av direktiv 2019/770 om digitale ytelser. Her er det imidlertid visse modifikasjoner:

- Digitale ytelser som er sammenknyttet med varer, såkalte «smarte varer» – som klokker, mobiltelefoner og husholdningsapparater med programvare – reguleres på visse vilkår av forbrukerkjøpsdirektivet.
- Fysiske medier som bare brukes til å levere en digital ytelse – som en minnepinne eller CD – reguleres av digitalytelsesdirektivet.

Videre får direktivet ikke anvendelse på varer som selges på tvangssalg eller for øvrig i medhold av lov. Ellers kan medlemsstatene velge å unnta auksjonssalg av brukte varer og salg av levende dyr fra reglens virkeområde nasjonalt.

Generell kontraktsrett, så som reglene om inngåelse av avtaler, avtalers gyldighet og konsekvensene av heving, overlates fortsatt til nasjonal rett, jf. artikkel 3 nr. 6.

Artikkel 4 fastsetter at medlemsstatene ikke må innføre eller opprettholde bestemmelser i nasjonal rett som fraviker direktivets regler. Det presiseres at dette omfatter både strengere og mildere bestemmelser for å sikre et annet forbrukervernivå enn det direktivet angir, med mindre noe annet er fastsatt i direktivet. Medlemsstatene kan altså bare fastsette avvikende regler der det er særskilt angitt. På enkelte punkter tillater direktivet avvikende regulering, jf. nedenfor.

I artikkel 5 til 9 fastsettes ulike krav til varen som selgeren skal levere til forbrukeren. Artikkel 5 er en nokså generell bestemmelse som fastsetter at selgeren skal levere varer til forbrukeren som oppfyller kravene som er fastsatt i de etterfølgende artiklene.

Artikkel 6 fastsetter subjektive krav til varens overensstemmelse. De subjektive kravene kan i hovedtrekk sies å rette seg mot egenskapene som selgeren og forbrukeren har avtalt at tingen skal ha. (For eksempel skal salgstingen leveres med oppdateringer som fastsatt i kjøpsavtalen, jf. artikkel 6 bokstav d.)

Artikkel 7 fastsetter objektive krav til varens overensstemmelse. Dette er krav som varen skal oppfylle selv om det ikke er avtalt noe spesielt om det (så langt kravene er relevante for det aktuelle kjøpet). En del av kravene er generelle og gjelder for alle varer, mens det i artikkelen nr. 3 og 4 er fastsatt spesifikke krav til oppdateringer for varer med digitale elementer. I artikkel 7 nr. 5 er det gitt regler om hva som kreves for å fravike de objektive kravene. Et sentralt vilkår er at forbrukeren uttrykkelig og særskilt må akseptere et avvik fra disse kravene ved avtaleinngåelsen.

Artikkel 8 gjelder mangler som følge av uriktig installasjon av varer, og gir regler om når selgeren er ansvarlig for feil som skyldes dette.

Artikkel 9 gjelder tredjepersons rettigheter i tingen, og regulerer når begrensninger som følge av slike rettigheter gir forbrukeren rett til å reise mangelskrav etter artikkel 13.

Artikkel 10 gjelder hvilken periode selgeren er ansvarlig for mangler. Bestemmelsen fastsetter at selgeren har ansvar for mangler som forelår på kjøpstidspunktet og som viser seg innenfor en periode på to år. For varer med digitale elementer utvides ansvarsperioden dersom de digitale elementene skal leveres løpende over en lengre periode, slik at selgeren er ansvarlig for mangler ved disse elementene som viser seg i løpet av hele leveringsperioden.

Medlemsstatene har adgang til å fastsette lengre ansvarsperioder, jf. artikkelen nr. 3.

Artikkel 10 nr. 4 og 5 gir adgang til å innføre eller opprettholde foreldelsesfrister for når forbrukeren kan gjøre mangelskrav gjeldende, i stedet for en ansvarsperiode som fastsatt i nr. 1 og 2. Slike foreldelsesfrister kan imidlertid ikke begrense forbrukerens adgang til å gjøre gjeldende rettigheter etter direktivet (for eksempel ved å undergrave direktivets regler om ansvarsperiode).

Artikkel 11 gjelder bevisbyrden for at varen er i kontraktsmessig stand. I nr. 1 pålegges selgeren bevisbyrden for mangler som viser seg innen ett år etter at varen er levert. Medlemsstatene kan velge å utvide denne perioden til to år, jf. nr. 2. For varer med digitale elementer der avtalen foreskriver løpende levering av den digitale ytelsen over en periode, fastsetter direktivet at selgeren skal ha bevisbyrden for at varen var i overensstemmelse med avtalen gjennom hele denne perioden, jf. nr. 3.

Artikkel 12 gir adgang til å innføre eller opprettholde nasjonale regler om at forbrukeren, for å kunne gjøre gjeldende rettigheter etter direktivet, plikter å varsle selgeren om en mangel innenfor en periode på minst to måneder etter at mangelen ble oppdaget.

Artikkel 13 fastsetter forbrukerens rett til avhjelp, omlevering, prisavslag eller heving dersom varen har en mangel, og nærmere vilkår for å gjøre gjeldende de ulike rettighetene. Forbrukeren kan ikke heve avtalen dersom mangelen er uvesentlig, jf. nr. 5. Selgeren har bevisbyrden for at mangelen er uvesentlig. Artikkel 13 nr. 6 fastsetter forbrukerens rett til å holde tilbake hele eller deler av kjøpesummen inntil selgeren oppfyller sine forpliktelser. Det overlates til nasjonal rett å regulere tilbakeholdsretten ytterligere. Det kan i henhold til nr. 7 også fastsettes nærmere regulering i nasjonal rett av hvorvidt og i hvilket omfang forbrukerens eventuelle bidrag til mangelen skal påvirke forbrukerens rett til å gjøre gjeldende beføyelser.

Artikkel 14 gir enkelte nærmere regler om hvordan avhjelp eller omlevering skal gjennomføres.

Artikkel 15 regulerer fastsettelsen av prisavslag.

Artikkel 16 gir regler om heving av kjøpsavtalen bl.a. hvordan dette skal gjennomføres, men gir medlemsstatene adgang til å fastsette nærmere regler om tilbakelevering og tilbakebetaling.

Artikkel 17 gir regler om handelsmessige garantier, når varen er levert med en slik garanti.

Artikkel 18 fastsetter at selgeren skal ha en regressrett overfor tidligere salgsledd der en mangel ved varen skyldes deres handlinger eller unnlater. Nærmere om hvem selgeren kan reise krav mot, og vilkårene for utøvelsen av regressretten overlates til nasjonal rett.

Artikkel 19 gjelder håndheving. Etter nr. 1 skal medlemsstatene sørge for at det finnes tilstrekkelige og effektive midler i nasjonal rett til å sikre at direktivets regler overholdes. Etter nr. 2 skal slike midler omfatte regler om at ett eller flere kompetente organer (offentlige organer, forbrukerorganisasjoner og/eller ervervsorganisasjoner med legitim interesse) på nærmere vilkår kan reise sak for domstolene eller en kompetent myndighet for å sikre at direktivet overholdes.

Artikkel 20 pålegger medlemsstatene å sikre forbrukernes tilgang til opplysninger om sine rettigheter etter direktivet, samt om adgangen til håndheving av disse rettighetene.

Artikkel 21 fastsetter at en avtale som fraviker nasjonale regler som gjennomfører direktivet til skade for forbrukeren, ikke skal være bindende for forbrukeren (med mindre annet fremgår av direktivet).

Artikkel 22 til 27 fastsetter ulike regler av mer prosessuell karakter, bl.a. om endringer i andre rettsakter, medlemsstatenes gjennomføring av direktivet, evaluering og ikrafttredelse. Direktivet vil erstatte det forrige forbrukerkjøpsdirektivet (1999/44/EF), som oppheves med virkning fra 1. januar 2022 (da alle medlemsstatene skal ha nye regler på plass etter artikkel 24), jf. artikkel 23.

Nasjonale regler som er nødvendige for å gjennomføre direktivet, skal etter artikkel 24 vedtas og offentliggjøres senest 1. juli 2021 i alle medlemsstater, og tre i kraft 1. januar 2022. Etter artikkel 25 skal kommisjonen evaluere virkningene av direktivet innen 12. juni 2024.

4 Overordnet om gjennomføring av direktivet i norsk rett

4.1 Generelt

Forslagene til nye EU-direktiver om forbrukerkontrakter ble sendt på høring 5. april 2016 med frist 5. juli samme år. Prosessen innebærer en tidlig involvering av aktører som påvirkes av regelverket, herunder berørt næringsliv. Videre ble et senere forslag til nytt direktiv om forbrukerkjøp sendt på høring 7. desember 2017 med frist 18. januar 2018.

Direktivet er besluttet innlemmet i EØS-avtalen (med forbehold om Stortingets samtykke), slik at Norge er forpliktet til å gjennomføre det i norsk rett.

Forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 er som nevnt gjennomført i forbrukerkjøpsloven, og departementet finner det klart at det nye forbrukerkjøpsdirektivet også bør gjennomføres der.

Et viktig premiss for gjennomføringen er som tidligere nevnt at direktivet i utgangspunktet er totalharmonisert, slik at det ikke kan fastsettes verken strengere eller mildere regler enn det direktivet angir, med mindre noe annet er eksplisitt angitt, jf. artikkel 4. Dette er en forskjell sammenliknet med forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999, som ga adgang til å fastsette regler i nasjonal rett som gir et sterkere forbrukervern enn etter direktivet. En konsekvens av denne forskjellen er bl.a. at det kan tenkes at forbrukerkjøpslovens regler bør endres selv om det nye direktivets regler svarer til 1999-direktivets regler (fordi det var større nasjonal frihet ved gjennomføringen av 1999-direktivet). Det er altså mer begrenset nasjonal handlefrihet ved gjennomføringen av det nye direktivet, jf. også at direktivet fastsetter at reglene som gjennomfører direktivet i nasjonal rett, som utgangspunkt skal være ufravikelige i forbrukerens favør, jf. artikkel 21.

Et generelt spørsmål som kan oppstå ved gjennomføringen av direktivet, er hvor store strukturelle endringer som bør gjøres i loven, og hvor nært opp til direktivets ordlyd nasjonale regler bør legges. Selv om direktivet som nevnt ovenfor er totalharmonisert, har nasjonale myndigheter et visst spillerom ved

gjennomføringen, slik at det for eksempel ikke er nødvendig å bruke den samme redaksjonelle oppbygningen som i direktivet. Så lenge gjennomføringen sikrer at direktivets materielle regler kommer til uttrykk, er det mulig å innpasse direktivets regler i eksisterende lovstruktur.

Generelt sett kan argumenter for å legge nasjonale regler nært opp til et direktivs ordlyd være at det gir større trygghet for at gjennomføringen av direktivet blir riktig. Videre utvikles gjerne innholdet i direktivene gjennom praksis fra EU-domstolen, og det vil være enklere å relatere EU-domstolens praksis til norsk rett dersom loven har en strukturell oppbygning og begrepsbruk som er nokså lik direktivet. Generelle argumenter for å forsøke å innpasse et direktiv i eksisterende lovstruktur og begrepsbruk kan være å opprettholde et mer enhetlig system på et rettsområde. For eksempel kan det ha en verdi at lovene på kontraktsrettsområdet er bygget over omtrent samme lest. Videre kan hensynet til at lovgivningen skal være tilgjengelig og lett forståelig for dem som skal anvende den, være et sentralt hensyn ved gjennomføring av direktiver. Den nærmere avveiningen av disse hensynene må vurderes mer konkret.

Departementet har vurdert om gjennomføring av direktivet i forbrukerkjøpsloven krever større endringer i lovens struktur, men antar at det ikke er nødvendig. Direktivgjennomføringen vil medføre at det må gis enkelte nye bestemmelser i loven, mens andre bestemmelser foreslås endret eller opphevet. Men departementet antar at nødvendige endringer med bakgrunn i direktivet kan foretas innenfor lovens eksisterende struktur, slik at det ikke synes å være behov for større strukturelle endringer.

4.2 Begrepsbruk og definisjoner

Direktivet har i artikkel 2 nr. 1 til 15 definisjoner av ulike av begreper som direktivet benytter. Også 1999-direktivet inneholder i artikkel 1 en del definisjoner. Noen av definisjonene i det nye direktivet er tilsvarende som i 1999-direktivet, mens andre er nye. Forbrukerkjøpsloven definerer i § 1 enkelte begreper, slik som «forbrukerkjøp» og «forbruker», men har ingen mer omfattende opplisting av definisjoner, tilsvarende som i direktivene. Departementet antar at det heller ikke ved gjennomføringen av det nye direktivet er behov for å innta en slik generell definisjonsparagraf.

4.3 Lovens ufravikelighet

Forbrukerkjøpsloven § 3 fastsetter at det ikke kan avtales eller gjøres gjeldende vilkår som er ugunstigere for forbrukeren enn det som følger av loven. (Motsetningsvis fremgår det av bestemmelsen at det kan det avtales vilkår som er gunstigere for forbrukeren.)

Loven er altså ufravikelig til forbrukerens ugunst. Ufravikeligheten gjelder imidlertid ikke alle lovens bestemmelser. Det fremgår av enkelte bestemmelser at disse likevel kan fravikes ved avtale.

Direktivet har i artikkel 21 regler som forbyr avtaler til skade for forbrukeren i strid med nasjonale regler som gjennomfører direktivet. Bestemmelsen fastsetter i nr. 1 at med mindre noe annet fremgår av direktivet, er en avtale som til skade for forbrukeren fastsetter at nasjonale regler som gjennomfører direktivet ikke skal få anvendelse, eller fraviker dem eller endrer deres rettsvirkninger før forbrukeren

har gjort selgeren oppmerksom på varens manglende overenstemmelse, ikke bindende for forbrukeren. I artikkelen nr. 2 fastsettes det at direktivet ikke er til hinder for at selgeren kan tilby forbrukeren avtalemessige ordninger som går utover beskyttelsen som fastsettes i direktivet.

Departementet antar at gjeldende rett er i samsvar med direktivet. Loven inneholder imidlertid ingen tilsvarende presisering om at ufravikeligheten gjelder før forbrukeren har gjort selgeren oppmerksom på varens manglende overensstemmelse. At ufravikeligheten bare gjelder forhåndsavtaler, og dermed ikke rammer forliksavtaler o.l., antas imidlertid allerede å være gjeldende norsk rett. I NOU 1993: 4 s. 114 uttales det:

«På samme måte som etter gjeldende rett, knytter lovens ufravikelighet seg til kjøpstidspunktet. Ufravikeligheten knytter seg med andre ord til *forhåndsavtaler*. § 2 er ikke til hinder for at partene, etter at mislighold er inntrådt, inngår avtale om en ordning som avviker fra lovens regler.»

En tilsvarende forståelse er også lagt til grunn i andre kontraktrettslover som skal verne forbrukere, bl.a. håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova.

Det kan reises spørsmål om direktivets presisering av at ufravikeligheten gjelder forhåndsavtaler, bør tas inn i loven. Det er uklart om direktivet artikkel 21 bare uttrykker at nasjonale bestemmelser *kan* være fravikelige i slike tilfeller, eller om det også betyr at de *må* være fravikelige. At direktivet er totalharmoniserende, kan kanskje tale for det siste tolkningsalternativet, men dette er usikkert. På bakgrunn av usikkerheten anser departementet det som tryggest å slå fast i loven at det er en åpning for å fravike loven ved forliksavtaler i de tilfellene direktivet legger opp til. Dette antas riktignok å være i samsvar med gjeldende rett, men det kan være en pedagogisk fordel at regelen fremgår klart av lovteksten, siden forbrukeren da også gjøres oppmerksom på at lovens forbrukervernregler i prinsippet ikke gjelder på forliksavtalestadiet. Forbrukervernet antas å være tilstrekkelig ivaretatt ved at en forliksavtale etter omstendighetene kan settes til side etter særlig avtaleloven § 36, for eksempel hvis den gir forbrukeren vesentlig dårligere rettigheter enn etter loven uten at dette motsvares av noen fordel for forbrukeren.

Departementet foreslår på denne bakgrunn et nytt annet punktum i § 3 første ledd, som gir uttrykk for at bestemmelsen ikke påvirker gyldigheten av avtaler som inngås etter at forbrukeren har gitt melding om et kontraktsbrudd. I departementets høringsnotat 3. desember 2020 om gjennomføring av digitalytelsesdirektivet foreslås en tilsvarende regel i en ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere. Departementet foreslår at forbrukerkjøpsloven § 3 første ledd gis samme ordlyd som i nevnte forslag – noe som også medfører noen språklige endringer i § 3 første ledd første punktum.

5 Forbrukerkjøpslovens saklige virkeområde

5.1 Gjeldende rett

Forbrukerkjøpsloven gjelder salg av ting til en forbruker når selgeren eller selgerens representant opptre i næringsvirksomhet, jf. § 1 første og annet ledd. Uttrykket «ting» skal forstås i vid forstand, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 157. Etter tradisjonell oppfatning kan ethvert formuesgode, ikke bare løsøre, i utgangspunktet være objekt for et kjøp.

Forbruker defineres som en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet, jf. § 1 tredje ledd.

Fjerde ledd inneholder en regel som angir vilkår for når en representant som opptrer i næringsvirksomhet (som mellommann), er solidarisk ansvarlig med selgeren for dennes forpliktelser.

Loven § 2 har regler om lovens anvendelse i noen særlige forhold. Bestemmelsen har i første ledd en positiv avgrensning av slike forhold loven gjelder for, mens annet ledd har en negativ avgrensning av forhold loven ikke gjelder for.

Etter første ledd gjelder loven for (bokstav a til d):

- bestilling av ting som skal tilvirkes (tilvirkningskjøp)
- levering av vann
- kjøp av fordringer eller rettigheter
- avtale med et nettselskap om overføring av elektrisk energi.

Etter annet ledd gjelder loven ikke for (bokstav a til d):

- kjøp av fast eiendom
- avtale om oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom,
- avtale med en kraftleverandør om levering av elektrisk energi (kapittel 5 om forsinkelse gjelder likevel ved forsinket oppstart av levering av elektrisk energi)
- avtale som pålegger den part som skal levere tingen, også å utføre et arbeid eller annen tjeneste, dersom dette utgjør den overveiende del av hans eller hennes forpliktelser.

5.2 Direktivet

Direktivets virkeområde fremgår av artikkel 3 sammenholdt med artikkel 2. Anvendelsesområdet for direktivet er regulert i artikkel 3, men flere av de begrepene som benyttes der, er definert i artikkel 2 (slik som «kjøpsavtale», «forbruker», «selger» og «varer»).

Direktivet gjelder for salg av løsøre til en forbruker når selgeren direkte eller gjennom en representant opptrer i næringsvirksomhet, jf. artikkel 3 nr. 1, jf. artikkel 2. Det generelle virkeområdet for forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 er det samme.

Det er presisert i artikkel 3 nr. 2 at direktivet gjelder for tilvirkningskjøp. Det samme fremgår av 1999-direktivet.

Vann, gass og elektrisk kraft som selges i et begrenset volum eller en fastsatt mengde, er omfattet av direktivet, jf. artikkel 2 nr. 5 bokstav a. Vann og gass som selges på denne måten, er også omfattet av 1999-direktivet, mens elektrisk kraft er helt unntatt.

Direktivet gjelder i utgangspunktet ikke for avtaler om levering av digitalt innhold eller digitale tjenester, jf. artikkel 3 nr. 3 første punktum. Direktivet gjelder likevel for slike digitale ytelser dersom de skal leveres i henhold til kjøpsavtalen, og er omfattet av eller sammenknyttet med varen på en slik måte at den ikke vil kunne oppfylle sine funksjoner uten ytelsene, jf. artikkel 3 nr. 3 annet punktum

sammenholdt med artikkel 2 nr. 5 bokstav b. Det er uten betydning om de digitale ytelsene skal leveres av selgeren eller en tredjemann. Dersom det er tvil om leveringen av de digitale ytelsene utgjør en del av kjøpsavtalen, skal de antas å være omfattet, jf. artikkel 3 nr. 3 tredje punktum. Direktivet gjelder ikke for fysiske medier som tjener utelukkende som bærer for digitalt innhold, jf. artikkel 3 nr. 4 bokstav a. Som eksempler på slike fysiske medier som kan falle i denne kategorien, nevnes i fortalen punkt 13 DVD-er, CD-er, USB-pinner og minnekort. 1999-direktivet har ingen bestemmelser om digitale ytelser. Digitale ytelser som ikke er omfattet av forbrukerkjøpsdirektivet, vil være omfattet av direktivet om digitale ytelser (2019/770).

Direktivet gjelder ikke for varer som selges på tvangsauksjon eller på annen måte i henhold til lov, jf. artikkel 3 nr. 4 bokstav b. Slik er det også etter 1999-direktivet.

Direktivet åpner for at medlemsstatene kan unnta avtaler om salg av brukte varer som selges på offentlig auksjon, og avtaler om salg av levende dyr fra direktivets virkeområde, jf. artikkel 3 nr. 5. Det siste er nytt med dette direktivet.

Direktivet er som tidligere nevnt et såkalt fullharmoniseringsdirektiv, jf. artikkel 4. Det innebærer at reglene i nasjonal rett ikke kan avvike fra det som følger av direktivet, med mindre noe annet følger av direktivet selv. Direktivet stenger ikke for at reglene i direktivet etter nasjonal rett også kan gjelde for avtaler som faller utenfor direktivets virkeområde, jf. direktivets fortale punkt 21.

En del avtaler handler om flere typer ytelser, slik som at en vare selges sammen med en tjeneste knyttet til varen. En forbruker inngår for eksempel en avtale om både kjøp av maling og utføring av malearbeid. Et annet eksempel kan være at en forbruker inngår en avtale om både kjøp av en datamaskin og levering av opplærings tjenester. Direktivet har ingen *generelle* bestemmelser som uttrykkelig tar for seg slike avtaler om flere typer ytelser, men det har som nevnt bestemmelser om kontrakter om kjøp av varer som omfatter eller er sammenknyttet med digitale ytelser (varer med digitale elementer). Det fremgår imidlertid av direktivets fortale punkt 17 at dersom en avtale inneholder elementer av både salg av varer og levering av tjenester, bør det overlates til nasjonal rett å fastslå om hele avtalen kan klassifiseres som en salgsavtale i henhold til direktivet.

1999-direktivet har heller ingen generelle bestemmelser som uttrykkelig tar for seg kontrakter om flere typer ytelser. Av forbrukerkjøpsloven § 2 annet ledd bokstav d følger det at loven ikke gjelder «avtale som pålegger den part som skal levere tingen, også å utføre et arbeid eller annen tjeneste, dersom dette utgjør den overveiende del av hans eller hennes forpliktelser». Bestemmelsen innebærer at enkelte avtaler som inneholder både et varekjøpselement (levering av en ting) og et annet element (arbeid/tjeneste), faller utenfor forbrukerkjøpsloven. Der en slik sammensatt avtale faller inn under loven, regulerer loven hele avtalen, altså også arbeids- eller tjenstedelen. Etter praksis fra EU-domstolen er denne reguleringen i tråd med 1999-direktivet. I en sak fra 2017 kom EU-domstolen til at en avtale der en næringsdrivende skulle levere utstyr til og bygge et svømmebasseng, ikke kunne regnes som en kjøpsavtale i 1999-direktivets forstand.¹ Det avgjørende var at tjenesteelementet var «the principal subject» i avtalen, og at kjøpsdelen bare var «ancillary». Det er etter departements syn ingenting i det nye direktivet som tilsier at denne rettstilstanden ikke er videreført. Det fremgår bl.a. av det nevnte

¹ Sak C-247/16 7. september 2017 Heike Schottelius mot Falk Seifert.

fortalepunktet at direktivet ikke regulerer dette spørsmålet (utover den særlige reguleringen av varer som er sammenknyttet med digitale ytelser).

Artikkel 3 nr. 6 gir anvisning på at direktivet ikke påvirker medlemsstatenes frihet til å regulere generelle avtalerettslige aspekter, slik som regler om inngåelse, gyldighet, ugyldighet eller virkninger av avtaler. Tilsvarende gjelder konsekvensene av å heve en avtale, for så vidt de ikke er regulert i direktivet, og retten til erstatning.

Artikkel 3 nr. 7 nevner visse typer regler som direktivet ikke regulerer, dvs. som er undergitt nasjonal frihet. For det første påvirker direktivet ikke medlemsstatenes frihet til å gi forbrukere rett til å velge en konkret beføyelse dersom mangler ved varene viser seg innen en periode etter levering som ikke er lenger enn 30 dager. I tillegg påvirker direktivet ikke nasjonale regler som ikke spesifikt gjelder for forbrukeravtaler, og som fastsetter spesifikke beføyelser for visse typer feil som ikke var synlige på tidspunktet da kjøpekontrakten ble inngått.

5.3 Departementets vurdering

Departementet foreslår i hovedsak å videreføre reglene om forbrukerlovens saklige virkeområde, og bare gjøre enkelte justeringer. Endringene som foreslås, har særlig bakgrunn i at forbrukerkjøpsloven i dag ikke har regler om det direktivet betegner som varer med digitale elementer, slik at det er behov for enkelte nye regler om dette.

Departementet foreslår at forbrukerkjøpsloven fortsatt som utgangspunkt skal gjelde kjøp av alle typer formuesgoder, ikke bare løsøre.

Kjøp av batterier og andre energibeholdere er omfattet av forbrukerkjøpslovens alminnelige virkeområde, siden det dreier seg om kjøp av formuesgoder. Departementet viser til Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 48 om tilsvarende synspunkt for kjøpsloven. Departementet foreslår derfor ingen endringer som følge av at 2019-direktivet, i motsetning til 1999-direktivet, omfatter elektrisk kraft som selges i et begrenset volum eller en fastsatt mengde.

Departementet har vurdert om det ville være hensiktsmessig å ta inn en definisjon i § 1 av det direktivet betegner som varer med digitale elementer, som blant annet kjennetegnes ved at tingen er knyttet sammen med digitale ytelser. Etter en samlet vurdering foreslår departementet ikke å innta noen slik legaldefinisjon, men at det i § 2 angis at loven også gjelder for de digitale ytelsene i en slik vare (altså ikke bare for selve tingen, men også den sammenknyttede digitale ytelsen), med nærmere presisering av hvilke vilkår som må være oppfylt for at ytelsene omfattes av loven. Riktignok kunne en definisjon ha enkelte fordeler, ved at det lovteknisk vil være enklere at et fast begrep kan benyttes de stedene i loven det er særregler for slike ting, fremfor å gjenta eller henviser til vilkårene som må være oppfylt i den enkelte bestemmelsen. Imidlertid er det etter departementets syn vanskelig å finne et begrep som gir en intuitiv forståelse av hva som ligger i det, slik at det uansett vil være behov for å henviser til en bestemmelse som angir de nærmere vilkårene som ligger til grunn.

Forslaget i § 2 første ledd ny bokstav e innebærer at loven gis anvendelse på digitale ytelser som er sammenknyttet med en ting på en slik måte at ytelsen er nødvendig for tingens funksjon, og som etter kjøpsavtalen skal leveres sammen med tingen. «Digitale ytelser» vil være en samlebetegnelse for det direktivet

omtaler som digitalt innhold og digitale tjenester. Tilsvarende er dette uttrykket også foreslått i departementets høringsnotat 3. desember 2020 om en ny lov om levering av digitale ytelser til gjennomføring av direktiv 2019/770. De foreslåtte vilkårene må forstås i samsvar med direktivets definisjon, jf. artikkel 3 nr. 3, jf. artikkel 2 nr. 5 bokstav b og fortalen punkt 15. I det sistnevnte fortalepunktet uttales det bl.a. følgende:

«Hvorvidt leveringen af digitalt indhold eller en digital tjeneste, der er integreret eller indbyrdes forbundet, udgør en del af købsaftalen med sælgeren, bør afhænge af denne aftales indhold. Det bør omfatte digitalt indhold eller digitale tjenester, der er integreret i eller indbyrdes forbundet med varerne, hvis leveringen heraf udtrykkeligt kræves i aftalen. Det bør også omfatte de købsaftaler, der kan forstås som omfattende leveringen af specifikt digitalt indhold eller en specifik digital tjeneste, fordi det er sædvanligt for varer af samme type, og forbrugeren med rimelighed kan forvente dette i betragtning af varens karakter og i betragtning af eventuelle offentlige udsagn, der er fremsat af eller på vegne af sælgeren eller andre personer i tidligere led i transaktionskæden, herunder producenten. Hvis f.eks. et smart-TV blev annonceret som indeholdende en bestemt videoapplikation, ville denne videoapplikation blive anset for at være en del af købsaftalen. Dette bør gælde, uanset om det digitale indhold eller den digitale tjeneste er forudinstalleret i selve varen eller skal downloades efterfølgende på en anden enhed og kun er indbyrdes forbundet med varen. En smartphone kunne f.eks. leveres med standardiserede forudinstallerede programmer, der er leveret i henhold til købsaftalen, såsom et alarmprogram eller et kameraprogram. Et andet muligt eksempel er et smartur. I sådant et tilfælde er det selve uret, der anses for at være varen med digitale elementer, som kun kan fungere med en applikation, der leveres i henhold til købsaftalen, men som skal downloades af forbrugeren til en smartphone. Applikationen er derefter det indbyrdes forbundne digitale element. Dette bør også gælde, hvis det digitale indhold eller den digitale tjeneste, der er integreret i eller indbyrdes forbundet med varen, ikke leveres af sælgeren selv, men leveres i henhold til købsaftalen af en tredjemand.»

Som det fremgår her, kan eksempler på ting med digitale ytelser altså være en smart-tv eller smartklokke der forbrukeren må laste ned visse applikasjoner som er nødvendige for tingens funksjon.

Vilkårene om at ytelsen må være nødvendig for tingens funksjon og etter kjøpsavtalen leveres sammen med tingen, er nærmere omtalt i fortalen punkt 16, der det uttales:

«Modsætningsvis, hvis fraværet af det digitale indhold eller den digitale tjeneste, der er integreret i eller indbyrdes forbundet med varerne, ikke forhindrer varerne i at udføre deres funktioner, eller hvis forbrugeren indgår en aftale om levering af digitalt indhold eller en digital tjeneste, som ikke indgår i en købsaftale vedrørende varer med digitale elementer, bør denne aftale anses for at være adskilt fra aftalen om salg af varerne, selv om sælgeren fungerer som formidler af denne anden aftale med den leverende tredjemand, og kunne være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv (EU) 2019/770, hvis nævnte direktivs betingelser er opfyldt. Hvis en forbruger f.eks. downloader et spil til sin smartphone fra en appstore, er aftalen om levering af spillet adskilt fra aftalen om salg af selve smartphonen. Nærværende direktiv bør derfor kun finde anvendelse på aftalen om salg af smartphonen, mens leveringen af spillet bør være omfattet af direktiv (EU) 2019/770, hvis betingelserne i nævnte direktiv er opfyldt. Et andet eksempel ville være en situation, hvor det udtrykkeligt aftales, at forbrugeren køber en smartphone uden et specifikt styresystem, og hvor forbrugeren efterfølgende indgår en aftale om levering af et styresystem fra en tredjepart. I et sådant tilfælde ville leveringen af styresystemet, som er købt særskilt, ikke være en del af købsaftalen og derfor ikke være omfattet af anvendelsesområdet for nærværende direktiv, men kunne være omfattet af

anvendelsesområdet for direktiv (EU) 2019/770, hvis betingelserne i nævnte direktiv er opfyldt.»

Som det fremgår av det siterte foralepunktet, vil den digitale ytelsen for eksempel ikke være omfattet i et tilfelle der forbrukeren først kjøper en smarttelefon uten operativsystem, og så i en særskilt etterfølgende avtale kjøper operativsystem fra en tredjeperson. Det samme gjelder der forbrukeren laster ned spill og andre applikasjoner til en smarttelefon som ikke er del av avtalen om kjøp av telefonen.

I tråd med direktivet artikkel 3 nr. 3 foreslås det imidlertid presisert i lovteksten at loven gjelder uavhengig av om ytelsene skal leveres av selgeren eller en tredjeperson (forutsatt at vilkårene for øvrig er oppfylt), og at loven også gjelder dersom det er tvil om ytelsene er omfattet av kjøpsavtalen, jf. § 2 første ledd bokstav e annet og tredje punktum.

Motsetningsvis vil loven som nevnt ovenfor ikke få anvendelse på avtaler om levering av digitale ytelser i andre tilfeller enn der de nevnte vilkårene er oppfylt. I lovforslaget § 2 annet ledd bokstav e foreslås uttrykkelig presisert at loven ikke gjelder for levering av digitale ytelser som ikke er omfattet av første ledd bokstav e. Ytelsene som faller utenfor loven, vil være omfattet av forslaget til den nye loven som gjennomfører direktivet om digitale ytelser.

Kjøp av fysiske medier som etter avtalen utelukkende brukes til levering av digitalt innhold, vil falle utenfor loven, jf. lovforslaget § 2 første ledd bokstav f. Denne regelen gjennomfører direktivet artikkel 3 nr. 4 bokstav a. Unntaket gjelder bare dersom mediet etter avtalen faktisk skal brukes til å levere digitalt innhold. Kjøp av slike medier forutsettes også å ville være omfattet av den nye loven som gjennomfører direktivet om levering av digitale ytelser. Kjøp av fysiske medier uten digitalt innhold, for eksempel tomme harddisker og minnekort, vil fremdeles være omfattet av forbrukerkjøpsloven.

Etter departementets vurdering er bestemmelsen i § 2 annet ledd bokstav d om at visse sammensatte avtaler faller utenfor loven, i tråd med direktivet, se nærmere i punkt 5.2 ovenfor. Denne bestemmelsen innebærer at loven ikke gjelder for avtaler som pålegger den part som skal levere tingen, også å utføre et arbeid eller annen tjeneste, dersom dette utgjør den overveiende delen av hans eller hennes forpliktelser. Det fremgår bl.a. av direktivets forale punkt 17 at hvis en avtale inneholder elementer med både salg av varer og levering av tjenester, bør spørsmålet om hele avtalen kan klassifiseres som en kjøpsavtale, overlates til nasjonal rett. Departementet foreslår derfor ingen endringer på dette punktet.

Imidlertid kan det reises spørsmål om forholdet mellom denne bestemmelsen og direktivenes regulering av ting med digitale elementer. Etter artikkel 3 nr. 3 annet punktum får forbrukerkjøpsdirektivet anvendelse på digitale ytelser som i henhold til kjøpsavtalen leveres sammen med tingen, og er sammenknyttet med tingen på en slik måte at de er nødvendige for tingens funksjon, jf. ovenfor om direktivet. I den forbindelse kan det bl.a. stilles følgende spørsmål:

- Regulerer direktivet slike avtaler (om levering av ting sammenknyttet med digitale ytelser) uttømmende, slik at dette reguleres fullt ut av forbrukerkjøpsloven, eller kan det oppstilles et unntak der den digitale tjenesten utgjør den overveiende del av den næringsdrivendes forpliktelser?
- Hvis direktivets regulering ikke er uttømmende: Kan bestemmelsen i § 2 annet ledd bokstav d gis anvendelse på slike avtaler?

Når det gjelder det siste spørsmålet, antar departementet at det ikke er nærliggende å gi § 2 annet ledd bokstav d anvendelse på avtaler om ting som er sammenknyttet med digitale ytelser. Konsekvensen av å gi bestemmelsen anvendelse i disse tilfellene vil være at der den digitale tjenesten utgjør den overveiende del av forpliktelsene etter avtalen, faller avtalen i sin helhet utenfor forbrukerkjøpsloven. Dette vil trolig medføre at digitalytelsesloven gis anvendelse på hele avtaleforholdet. Men denne løsningen synes å stå i en viss motstrid med digitalytelsesdirektivets regulering av pakkeavtaler i artikkel 3 nr. 6. Denne bestemmelsen fastsetter at der en enkelt avtale mellom de samme partene (dvs. en næringsdrivende og en forbruker) i en pakke omfatter elementer av både levering av digitale ytelser og levering av andre tjenester eller varer, får direktivet anvendelse bare på elementene i avtalen som gjelder digitale ytelser.

En delvis anvendelse av digitalytelsesdirektivet i slike tilfeller synes også å være forutsatt i direktivets fortalepunkt 22:

«Motsætningsvis, hvis fraværet af det digitale indhold eller den digitale tjeneste, der er integreret i eller indbyrdes forbundet med varerne, ikke forhindrer varerne i at udføre deres funktioner, eller hvis forbrugeren indgår en aftale om levering af digitalt indhold eller en digital tjeneste, som ikke indgår i en købsaftale vedrørende varer med digitale elementer, bør denne aftale betragtes som værende adskilt fra aftalen om salg af varerne, selv om sælgeren fungerer som formidler af denne anden aftale med den erhvervsdrivende tredjemand, og kunne være omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.»

En naturlig forståelse av dette synes å være at i disse tilfellene anses avtalene som separate deler, slik at den digitale ytelsen reguleres av digitalytelsesregelverket, mens tingen reguleres av forbrukerkjøpsregelverket.

På denne bakgrunn virker det tvilsomt om det vil være i tråd med direktivene å la digitale ytelser som nevnt være omfattet av § 2 annet ledd bokstav d.

Til det første spørsmålet bemerker departementet at det ikke er helt klart hvordan direktivene skal forstås på dette punktet.

En mulig tolkning er at reguleringen av ting med digitale elementer i direktivene må anses som uttømmende, slik at det ikke er grunnlag for noe ytterligere unntak knyttet til hva som er den overveiende del av forpliktelsene (avtalens hovedformål). Det er flere argumenter til støtte for den tolkningen. At direktivene uttrykkelig regulerer grenseflaten mellom dem uten at avtalens hovedformål/overveiende del er nevnt som kriterium (verken i artiklene eller fortalen), taler mot at det er grunnlag for å innfortolke et slikt unntak i tillegg til den særlige reguleringen i direktivene. (Tvert imot synes fortalepunkt 22, som er sitert ovenfor, ikke å inneholde noen åpning for et slikt unntak.)

I samme retning kan trekke at den motsatte løsningen kan medføre at regelverket blir nokså kronglete og vanskelig tilgjengelig. I så fall må det først vurderes om den digitale ytelsen faller inn under forbrukerkjøpsloven fordi den er nødvendig for tingens funksjoner m.m., og deretter om den digitale ytelsen likevel faller utenfor loven fordi den utgjør den overveiende delen av forpliktelsene etter avtalen.

Det kan imidlertid også argumenteres for at det kan være grunnlag for å anvende kriteriet «overveiende del/hovedformål» som et unntak fra regelen om at forbrukerkjøpsregelverket fullt ut regulerer de avtaleforholdene det her er tale om (men slik at de ulike regelverkene regulerer hver sin del). Denne tolkningen vil

altså innebære at digitale ytelser som oppfyller vilkårene i artikkel 3 nr. 3 (bl.a. at de er sammenknyttet med tingen og er nødvendig for tingens funksjon), likevel ikke reguleres av forbrukerkjøpsloven dersom ytelsene anses som den overveiende delen av forpliktelsene etter avtalen.

Til støtte for denne tolkningen kan det vises til at digitalytelsesdirektivets fortale avsnitt 33 synes å forutsette at en avtale om levering av digital-TV med en dekoder skal anses som en pakkeavtale, selv om den digitale ytelsen her kan sies å være nødvendig for tingens (dekoderens) funksjon. Dette kan igjen tyde på at forbrukerkjøpsloven ikke får anvendelse på den digitale ytelsen hvis denne utgjør den overveiende delen av den næringsdrivendes forpliktelser. Et ytterligere argument er at i tilfeller der den digitale ytelsen er hovedformålet, vil digitalytelsesloven være bedre egnet til å regulere ytelsen enn forbrukerkjøpsloven. Det kan også vises til at EU-domstolen i den tidligere omtalte saken i C-247/16 (om levering av utstyr til og bygging av et svømmebasseng) innfortolket et vilkår om hovedformål ved spørsmålet om avtalen var å anse som en kjøpsavtale etter forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999, jf. omtalen av saken i punkt 5.2 ovenfor.

Departementet heller likevel foreløpig i retning av den førstnevnte tolkningen på bakgrunn av at det ikke synes å være tilstrekkelig klare holdepunkter for å innfortolke noe unntak fra direktivets regel. Departementet ber imidlertid særskilt om høringsinstansenes synspunkter på spørsmålene som er reist ovenfor, og behovet for eventuelle presiseringer av regelverket i den forbindelse.

Mulige presiseringer kan for eksempel være at bestemmelsen i § 2 annet ledd bokstav d ikke omfatter digitale ytelser eller tjenester. Det kan også vurderes om det bør inntas i loven en tilsvarende bestemmelse om såkalte pakkeavtaler som foreslås i høringsnotatet om en ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere. Her fremgår det at for andre avtaler som omfatter både levering av digitale ytelser og levering av ting eller andre tjenester enn digitale tjenester (pakkeavtaler), anvendes loven på den delen av avtalen som gjelder digitale ytelser (med enkelte unntak).

Direktivet gir adgang til å unnta avtaler om salg av brukte varer som selges på offentlige auksjoner, jf. artikkel 3 nr. 5 bokstav a. Slike avtaler er i dag ikke generelt unntatt fra lovens virkeområde, men enkelte steder i loven er det gitt særlige regler om avtaler av denne typen.

En bestemmelse som særskilt nevner salg av brukte varer på auksjon, er § 17 om ting solgt «som den er» eller med annet alminnelig forbehold. Bestemmelsen forutsetter på den ene siden at det er adgang til å ta alminnelige forbehold, men begrenser på den annen side virkningen av slike forbehold og gir forbrukeren et minstevern i slike tilfeller. Det følger av annet ledd at for salg av brukte ting på auksjon hvor forbrukeren har anledning til å være til stede, gjelder reglene i paragrafen tilsvarende så langt de passer. Bestemmelsens betydning er at de særlige reglene som gjelder hvor det er tatt et «som den er»-forbehold, uten videre vil gjelde i kjøp som er omfattet av annet ledd, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 174. Det er altså ikke nødvendig å ta et slikt forbehold i det enkelte tilfellet. En annen bestemmelse som inneholder en særlig regel om slike salg, er § 31 om prisavslag. Bestemmelsens annet ledd fastslår at forbrukeren ikke kan kreve prisavslag ved salg av brukte ting på auksjon hvor han eller hun har anledning til å være til stede.

Departementet foreslår ikke at salg av brukte varer på auksjon unntas fra loven. Videre antar departementet at når det direktivet gir adgang til generelt å unnta slike salg, vil det også være adgang til å gi særlige regler om dette i loven. Behovet for særregler vil bli vurdert nærmere i forbindelse med de enkelte bestemmelsene som inneholder slike regler i dag.

Forbrukerkjøpsloven gjelder i dag kjøp av levende dyr. Direktivet åpner som nevnt for å unnta slike kjøp, men departementet ser foreløpig ikke behov for det.

Departementet kan ikke se at artikkel 3 nr. 6 og nr. 7, som angir ulike aspekter av kontraktsretten som direktivet ikke regulerer, krever noen gjennomføring i loven.

Når det gjelder begrepet forbruker, er essensen i definisjonen både i loven og direktivet at det er tale om en fysisk person som ikke handler i næringsvirksomhet, jf. loven § 1 tredje ledd og direktivet artikkel 2 nr. 2. I motsetning til direktivet gjelder imidlertid lovens definisjon personer som «ikke hovedsakelig» handler som ledd i næringsvirksomhet. Lovens definisjon er altså noe videre enn direktivets (som ikke inneholder «hovedsakelig»). Etter departementets vurdering gir direktivet likevel adgang til å videreføre lovens definisjon av forbruker. Det vises til fortalen punkt 22, der det uttales:

«Definitionen af en forbruger bør dække fysiske personer, der ikke handler som led i deres erhverv, forretning, håndværk eller profession. I tilfælde af aftaler med dobbelt formål, hvor aftalen indgås dels som led i, dels ikke som led i den pågældende persons erhverv, og hvor det erhvervsmæssige formål er marginalt i forbindelse med aftalen, bør medlemsstaterne imidlertid også stadig frit kunne bestemme, om og under hvilke omstændigheder den pågældende person ligeledes bør betragtes som en forbruger.»

Direktivet gir altså nasjonal handlefrihet på dette punktet, og departementet foreslår ikke endringer i definisjonen av forbruker.

Bestemmelsen i § 1 fjerde ledd om solidaransvar for mellommann har ingen parallell i direktivet. På bakgrunn av den nasjonale friheten direktivet i fortalen punkt 21-22 gir til å utvide anvendelsesområdet, antar departementet likevel at regelen kan videreføres og foreslår ikke endringer i fjerde ledd.

6 Levering og risikoens overgang

6.1 Gjeldende rett

Etter forbrukerkjøpsloven § 7 skjer levering når tingen overtas av forbrukeren. I forarbeidene, Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 161, presiseres det at begrepet «overtatt» innebærer at kjøperen må ha fått gjenstanden i sin besittelse. Denne regelen gjelder både for hentekjøp, plasskjøp og sendekjøp.

Regler om risikoens overgang er gitt i §§ 13 og 14. I § 13 reguleres hva risikoens overgang innebærer. Bestemmelsen fastslår at når risikoen for tingen er gått over på forbrukeren, faller ikke forbrukerens plikt til å betale kjøpesummen bort ved at tingen deretter går tapt, skades eller minskes som følge av en hendelse som ikke beror på selgeren. Etter dette skjæringstidspunktet bærer forbrukeren altså risikoen for skade o.l. på tingen som skyldes forhold som ikke beror på selgeren, slik som tilfeldige hendelser. Dersom tingen for eksempel blir ødelagt i en brann, må forbrukeren likevel betale kjøpesummen.

Tidspunktet for når risikoen går over på forbrukeren, er regulert i § 14. Hovedregelen etter første ledd er at risikoen går over på forbrukeren når tingen er levert i samsvar med § 7. Risikoen går med andre ord over når forbrukeren overtar tingen. I § 14 er det videre gitt regler som presiserer denne hovedregelen i noen typer tilfeller. Bl.a. fastsetter første ledd annet punktum at hvis leveringstiden er kommet og forbrukeren unnlater å overta en ting som er stilt til hans eller hennes rådighet, har forbrukeren likevel risikoen for tap eller skade som skyldes egenskaper ved tingen selv, for eksempel forråtnelse. Annet ledd regulerer situasjonen der forbrukeren skal hente tingen på et annet sted enn hos selgeren. I denne situasjonen går risikoen over når leveringstiden er inne og forbrukeren er kjent med at tingen er stilt til hans eller hennes rådighet på leveringsstedet.

Tredje til femte ledd gir ulike særregler som ikke omtales nærmere her, bl.a. om risikoens overgang ved sendekjøp og for ting kjøpt og levert på prøve eller for øvrig med rett til tilbakelevering. Regelen om sendekjøp i fjerde ledd ble endret ved gjennomføring av europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/83/EU i norsk rett.

6.2 Direktivet

Direktivet har ingen regler om når tingen anses som levert og når risikoen for tingen går over på forbrukeren. Spørsmålet er imidlertid omtalt i direktivets fortale. I fortalen punkt 38 uttales det:

«Dette direktiv bør ikke regulere betydningen af 'levering', hvilket bør overlades til national ret, navnlig spørgsmålet om, hvad sælgeren skal gøre for at opfylde sin forpligtelse til at levere varerne. Desuden bør henvisninger til leveringstidspunktet i dette direktiv ikke berøre reglerne om risikoens overgang som fastsat i direktiv 2011/83/EU og i overensstemmelse hermed gennemført i medlemsstaternes ret.»

Som sitatet viser, overlates det til nasjonal rett å regulere betydningen av levering.

Selv om direktivet ikke kan anses å inneholde bindende regler om levering, inneholder de etterfølgende fortalepunktene, punkt 39 og 40, visse uttalelser om når tingen bør anses som levert i noen særlige tilfeller.

I fortalepunkt 39 uttales om varer med digitale elementer:

«Varer med digitale elementer bør anses for at være leveret til forbrukeren, når både varernes fysiske komponent er leveret, og det digitale innhold eller den digitale tjeneste er leveret ved en enkelt levering, eller den løbende levering av det digitale innhold eller den digitale tjeneste i en periode er begyndt. Dette betyr, at sælgeren også bør gjøre det digitale innhold eller den digitale tjeneste tilgjengelig for forbrukeren på en sådan måte, at det digitale innhold eller den digitale tjeneste eller andre midler, der er egnede til at downloade eller få adgang til det digitale innhold eller den digitale tjeneste, er modtaget af forbrukeren, og at ingen yderligere handling kræves af sælgeren, for at forbrukeren kan anvende det digitale innhold eller den digitale tjeneste i overensstemmelse med aftalen, f.eks. ved hjælp af et link eller en downloadmulighed. Det relevante tidspunkt for at fastslå, om varen er i overensstemmelse, bør derfor være det tidspunkt, hvor det digitale innhold eller den digitale tjeneste leveres, hvis den fysiske komponent blev leveret tidligere. Som et resultat heraf kan det sikres, at ansvarsperioden for den fysiske komponent på den ene side og for det digitale element på den anden side begynner at løbe på samme tidspunkt. I mange tilfælde kan forbrukeren endvidere ikke opdage en fejl i den fysiske komponent, før det digitale innhold eller den digitale tjeneste er leveret.»

Levering av varer med digitale ytelser vil etter det siterte med andre ord først skje når både den fysiske tingen er levert og den digitale ytelsen er gjort tilgjengelig for forbrukeren.

I fortalen punkt 40 omtales leveringstidspunktet for ting som etter avtalen skal installeres:

«Når varer skal installeres av sælgeren, kan forbrukeren i visse tilfælde ikke anvende varene eller opdage fejlen, før installationen er avsluttet. Når varene i henhold til købsaftalen skal installeres af sælgeren eller på sælgerens vegne, bør varene derfor anses for at være leveret til forbrukeren, når installationen er avsluttet.»

I tilfeller der ting skal installeres av eller på vegne av selgeren, skal levering ifølge dette fortalepunktet altså skje når tingen er ferdig installert. Det vil si at hvis den fysiske tingen først overtas av kjøperen, og installasjonen først skjer senere, skal tingen ikke anses levert før installasjonen er fullført.

6.3 Departementets vurdering

Departementet viser til at direktivet, som det fremgår av redegjørelsen i punkt 6.2 ovenfor, overlater til nasjonal rett å bestemme reglene om levering, se også nærmere omtale av spørsmålet i punkt 7.2. Retningslinjene som gis i fortalen punkt 39 og 40, må derfor forstås som veiledende, og ikke forpliktende ved gjennomføringen av direktivet.

Gode grunner kan likevel tale for at loven bør regulere spørsmål om tidspunkt for levering og risikoens overgang i de tilfellene som nevnes i fortalens punkt 39 og 40 – dvs. når det gjelder ting som er knyttet sammen med digitale ytelser, og ting som etter avtalen skal installeres av eller på vegne av selgeren. Dette er praktiske spørsmål som gjeldende lov ikke gir noe direkte svar på. Tidspunktet for levering og risikoovergang har betydning etter flere andre bestemmelser, slik som tidspunktet for mangelsbedømmelsen i § 18 første ledd og bevisbyrderregelen i § 18 annet ledd. Departementet antar etter dette at det kan være behov for en særlig regulering av skjæringstidspunktene i disse tilfellene.

Hvis man først ser på tilfellene som gjelder ting med digitale elementer, kan det som nevnt tenkes at den fysiske tingen og den digitale ytelsen leveres til forbrukeren på forskjellige tidspunkter. For eksempel kan problemstillingen oppstå hvis forbrukeren har overtatt en smartklokke eller mobil, men den digitale ytelsen som er nødvendig for at tingen skal fungere, først gjøres tilgjengelig for forbrukeren på et senere tidspunkt. Spørsmålet er da når tingen skal anses som levert i lovens forstand, og når risikoen for tingen skal gå over på forbrukeren.

I direktivets fortalepunkt 39, som er sitert ovenfor, legges det til grunn at levering først har skjedd når forbrukeren har fått tilgang til tingen i sin helhet, det vil si både den fysiske og den digitale delen. Leveringstidspunktet for digitale ytelser som skal leveres løpende over en periode, er nærmere utdypet i fortalepunktet. Dersom det er tale om slike ytelser som skal leveres løpende over en periode, må den løpende leveringen ha begynt – noe som betyr at ytelsen må være gjort tilgjengelig for forbrukeren på en slik måte det ikke kreves noen ytterligere handling fra selgeren for at forbrukeren skal kunne bruke ytelsen i samsvar med avtalen. Som eksempel nevnes at forbrukeren har fått tilgang til ytelsen ved en lenke eller nedlastingsmulighet.

Etter departementets vurdering gir fortalen hensiktsmessige retningslinjer for fastsettelse av leveringstidspunktet. Det synes ikke naturlig å anse tingen levert før både tingen er overtatt og den digitale ytelsen er gjort tilgjengelig for forbrukeren. Ettersom den fysiske tingen og den digitale ytelsen skal virke sammen, vil det bl.a. være vanskelig for forbrukeren å bedømme om tingen har mangel før han eller hun har tilgang til begge deler. På denne bakgrunn foreslår departementet en presisering i § 7 i loven. Bestemmelsen slår fast at levering skjer når tingen overtas av forbrukeren. Forslaget innebærer at for ting som skal leveres sammen med en digital ytelse, kreves det i tillegg at den digitale ytelsen er gjort tilgjengelig for forbrukeren. Direktivet skiller mellom digitale ytelser som skal leveres ved en enkelt levering, og ytelser som skal leveres løpende over en periode. Vilkåret om at ytelsen skal være gjort tilgjengelig for forbrukeren, vil imidlertid dekke begge disse tilfellene, slik at det ikke er nødvendig å oppstille forskjellige vilkår. Det avgjørende vil uansett være at forbrukeren har fått tilgang til å bruke ytelsen uten at det kreves noen ytterligere handling fra selgerens side.

Det kan videre stilles spørsmål om når risikoen for tingen skal gå over på forbrukeren i disse tilfellene. Hovedregelen etter § 14 er at risikoen går over på forbrukeren når tingen er levert i samsvar med § 7. Når forbrukeren overtar tingen, går altså risikoen over. Dette innebærer bl.a. at hvis tingen skades ved en tilfeldig hendelse ingen kan bebreides for, faller ikke forbrukerens plikt til å betale kjøpesummen bort. En regel om at leveringstidspunktet legges til grunn for risikoovergangen, kan imidlertid tenkes å få ikke helt rimelige utslag sett i lys av forslaget om at en ting som leveres sammen med en digital ytelse, først anses levert når også ytelsen er gjort tilgjengelig for forbrukeren. For eksempel kan man se for seg at forbrukeren overtar en mobil eller smartklokke på fredag, mens den tilhørende digitale ytelsen først skal gjøres tilgjengelig for forbrukeren på mandag. I helgen blir tingen ødelagt i en brann. I et slikt tilfelle synes det rimelig at risikoen anses å ha gått over på forbrukeren når han eller hun har fått den fysiske i sin besittelse. For å ta høyde for dette typetilfellet foreslår departementet en mindre endring i § 14 første ledd, som innebærer at det presiseres at risikoen går over når tingen er *overtatt* av forbrukeren (i stedet for levert i samsvar med § 7). En tilsvarende endring foreslås i bestemmelsens annet ledd ved at uttrykket «overtakelsestidspunktet» benyttes i stedet for leveringstiden.

Ting som skal installeres av eller på vegne av selgeren, reiser tilsvarende problemstillinger om tidspunktet for levering og risikoovergang. Forbrukeren vil her ofte ikke kunne bruke tingen før den er installert (på samme måte som en ting sammenknyttet med digitale ytelser ikke kan brukes uten ytelsen). Det vil også i en del tilfeller kunne være vanskelig for forbrukeren å oppdage mangler før tingen er installert. Direktivets fortale punkt 40 gir som nevnt uttrykk for at i tilfeller der tingen etter avtalen skal installeres av selgeren eller på selgerens vegne, bør tingen anses som levert til forbrukeren når installasjonen er fullført. Departementet foreslår en regel om at tingen (i tillegg til å være overtatt av forbrukeren) må være installert i disse tilfellene for at levering har skjedd. Det vises til lovforslaget § 7 annet ledd annet punktum der en slik regel foreslås inntatt.

Også når det gjelder risikoens overgang i disse tilfellene, mener departementet at de samme hensynene gjør seg gjeldende som for ting som skal leveres sammen med en digital ytelse. Det antas at risikoen her bør gå over på forbrukeren når han eller hun har overtatt tingen selv om installeringen ikke er fullført. Dersom tingen skades som følge av en tilfeldig hendelse etter at forbrukeren har fått den i sin

besittelse, men før tingen er installert, vil altså risikoen etter forslaget ha gått over på forbrukeren. Risikoen for tingen i disse tilfellene foreslås med andre ord å gå over på forbrukeren når den er overtatt, selv om den ikke anses som levert etter lovforslaget i § 7 annet ledd annet punktum, jf. ovenfor om forslag til endringer i § 14.

7 Tidspunktet for mangelsbedømmelsen og frist for når mangelen må vise seg

7.1 Gjeldende rett

Etter forbrukerkjøpsloven § 18 første ledd skal mangelsbedømmelsen skje ut fra forholdene på tidspunktet da risikoen går over på forbrukeren, selv om mangelen først viser seg senere.

Reglene om når risikoen går over på forbrukeren, fremgår av § 14. Hovedregelen er at risikoen går over ved levering, altså når forbrukeren overtar tingen, jf. § 7. Risikoen kan likevel gå over på et tidligere tidspunkt. Litt forenklet sagt kan risikoen gå over på forbrukeren også der han eller hun ikke henter tingen til rett tid, eller der noen overtar eller frakter tingen etter avtale med forbrukeren.

I § 18 annet ledd er det en bevisregel for mangelsbedømmelsen. Denne behandles nærmere i punkt 8.

Regelen i § 18 tredje ledd utvider selgerens mangelsansvar. Etter denne bestemmelsen svarer selgeren også for mangler som oppstår etter risikoens overgang. Vilkåret for ansvaret er at mangelen skyldes «kontraktsbrudd» fra selgerens side. Bestemmelsen er utformet for tilfeller der selgeren påtar seg plikter etter risikoens overgang, se blant annet Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 176. Et typisk eksempel er at selgeren påtar seg en plikt til å installere tingen. Et annet eksempel på noe som kan falle inn under bestemmelsen, er at selgeren påtar seg en plikt til å yte brukerstøtte for tingen i en periode etter levering. Dersom selgeren bryter pliktene slik at tingen får en mangel, er selgeren ansvarlig for mangelen.

7.2 Direktivet

Direktivet artikkel 10 har regler om selgerens ansvar for mangler. Etter artikkel 10 nr. 1 første punktum i direktivet skal selgeren være ansvarlig for alle mangler som forelå på tidspunktet varene ble levert, og som viser seg innen to år fra dette tidspunktet. Det samme følger av forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999.

Etter direktivet er det altså avgjørende at mangelen forelå på tidspunktet da tingen ble levert. Selgeren har ansvar for mangler som viser seg innen en viss tidsperiode, men mangelen må ha vært til stede på leveringstidspunktet.

Direktivet inneholder generelt ingen definisjon av når tingen skal anses som levert. Imidlertid henviser direktivet flere steder til leveringstidspunktet. I fortalepunktene 39 og 40 er det uttalelser om tilfeller der tingen bør anses som levert (se nærmere om disse i punkt 6.2). Det kan på den bakgrunn reises spørsmål om slike uttalelser om leveringstidspunktet er forpliktende for medlemsstatene (med andre ord om leveringstidspunktet i direktivet har et normativt innhold), eller om det skal være opp til medlemsstatene å fastsette når tingen anses som levert.

Heller ikke i 1999-direktivet er det spesifisert når tingen skal regnes som levert, og det fremgår av fortalen at henvisningen til leveringstidspunktet ikke innebærer at medlemsstatene må endre sine regler om risikoens overgang. På grunn av den nære sammenhengen mellom tidspunktet for risikoens overgang og tidspunktet for mangelsvurderingen, har de nordiske landene lagt til grunn at 1999-direktivet i realiteten åpner for at medlemsstatene selv kan bestemme når tingen skal regnes som levert, som altså er tidspunktet for mangelsvurderingen, se bl.a. Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 196 og 298.

Etter departementets syn stenger ikke direktivets ordlyd for at det kan være opp til medlemslandene å bestemme når tingen skal regnes som levert. På samme måte som i 1999-direktivet utelukker ikke det at direktivet bruker uttrykket «levert» og knytter virkninger til dette, at det kan være opp til medlemslandene å bestemme når tingen skal regnes som levert.

Riktignok kan direktivets fortale punkt 39 og 40 isolert sett tale for at det ikke er opp til medlemslandene å bestemme dette. Disse fortalepunktene angir på hvilke tidspunkt tingen «bør anses» levert der tingen skal leveres med digitale ytelser, og der tingen skal installeres av selgeren. I fortalen punkt 38 gis det imidlertid uttrykk for at direktivet ikke skal regulere betydningen av «levering», og at dette skal overlates til nasjonal rett. Dette taler med tyngde for at medlemslandene kan bestemme leveringstidspunktet selv, og at punkt 39 og 40 bare er mer uforpliktende retningslinjer.

I fortalen punkt 38 står det videre at henvisningene til leveringstidspunktet ikke påvirker reglene om risikoens overgang i forbrukerrettighetsdirektivet (2011/83/EU). Også dette taler for at det er opp til medlemslandene å bestemme leveringstidspunktet. Selv om fortalen bare viser til reglene om risikoens overgang i forbrukerrettighetsdirektivet, må det etter departementets syn være slik at heller ikke egne nasjonale regler om risikoens overgang skal påvirkes.

Forbrukerrettighetsdirektivet regulerer bare risikoens overgang ved sendekjøp og lar det dermed være opp til medlemslandene å regulere overgangen for andre kjøp. Det er som nevnt en nær sammenheng mellom tidspunktet for risikoens overgang og tidspunktet for mangelsvurderingen. En selger vil for eksempel etter reglene om risikoens overgang ikke være ansvarlig for en tilfeldig skade som oppstår etter at risikoen har gått over på kjøperen, noe som også betyr at skaden ikke kan utgjøre en mangel.

Etter departementets syn er en naturlig tolkning ut fra de nevnte rettskildene at det er opp til medlemsstatene å bestemme når tingen skal regnes som levert. Selv om retningslinjene som angis i fortalen ikke kan anses som bindende, kan det imidlertid være grunn til å legge vekt på dem fordi de har et fornuftig innhold, jf. punkt 6.3.

Ifølge artikkel 10 nr. 1 annet punktum gjelder bestemmelsen, «med forbehold av» artikkel 7 nr. 3, også for varer med digitale elementer. (Varer med digitale elementer er etter direktivet ting som omfatter eller er sammenkoblet med digitale ytelser på en slik måte at tingen ikke vil kunne oppfylle sine funksjoner uten ytelsene, jf. artikkel 2 nr. 5 bokstav b.) Regelen i nr. 1 gjelder altså i utgangspunktet også for slike varer, men med et unntak for artikkel 7 nr. 3. Også for varer med digitale elementer er utgangspunktet med andre ord at leveringstidspunktet er avgjørende ved mangelsvurderingen.

Artikkel 7 nr. 3 oppstiller en plikt for selgeren til å sørge for nødvendige oppdateringer til varer med digitale elementer i en periode etter levering. Hvordan denne perioden skal beregnes, beror på om de digitale ytelsene skal leveres ved en enkelt eller med løpende levering, jf. nr. 3 bokstav a og b (se nærmere om bestemmelsen i punkt 9). At artikkel 10 nr. 1 skal gjelde «med forbehold av» denne bestemmelsen om oppdateringer, må bety at artikkel 10 nr. 1 ikke gjelder for oppdateringer. Bakgrunnen for dette unntaket antas å være at for oppdateringer kan ikke mangelsvurderingen knyttes til tidspunktet da tingen ble levert. Direktivet har ikke egne uttrykkelige regler for oppdateringer som tilsvarer reglene i artikkel 10 nr. 1 om tidspunktet for mangelsbedømmelsen og når mangelen må vise seg. Brudd på selgerens plikt til å sørge for oppdateringer i en periode etter levering må etter departements syn klart nok utgjøre kontraktsbrudd i form av mangler. Dette betyr at for oppdateringer kan en mangel oppstå etter levering av selve tingen. Mangelen kan bestå i at forbrukeren ikke får noen oppdatering i det hele tatt, eller at oppdateringen har feil som påvirker bruken av tingen negativt.

Artikkel 10 nr. 2 har spesialregler for digitale ytelsene som skal leveres løpende i henhold til kjøpsavtalen, og som er omfattet av eller sammenkoblet med tingen på en slik måte at den ikke vil kunne oppfylle sine funksjoner uten ytelsene. For slike løpende ytelsene skal selgeren være ansvarlig for mangler som oppstår eller viser seg i løpet av en periode på to år fra levering. Dersom de digitale ytelsene skal leveres løpende over en periode på mer enn to år, skal selgeren være ansvarlig for mangler som oppstår eller viser seg i løpet av den avtalte leveringsperioden. Denne reguleringen er ny. Det fremgår av forordens punkt 37 at ved slike løpende digitale ytelsene kan vurderingen av om ytelsene har en mangel ikke knyttes til et tidspunkt, men snarere en periode, som starter ved leveringen.

Direktivet åpner for at medlemsstatene kan fastsette lengre frister for når mangelen må vise seg, enn det som følger av artikkel 10 nr. 1 og 2, jf. artikkel 10 nr. 3. Det er ikke noe i direktivet som tilsier at det ikke er opp til medlemslandene selv å bestemme hvordan de eventuelt lengre fristene blir utformet. (Etter departements syn åpner dermed direktivet for at medlemsstatene kan fastsette frister med ulik lengde for ulike situasjoner og ting.)

Etter artikkel 10 nr. 4 kan medlemsstatene velge å fastsette en frist for forbrukeren til å gjøre mangelen gjeldende *i tillegg til* fristene for når mangelen må vise seg etter artikkel 10 nr. 1 og 2. Etter artikkel 10 nr. 5 kan medlemsstatene eventuelt velge å fastsette en slik frist *istedenfor* fristene i artikkel 10 nr. 1 og 2. Fristen må uansett være så lang at forbrukeren har mulighet til å gjøre gjeldende manglene som selgeren er ansvarlig for etter artikkel 10 nr. 1 og 2. Dette innebærer altså at fristene i artikkel 10 nr. 1 og 2 ikke må gjennomføres i nasjonal rett dersom medlemsstatene beholder eller innfører en frist for å gjøre mangelen gjeldende.

For brukte ting åpner direktivet for at selgeren og forbrukeren kan avtale en kortere ansvarsperiode eller frist for å gjøre mangelen gjeldende, jf. artikkel 10 nr. 6. Partene kan ikke avtale en periode som er kortere enn ett år. Slik er det også etter 1999-direktivet.

For varer som skal installeres, har direktivet i artikkel 8 regler om mangel som skyldes uriktig installasjon. Disse reglene omtales nærmere i høringsnotatet punkt 10.3. Blant annet kan det på visse vilkår foreligge en mangel selv om det er forbrukeren som har foretatt installeringen av tingen dersom mangelen skyldes feil i installasjonsveiledningen. I denne sammenheng kan det reises spørsmål om når

mangelen oppstår i et slikt tilfelle, og om gjennomføring av artikkel 8 krever noen endring i reglene i § 18 om tidspunkt for mangelsbedømmelsen. Disse spørsmålene drøftes nedenfor i punkt 7.3.

7.3 Departementets vurdering

Etter departementets vurdering krever direktivet noen endringer i forbrukerkjøpsloven § 18 om tidspunkt for mangelsbedømmelsen. Bakteppet for vurderingen er at direktivet og loven bygger på litt ulike prinsipper når det gjelder avgrensningen av selgerens ansvar for mangler. Reglene i artikkel 10 nr. 1 og 2 om selgerens ansvar for mangler som viser seg innen en viss periode, kan på en måte sies å være en fremmed fugl i norsk kontraktsrett. Verken forbrukerkjøpsloven eller de øvrige kontraktsrettslige lovene oppstiller slike ansvarsperioder. I norsk kontraktsrett er det i prinsippet uten betydning når en mangel viser seg; det avgjørende er om den eksisterte på eller har sin årsak i forhold ved det relevante skjæringstidspunktet, altså tidspunktet for risikoens overgang i forbrukerkjøpsloven. Etter norsk rett kan imidlertid mangelskrav bortfalle som følge av reklamasjonsfrister. Departementet foreslår å videreføre systemet i forbrukerkjøpsloven, slik at det gjelder reklamasjonsfrister for forbrukerens mangelskrav, men ikke egne ansvarsperioder for selgeren. Dette er i tråd med direktivet artikkel 10 nr. 5. Reklamasjonsreglene behandles i punkt 9.

Regelen i direktivet artikkel 10 nr. 1 første punktum om at selgeren skal være ansvarlig for mangler som tingen har ved levering, er etter departementets syn i samsvar med det som følger av forbrukerkjøpsloven § 18 første ledd lest i sammenheng med lovens øvrige mangelsbestemmelser. Etter forbrukerkjøpsloven er som nevnt det avgjørende tidspunktet når risikoen går over på forbrukeren. Dette vil som regel være ved levering, men ikke alltid.

Spørsmålet er derfor om leveringen av tingen bør erstatte risikoens overgang som det avgjørende tidspunktet for mangelsbedømmelsen. At direktivet benytter tidspunktet varene leveres, som det relevante tidspunktet, er i seg selv et argument som taler for en slik endring. Det kan være hensiktsmessig at loven har samme begrepsbruk som direktivet. Riktignok antas det at direktivet gir adgang til å videreføre den gjeldende regelen om at det er tidspunktet risikoen går over på forbrukeren, som skal legges til grunn for mangelsvurderingen. Ettersom det som nevnt må være opp til medlemsstatene å bestemme når levering i henhold til regelen i direktivet skjer, kan det argumenteres for at forbrukerkjøpsloven § 18 første ledd kan videreføres i sin nåværende form. Imidlertid er det også andre argumenter til støtte for å foreta en endring på dette punktet. Bestemmelsen skal i utgangspunktet også gjelde ting som skal leveres sammen med en digital ytelse, og i disse tilfellene vil det uansett være naturlig at leveringstidspunktet legges til grunn (jf. lovforslaget § 7 om når levering skjer i disse tilfellene). Det samme gjelder ting som skal installeres av eller på vegne av selgeren. Det vil være en enklere løsning at leveringen mer generelt legges til grunn som det relevante tidspunktet, enn at man beholder den nåværende regelen om risikoens overgang, men da med særregler for disse tilfellene. Dette antas å gjøre loven lettere å forstå – noe som etter departementets syn er viktig, ikke minst sett i lys av at det er tale om en lov som skal anvendes av forbrukere. En slik løsning vil riktignok innebære at kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven blir ulike på dette punktet, og generelt er det ønskelig at de kontraktsrettslige lovene er bygget over samme lest. På bakgrunn av

de hensynene som er nevnt foran, antar imidlertid departementet at dette ikke bør tillegges avgjørende vekt.

En annen mulig innvending kan være at i noen tilfeller kan risikoen for tingen ha gått over selv om den ikke er levert, for eksempel der forbrukeren unnlater å overta en ting som er stilt til hans eller hennes rådighet, jf. § 14. Slik sett kan det hevdes at det er uheldig at leveringstidspunktet legges til grunn for mangelsbedømmelsen, ettersom tingen kan ha vært i kontraktsmessig stand da risikoen gikk over, men likevel ikke er det på leveringstidspunktet som følge av en hendelse som ikke beror på selgeren. Departementet kan imidlertid ikke se at forbrukeren vil ha noe mangelskrav i slike tilfeller, jf. §§ 13 og 26. I den sistnevnte bestemmelsen, som regner opp forbrukerens krav ved mangler, fremgår det at slike krav forutsetter at det «foreligger en mangel og dette ikke skyldes forbrukeren eller forhold på forbrukerens side». På den bakgrunn presiserer departementet at forslaget om å legge leveringingen til grunn etter § 18 første ledd ikke er ment å utvide selgerens ansvar for mangler sammenliknet med gjeldende rett.

Forbrukerkjøpsloven § 18 første ledd vil i utgangspunktet gjelde også for ting som skal leveres sammen med en digital ytelse i samsvar med § 2 første ledd bokstav e (som direktivet omtaler som varer med digitale elementer, jf. artikkel 10 nr. 1 annet punktum, jf. artikkel 2 nr. 5 bokstav b). I tråd med direktivet er det etter departementets vurdering ikke behov for en egen generell regel for slike ting, men som direktivet også viser, kan det være nødvendig med enkelte særregler.

I denne sammenhengen må det skilles mellom tilfeller der de digitale ytelsene etter avtalen skal leveres løpende over en periode, og der det skal skje ved en enkelt levering. Direktivet bygger på en slik sontring.

Dersom det er tale om digitale ytelser som etter avtalen skal gjøres tilgjengelig for forbrukeren ved en enkelt levering, vil det ikke være behov for noen særregel. Her vil det være avgjørende om en mangel ved ytelsene var til stede på leveringstidspunktet, jf. § 7. I slike tilfeller vil regelen i lovforslaget § 18 første ledd få anvendelse ved mangelsbedømmelsen.

Dersom det dreier seg om ytelser der det er avtalt løpende levering over en periode, stiller det seg imidlertid annerledes. Det fremgår av direktivet artikkel 10 nr. 2 at selgeren i en viss periode må være ansvarlig for mangler ved digitale ytelser som etter avtalen skal leveres løpende. Spørsmålet er hvordan denne regelen skal gjennomføres i forbrukerkjøpsloven. Ved slike løpende digitale ytelser kan ikke tidspunktet for levering av tingen legges til grunn for mangelsbedømmelsen. Selgeren skal også kunne ha ansvar for en mangel ved de digitale ytelsene som oppstår etter leveringstidspunktet.

Artikkel 10 nr. 2 har ikke noe motstykke i forbrukerkjøpsloven. I § 18 tredje ledd er det riktignok en regel om at selgeren kan måtte svare for en mangel som oppstår etter risikoens overgang, men denne bestemmelsen er som nevnt utformet for mangler som oppstår ved selve tingen som følge av kontraktsbrudd knyttet til installering og andre ytelser fra selgerens side etter risikoens overgang. Den er altså ikke utformet for vurderingen av om selve ytelsen etter risikoens overgang er mangelfull.

For å gjøre det tydelig at vurderingen av ytelsene skal skje etter lovens mangelsregler, men at tidspunktet for levering av tingen ikke skal legges til grunn

ved vurderingen, foreslår departementet en særregel i et nytt annet punktum i forbrukerkjøpsloven § 18 første ledd. Forslaget går ut på at mangelsbedømmelsen for digitale ytelser som etter avtalen skal leveres løpende over en periode, skal skje ut fra tidspunktet eller perioden ytelsene leveres eller skulle vært levert.

Det følger som nevnt av direktivet artikkel 10 nr. 2 at selgeren skal være ansvarlig for mangler ved digitale ytelser som oppstår innen to år fra levering, selv om de digitale ytelsene skal leveres i en kortere periode. Etter departementets forslag vil selgeren være ansvarlig for mangler som oppstår i perioden de digitale ytelsene skal leveres, som altså kan være kortere enn to år. Etter departementets vurdering innebærer i realiteten ikke dette noen forskjell. Det vil etter departementets vurdering ikke kunne oppstå en mangel ved en digital ytelse som selgeren skal være ansvarlig for etter direktivet artikkel 10 nr. 2, etter utløpet av perioden ytelsen skal leveres. Dersom noe ikke kan knyttes til forhold ved den løpende leveringen, vil ikke det utgjøre en mangel som selgeren skal være ansvarlig for etter artikkel 10 nr. 2. En fordel med departements forslag er at det er lovteknisk enkelt. Departementet ber imidlertid særskilt om synspunkter på dette.

En litt annen måte å utforme regelen på er å koble mangelsbedømmelsen for løpende digitale ytelser til forhold som oppstår eller viser seg innen perioden selgeren har ansvar for mangler etter direktivet. Direktivets utgangspunkt i artikkel 10 nr. 2 er at selgeren har ansvar for mangler som oppstår eller blir synlige innen to år etter at tingen med digitale ytelser ble levert, men i hele perioden ytelsene skal leveres dersom denne perioden etter avtalen er lenger enn to år. Som tidligere nevnt gir direktivet adgang til å opprettholde eller innføre lengre frister og å velge en annen reguleringsperiode for selgerens mangelsansvar enn gjennom ansvarsperiode. I forbrukerkjøpsloven benyttes reklamasjonsfrist for å avgrense selgerens mangelsansvar, jf. § 27. Dette er nærmere omtalt i punkt 9.

Departementet antar derfor at et mulig alternativ kan være at mangelsbedømmelsen knyttes til perioden selgeren etter avtalen skal levere ytelsene, men minst så lenge den absolutte fristen for å reklamere løper. En liknende måte å gjennomføre dette punktet i direktivet på er foreslått i den svenske utredningen i SOU 2020: 51. Svensk lovgivning har på samme måte som i Norge absolutte reklamasjonsfrister for selgerens mangelsansvar (men som er litt annerledes utformet enn i vår lovgivning). Departementet har vurdert et slikt alternativ, men har valgt å foreslå formuleringen av regelen som fremgår av lovforslaget, ettersom denne i større grad reflekterer temaet i paragrafen (tidspunktet for mangelsbedømmelsen).

Videre kan det reises spørsmål om det er behov også for en særlig regulering for oppdateringer av tingen etter levering. Heller ikke for oppdateringer kan tidspunktet for levering av tingen legges til grunn for mangelsbedømmelsen, siden oppdateringene nødvendigvis er ment å bli levert etter leveringen av tingen. Etter artikkel 10 nr. 1 annet punktum gjelder nr. 1 også for varer med digitale elementer, men med forbehold av artikkel 7 nr. 3 om oppdateringer.

Direktivet har som nevnt ikke egne regler om tidspunktet for mangelsbedømmelsen for oppdateringer etter levering av tingen. Som nevnt i punkt 10 følger det av direktivet at brudd på selgerens plikt til å sørge for oppdateringer skal utgjøre mangler. Bestemmelsen i forbrukerkjøpsloven om tidspunktet for mangelsbedømmelsen bør etter departementets syn også si noe om tidspunktet for mangelsbedømmelsen for slike oppdateringer. Departementet

foreslår at oppdateringer reguleres av den samme regelen som foreslås for digitale ytelser som etter avtalen skal leveres løpende over en periode, jf. lovforslaget § 18 første ledd nytt tredje punktum. Forslaget går ut på at bedømmelsen av om det foreligger en mangel, skal skje ut fra forholdene ved leveringen av oppdateringen eller når oppdateringen skulle vært levert. Tilsvarende som for løpende digitale ytelser kan det for oppdateringer stilles spørsmål om hvordan det er mest hensiktsmessig å regulere mangelsbedømmelsen i § 18 første ledd. Et alternativ til forslaget som er nevnt ovenfor, er å utforme regelen slik at for oppdateringer er selgeren også ansvarlig for mangler som oppstår eller viser seg innenfor den perioden selgeren skal sørge for oppdateringer av tingen. Hvilken periode dette gjelder, fremgår av lovforslaget § 15 fjerde ledd, og vil bero på om avtalen gjelder en enkelt eller en løpende levering av de digitale ytelsene. Er det avtalt en enkelt levering, er det avgjørende kriteriet for selgerens oppdateringsforpliktelser hva forbrukeren med rimelighet kan forvente. Er det avtalt en løpende levering, viser direktivet til artikkel 10 nr. 2 eller nr. 5 (avhengig av hva som er relevant). Her kan det være mulig å la det avgjørende for mangelsbedømmelsen være om manglene oppstår eller viser seg innenfor perioden selgeren etter loven skal sørge for oppdateringer. Et alternativ til forslaget som er nevnt ovenfor, kan være å utforme regelen om bedømmelsen for oppdateringer slik:

«For oppdateringer av tingen har selgeren også ansvar for mangler som oppstår eller viser seg innenfor perioden selgeren skal sørge for oppdateringene etter § 15 fjerde ledd.»

Som nevnt ovenfor har direktivet i artikkel 8 regler om mangel som skyldes uriktig installasjon. Regler som gjennomfører denne artikkelen, foreslås inntatt i forbrukerkjøpsloven § 17. I tilfeller der installering av tingen skjer etter levering, kan det reises spørsmål om når mangelen oppstår, og om det er behov for særregler om tidspunkt for mangelsbedømmelsen i tilfeller av mangel som skyldes uriktig installering. Departementet antar imidlertid at slike tilfeller vil være dekket av de gjeldende reglene – enten § 18 første ledd eller tredje ledd. Denne problemstillingen er også omtalt i Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 310:

«Det hender at selgeren på tidspunktet for risikoens overgang har begått et kontraktsbrudd som er årsak til senere inntrådt skade på tingen. For eksempel kan forbrukeren etter levering ødelegge tingen ved forsøk på montering, og dette skyldes mangelfull installasjonsveiledning. Her kan en se det argumenteres for at «mangel ... oppstår senere», og at § 18 tredje ledd første punktum omfatter også slike tilfeller. Dette gir i tilfelle et klart grunnlag for at den senere oppståtte skaden på tingen også utgjør *mangel* (og ikke bare en følge av mangel). Dermed har selgeren plikt til å rette den oppståtte skaden på tingen, eller å omlevere. Det er usikkert om § 18 tredje ledd tar sikte på slike tilfeller, eller om disse bør forankres i § 18 første ledd. Uansett bør selgeren ha plikt til å rette skade på tingen, eventuelt omlevere selve tingen (og ikke bare installasjonsveiledningen), i slike tilfeller [...]»

På bakgrunn av at de gjeldende reglene synes å ta høyde for tilfellene der en mangel skyldes uriktig installering (jf. lovforslaget § 17), foreslås det ikke egne regler om mangelsbedømmelsen i slike tilfeller.

Direktivet har ingen bestemmelse som tilsvarer forbrukerkjøpsloven § 18 tredje ledd om at selgeren også er ansvarlig for mangler som oppstår etter levering som følge av kontraktsbrudd fra selgerens side, jf. omtale av bestemmelsen i punkt 7.1. Et spørsmål er om direktivet likevel åpner for en slik generell regel i nasjonal rett. At selgeren blir ansvarlig for en mangel som oppstår som følge av installering, er i henhold til direktivet, jf. artikkel 8. Selgeren kan på grunnlag av

forbrukerkjøpsloven § 18 tredje ledd som nevnt imidlertid også bli ansvarlig for mangler som oppstår som følge av brudd på plikter som direktivet ikke har regler om. På den bakgrunn innebærer forbrukerkjøpsloven § 18 tredje ledd altså at selgeren kan bli ansvarlig for flere mangler enn det som følger av direktivet. På den ene siden kan det hevdes at dette står i et problematisk forhold til direktivet artikkel 4, som sier at medlemsstatene ikke kan fastsette bestemmelser som fraviker bestemmelsene i direktivet. På den andre siden kan det innvendes at en slik generell bestemmelse handler om noe som direktivet ikke regulerer, og at det derfor faller utenfor direktivets virkeområde. I så fall stenger ikke direktivet for en slik bestemmelse. Etter departementets syn må det siste være riktig. Et moment som støtter dette, er at det åpenbart ikke kan være slik at direktivet utelukker at en selger blir holdt ansvarlig for skader vedkommende påfører salgstingen etter levering, selv om direktivet ikke har regler om det. Et eksempel kan være en skade som følge av brudd på en plikt til å yte brukerstøtte en tid etter levering, jf. eksempelet i punkt 7.1. Selgeren må kunne bli holdt ansvarlig for dette etter nasjonal rett på en eller annen måte, og departementet ser ingen avgjørende grunner til at medlemsstatene ikke selv skal kunne bestemme hvordan ansvaret skal utformes.

8 Bevisregler for mangelsbedømmelsen

8.1 Gjeldende rett

Forbrukerkjøpsloven § 18 annet ledd første punktum fastsetter at hvis ikke noe annet bevises, skal en mangel som viser seg innen seks måneder etter risikoens overgang, formodes å ha eksistert ved risikoens overgang. Regelen innebærer med andre ord at for mangler som viser seg innenfor det nevnte tidsrommet, er det presumsjon for at de var til stede ved risikoens overgang. Det vil da være opp til selgeren å motbevise denne formodningen eller presumsjonen for å unngå mangelsansvar. Etter annet ledd annet punktum gjelder dette likevel ikke dersom formodningen er uforenlig med varens eller mangelens art. Regelen utvider materielt sett ikke selgerens mangelsansvar, men er likevel viktig i praksis for forbrukeren, ved at bevisbyrden for at mangelen ikke eksisterte ved risikoens overgang, legges på selgeren.

8.2 Direktivet

Etter direktivet artikkel 11 nr. 1 skal en mangel som viser seg innen ett år etter leveringen, formodes å ha eksistert ved leveringen, med mindre annet bevises eller formodningen er uforenlig med varens eller mangelens art. Dette gjelder også varer med digitale elementer, jf. nr. 1 annet punktum. Etter forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 gjelder det en tilsvarende regel for mangler som viser seg innen et halvt år.

Etter artikkel 11 nr. 2 kan medlemsstatene fastsette at presumsjonsregelen i nr. 1 skal gjelde for mangler som viser seg innen to år.

Artikkel 11 nr. 3 har egne regler for digitale ytelser som etter avtalen skal leveres løpende over en periode. For slike ytelser er det for mangler som blir synlige i perioden som er nevnt i artikkel 10 nr. 2, opp til selgeren å bevise at ytelsene var i overensstemmelse innenfor denne perioden. Artikkelen må altså leses i sammenheng med artikkel 10 nr. 2. Perioden som nevnes i den sistnevnte

bestemmelsen, er i utgangspunktet to år fra varen med digitale ytelser ble levert, men dersom ytelsene etter avtalen skal leveres i mer enn to år, varer perioden så lenge ytelsene skal leveres. Regelen innebærer altså at for mangler som viser seg innenfor den nevnte perioden, er det selgeren som må bevise at ytelsene var i overensstemmelse i perioden. I fortalen punkt 45 uttales det:

«I tilfælde af varer med digitale elementer, hvor aftalen foreskriver løbende levering af det digitale indhold eller den digitale tjeneste, bør forbrugeren ikke skulle bevise, at det digitale indhold eller den digitale tjeneste ikke var i overensstemmelse i løbet af den pågældende periode for fastslåelse af overensstemmelse. For at tilbagevise forbrugers påstand skal sælgeren bevise, at det digitale indhold eller den digitale tjeneste var i overensstemmelse i den pågældende periode.»

Perioden presumsjonsregelen gjelder for, beregnes altså med utgangspunkt i leveringstidspunktet. Som nevnt i punkt 7.2 er det opp til medlemslandene å bestemme når tingen skal regnes som levert. Fortalen punkt 39 inneholder som nevnt likevel noen mer uforpliktende retningslinjer for når varer med digitale elementer kan anses å være levert, som det kan ses hen til i denne sammenheng. Her uttales det:

«Varer med digitale elementer bør anses for at være leveret til forbrugeren, når både varens fysiske komponent er leveret, og det digitale indhold eller den digitale tjeneste er leveret ved en enkelt levering, eller den løbende levering af det digitale indhold eller den digitale tjeneste i en periode er begyndt. Dette betyder, at sælgeren også bør gøre det digitale indhold eller den digitale tjeneste tilgængelig for forbrugeren på en sådan måde, at det digitale indhold eller den digitale tjeneste eller andre midler, der er egnede til at downloade eller få adgang til det digitale indhold eller den digitale tjeneste, er modtaget af forbrugeren, og at ingen yderligere handling kræves af sælgeren, for at forbrugeren kan anvende det digitale indhold eller den digitale tjeneste i overensstemmelse med aftalen, f.eks. ved hjælp af et link eller en downloadmulighed. Det relevante tidspunkt for at fastslå, om varen er i overensstemmelse, bør derfor være det tidspunkt, hvor det digitale indhold eller den digitale tjeneste leveres, hvis den fysiske komponent blev leveret tidligere.»

Her fremheves altså at den digitale ytelsen må være tilgjengeliggjort for bruk uten at ytterligere handling er påkrevd fra forbrukerens side, i tillegg til at den fysiske komponenten må være levert.

Selv om bestemmelsene i artikkel 11 nr. 1 og nr. 3 er formulert forskjellig (med bakgrunn i at mangelsbedømmelsen blir noe ulik i disse tilfellene), går begge bestemmelsene ut på å pålegge selgeren en bevisbyrde i spørsmålet om det foreligger en mangel. Både nr. 1 og nr. 3 innebærer at selgeren skal ha bevisbyrden for at feil og avvik som viser seg innen visse perioder, ikke eksisterte på de avgjørende tidspunktene. Eller sagt på en annen måte: Det skal etter begge bestemmelsene gjelde en presumsjon, som selgeren kan motbevise, for at feil og avvik som viser seg innen visse perioder, eksisterte på de avgjørende tidspunktene.

8.3 Departementets vurdering

Etter departementets vurdering krever gjennomføring av presumsjonsreglene i artikkel 11 noen endringer i lovens bestemmelser.

Departementet foreslår å endre § 18 annet ledd første punktum slik at presumsjonsregelen gjelder for mangler som viser seg innen ett år fra leveringen.

Departementet ber særskilt om innspill til om perioden bør utvides til to år, slik direktivet artikkel 11 nr. 2 åpner for.

Tilsvarende som for § 18 første ledd foreslår departementet at leveringen erstatter risikoens overgang som det avgjørende tidspunktet etter bestemmelsen, jf. drøftelsen i punkt 7.3. Etter departementets syn er det ikke noe som tilsier at dette bør vurderes annerledes for annet ledd, og det synes naturlig at man benytter samme begrep i første og annet ledd. Forslaget innebærer altså at leveringen legges til grunn for anvendelsen av presumsjonsregelen (noe som også medfører at det ikke er nødvendig med særregler for ting med digitale elementer som etter avtalen skal leveres ved en enkelt levering, og ting som etter avtalen skal installeres av eller på vegne av selgeren).

For ting med digitale elementer som etter avtalen skal leveres løpende over en periode, er det imidlertid behov for en særlig regel for å gjennomføre artikkel 11 nr. 3.

I disse tilfellene der det er tale om løpende digitale ytelser, skal ikke presumsjonen knyttes til om mangelen var til stede på leveringstidspunktet. Etter direktivet har selgeren ved mangler som viser seg innen en periode, i stedet bevisbyrden for at de digitale ytelsene har vært i overensstemmelse i perioden. I tråd med direktivet foreslår departementet at det tas inn en regel om at for slike løpende digitale ytelser formodes selgeren å være ansvarlig for mangler som oppstår eller viser seg innen to år fra leveringen av ytelsene startet, med mindre noe annet bevises. Dersom ytelsene skal leveres i en lengre periode enn to år, gjelder formodningen innen hele perioden det er avtalt levering. Det vises til lovforslaget § 18 annet ledd nytt annet og tredje punktum.

9 Reklamasjonsfrist

9.1 Gjeldende rett

Reklamasjonsfrister er frister som en mangel må påberopes innenfor for at retten til å gjøre mangelen gjeldende ikke skal gå tapt. Etter forbrukerkjøpsloven § 27 må forbrukeren overholde to reklamasjonsfrister for å kunne gjøre en mangel gjeldende.

Første ledd oppstiller en såkalt relativ reklamasjonsfrist. Det følger av første punktum at forbrukeren må reklamere innen rimelig tid etter at han eller hun oppdaget eller burde ha oppdaget mangelen. Denne relative fristen kan etter annet punktum aldri være kortere enn to måneder fra da forbrukeren oppdaget mangelen. Etter departementets syn innebærer bestemmelsen at den relative reklamasjonsfristen som utgangspunkt er to måneder. Fristen kan likevel bli lengre dersom spesielle grunner tilsier det, se synspunktene i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 179–180. I vurderingen av om fristen skal være lengre, er det av betydning når forbrukeren burde ha oppdaget mangelen, jf. ordlyden i første punktum. Eksempler på forhold som kan tilsi en lengre frist, er at forbrukeren har vært bortreist eller syk, at det er særlig komplisert å vurdere om tingen har en mangel, eller at forbrukeren har hatt andre gode grunner til å vente med å reklamere.

Annet ledd oppstiller en såkalt absolutt reklamasjonsfrist. Det følger av bestemmelsen at forbrukeren må reklamere innen to år etter at han eller hun overtok tingen, jf. første punktum. Fristen for å reklamere er likevel fem år dersom

tingen eller deler av den ved vanlig bruk er ment å vare vesentlig lenger, jf. annet punktum. Hvor lenge tingen er ment å vare, styrer altså hvilken absolutt reklamasjonsfrist som gjelder. Men hvilken reklamasjonsfrist som gjelder, påvirker naturligvis ikke vurderingen av hvor lenge tingen skal vare. Reklamasjonsfristene påvirker altså ikke selve bedømmelsen av om tingen har en mangel. Gjelder det en reklamasjonsfrist på to år, betyr ikke det nødvendigvis at tingen skal ha en holdbarhet på to år. Det kan godt være at tingen for eksempel skal ha en holdbarhet på bare ett år i henhold til mangelsreglene. Dette kan synes opplagt, men departementet ser likevel at det for forbrukere kan virke nærliggende å trekke slutninger fra reklamasjonsfristens lengde til hvor lenge tingen skal vare, se også den omfattende drøftelsen i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 108-114 (punkt 3.15.2).

Den absolutte fristen gjelder ikke dersom selgeren ved garanti eller annen avtale har påtatt seg ansvar for mangler i lengre tid, jf. annet ledd tredje punktum. Dette innebærer at forbrukeren kan gjøre gjeldende mangelen i alle fall i hele perioden selgeren har påtatt seg ansvar, noe som vel uansett følger av en tolkning av garantien. Den absolutte fristen gjelder heller ikke dersom tingen har en mangel etter § 15 annet ledd bokstav g (såkalte rettsmangler), jf. annet ledd fjerde punktum.

Etter tredje ledd kan forbrukeren rette reklamasjonen også mot den som etter avtale med selgeren har påtatt seg å avhjelpe mangelen.

Av fjerde ledd første punktum følger det at forbrukeren taper retten til å gjøre mangelen gjeldende dersom han eller hun ikke reklamerer i tide. Dette gjelder likevel ikke dersom selgeren har «opptrådt grovt uaktsomt eller for øvrig i strid med redelighet og god tro», jf. annet punktum.

I fjerde ledd tredje punktum er det av opplysningshensyn slått fast at forbrukers rett til å gjøre mangelen gjeldende også kan tapes etter reglene i foreldelsesloven. Foreldelsesloven § 2 fastslår at den alminnelige foreldelsesfristen er tre år.

For krav som oppstår ved mislighold, regnes foreldelsesfristen fra den dag da misligholdet inntreffer, jf. foreldelsesloven § 3 nr. 2. Etter denne regelen vil krav som følger av mangel ved salgstingen som regel foreldes tre år etter leveringingen. Imidlertid følger det av § 10 nr. 1 at dersom fordringshaveren ikke har gjort fordringen gjeldende fordi han eller hun manglet nødvendig kunnskap om fordringen eller skyldneren, inntreffer foreldelse tidligst 1 år etter den dag da fordringshaveren fikk eller burde skaffet seg slik kunnskap. Dersom forbrukeren får kunnskap om en mangel først på et senere tidspunkt, vil han eller hun etter denne regelen ha ett år på å avbryte foreldelse. Foreldelse avbrytes ved å ta rettslige skritt mot selgeren (stevning eller forliksklage), jf. § 15, eller ved å bringe tvist om kravet inn for Forbrukerrådet, jf. § 16. Foreldelse kan også avbrytes dersom selgeren erkjenner forpliktelsen, jf. § 14.

9.2 Direktivet

Etter direktivet artikkel 12 kan medlemsstatene fastsette at forbrukeren må informere selgeren om mangelen innen en frist som ikke kan være kortere enn to måneder fra da forbrukeren oppdaget mangelen. Dette er samme regulering som i forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999.

Som nevnt i punkt 7.2 kan medlemsstatene etter direktivet artikkel 10 nr. 4 og 5 fastsette enda en frist for å gjøre mangelen gjeldende. Etter direktivet artikkel 10 nr. 4 kan medlemsstatene velge å fastsette en frist for forbrukeren til å gjøre mangelen gjeldende *i tillegg til* fristene for når mangelen må vise seg etter artikkel 10 nr. 1 og 2. Etter artikkel 10 nr. 5 kan medlemstatene eventuelt velge å fastsette en slik frist *istedenfor* fristene for når mangelen må vise seg. Fristen må uansett være så lang at forbrukeren har mulighet til å gjøre gjeldende manglene som selgeren er ansvarlig for etter artikkel 10 nr. 1 og 2, se punkt 7.2. Bestemmelsene i direktivet innebærer altså at fristene i artikkel 10 nr. 1 og 2 ikke må gjennomføres i nasjonal rett dersom medlemsstatene beholder eller innfører en absolutt frist for å gjøre mangelen gjeldende. Også etter 1999-direktivet kan medlemsstatene fastsette en slik absolutt frist.

Etter departementets syn åpner direktivet med disse bestemmelsene for å fastsette det vi i norsk rett kaller foreldelsesfrister og absolutte reklamasjonsfrister, se også karakteristikken av fristbestemmelsene i 1999-direktivet i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 109. Det grunnleggende poenget med begge disse fristtypene er at kravet bortfaller dersom det ikke blir gjort gjeldende innen en viss tid.

At direktivet gir nasjonal handlefrihet når det gjelder utformingen av disse reglene, fremgår også av fortalen punkt 42:

«Af hensyn til sammenhængen med de eksisterende nationale retssystemer bør medlemsstaterne frit kunne bestemme enten, at sælgere er ansvarlige for en mangel, der konstateres inden for en specifik periode, eventuelt kombineret med en forældelsesfrist, eller at forbrugeres bekløjelser kun afhænger af en forældelsesfrist. I det første tilfælde bør medlemsstaterne sikre, at perioden for sælgerens ansvar ikke omgås af en forældelsesfrist for forbrugeres bekløjelser. Selv om dette direktiv derfor ikke bør harmonisere nationale forældelsesfristernes starttidspunkt, bør det sikre, at sådanne forældelsesfrister ikke begrænser forbrugernes ret til at udøve deres bekløjelser ved manglende overensstemmelse, som viser sig i den periode, hvor sælgeren er ansvarlig for manglende overensstemmelse. I sidstnævnte tilfælde bør medlemsstaterne have mulighed for at nøjes med at bevare eller indføre en forældelsesfrist for forbrugeres bekløjelser, uden at indføre en specifik periode, inden for hvilken den manglende overensstemmelse skal konstateres, for at sælgeren bliver ansvarlig. For at sikre, at forbrugere også i sådanne tilfælde er beskyttet i lige så høj grad, bør medlemsstaterne sikre, at hvis der kun gælder en forældelsesfrist, bør den stadig give forbrugere mulighed for at udøve deres bekløjelser ved manglende overensstemmelse, som viser sig som minimum i den periode, der er fastsat som forældelsesfrist i dette direktiv.»

Så lenge forbrukerens muligheter til å gjøre gjeldende mangler ikke begrenses sammenliknet med direktivets regler, står altså medlemsstatene fritt til å opprettholde eller innføre fristregler i stedet for ansvarsperioder.

Ifølge artikkel 10 nr. 1 annet punktum gjelder bestemmelsen i første punktum, «med forbehold av» artikkel 7 nr. 3, også for varer med digitale elementer. Artikkel 7 nr. 3 oppstiller en plikt for selgeren til å sørge for nødvendige oppdateringer i en nærmere angitt periode etter levering. At artikkel 10 nr. 1 første punktum gjelder med forbehold av denne bestemmelsen om oppdateringer, må bety at toårsfristen i artikkel 10 nr. 1 ikke gjelder for oppdateringer. Direktivet har ikke egne uttrykkelige fristregler for oppdateringer. Etter departementets syn må det innebære at for oppdateringer er selgeren ansvarlig for mangler som viser seg innenfor den perioden oppdateringene skal leveres i, og at eventuelle frister for å gjøre manglene gjeldende ikke kan være kortere enn denne perioden.

Som nevnt i punkt 7.2 åpner direktivet i artikkel 10 nr. 3 for at medlemsstatene kan fastsette lengre frister for når mangelen må vise seg, og for at det kan gjelde ulike frister for ulike situasjoner og ting. Dette må innebære at medlemsstatene også må kunne fastsette lengre frister for å gjøre mangelen gjeldende etter artikkel 10 nr. 4 og 5, og at disse fristene kan være ulike for ulike typer situasjoner og ting, for eksempel slik at det skal gjelde en lengre frist for ting som skal vare spesielt lenge.

Direktivet åpner for at selgeren og forbrukeren for brukte ting kan avtale en kortere frist for når mangelen må vise seg, eller for å gjøre mangelen gjeldende, jf. artikkel 10 nr. 6. Partene kan ikke avtale en periode som er kortere enn ett år. Slik er det også etter 1999-direktivet.

9.3 Departementets vurdering

Etter departementets vurdering gir direktivet adgang til å opprettholde forbrukerkjøpslovens reklamasjonsregler. Det vises til direktivet artikkel 12, artikkel 10 nr. 4 og 5 og fortalen punkt 42, jf. omtalen av direktivet i punkt 9.2.

Etter departementets syn nødvendiggjør ikke direktivet endringer i reglene om relativ reklamasjon i forbrukerkjøpsloven § 27 første ledd. Det foreslås derfor ikke endringer i denne bestemmelsen.

Som nevnt i punkt 7.3 foreslår departementet å videreføre dagens ordning med absolutte reklamasjonsfrister istedenfor frister for når mangelen må vise seg (ansvarsperioder). Reklamasjonsfristene må utformes slik at de gir forbrukeren anledning til å gjøre gjeldende mangler innenfor den samme perioden som selgeren er ansvarlig for mangler innenfor etter direktivet, jf. bl.a. fortalens punkt 42.

Det er etter departementets syn i utgangspunktet ikke nødvendig med endringer i reglene i forbrukerkjøpsloven § 27 annet ledd første og annet punktum om den absolutte reklamasjonsfristen, siden disse etter departementets vurdering er i tråd med det som følger av direktivet artikkel 10 nr. 1, nr. 3 og nr. 5.

Departementet foreslår likevel en mindre endring når det gjelder reklamasjonsfristens utgangspunkt. Etter § 27 annet ledd første punktum må reklamasjon skje senest to år etter at forbrukeren overtok tingen. Departementet foreslår at starttidspunktet for reklamasjonsfristen blir når tingen leveres, i stedet for når forbrukeren overtar tingen. Som hovedregel vil dette ikke utgjøre noen forskjell ettersom levering etter § 7 skjer når tingen overtas av forbrukeren. For ting som skal leveres sammen med en digital ytelse, og ting som skal installeres av eller på vegne av selgeren, foreslås det imidlertid i punkt 6 tilleggskrav for at tingen anses levert. Dersom tidspunktet da forbrukeren overtar tingen, fortsatt skulle benyttes som utgangspunkt for reklamasjonsfristen, ville det vært behov for særregler i § 27 annet ledd for disse tilfellene. Dette unngås dersom leveringstidspunktet benyttes som utgangspunkt. I gjeldende lov beregnes frister og andre tidsangivelser til dels med utgangspunkt i ulike begreper, som samtidig har et nokså likt innhold. Loven kan etter departementets vurdering gjøres enklere ved at den i større grad bruker samme begrep som koblingsord. Det vises også til at leveringstidspunktet er et forståelig begrep som også benyttes i direktivet.

Når det gjelder reklamasjonsfristens lengde, kan det reises spørsmål om hvor lang den absolutte reklamasjonsfristen må være for å oppfylle direktivets vilkår om at

forbrukeren må ha mulighet til å gjøre gjeldende manglene som selgeren er ansvarlig for etter artikkel 10 nr. 1 og 2. Betyr det at forbrukeren skal ha denne muligheten, at reklamasjonsfristen må være noe lengre enn fristene i artikkel 10 nr. 1 og 2, eller holder det at fristene er like lange? For å ta et eksempel: Holder det med en reklamasjonsfrist på to år dersom selgeren er ansvarlig for mangler som viser seg innen to år, slik selgeren er etter artikkel 10 nr. 1? På den ene siden vil forbrukeren med en slik frist ha en begrenset praktisk mulighet til å gjøre gjeldende en mangel som viser seg tett opp til fristens utløp, for eksempel på fristens siste dag. På den andre siden vil forbrukeren jo ha mulighet til å gjøre gjeldende alle mangler som viser seg innen to år med en slik frist; forbrukeren må bare i visse situasjoner handle meget raskt. Etter departementets syn er det mest naturlig å tolke direktivet slik at det ikke krever at reklamasjonsfristen må være lengre enn fristene i artikkel 10 nr. 1 og 2. Det avgjørende etter direktivet er at forbrukeren har en *mulighet* til å gjøre gjeldende de manglene som selgeren er ansvarlig for. At forbrukeren i noen sjeldne tilfeller må handle ytterst raskt for å benytte seg av muligheten, er da uten betydning.

Et annet spørsmål er om artikkel 12 må forstås slik at en forbruker, når mangelen viser seg innen fristene i artikkel 10 nr. 1 og 2, alltid har rett til en reklamasjonsfrist på minst to måneder fra vedkommende oppdaget mangelen, eller om en absolutt reklamasjonsfrist kan sette grenser for å gjøre mangler gjeldende selv der tomånedersfristen ennå ikke er utløpt. Etter departementets syn er det ikke holdepunkter for at en forbruker alltid har rett til en frist på to måneder. Både artikkel 10 nr. 4 og 5 og artikkel 12 åpner for begrensninger av forbrukerens adgang til å gjøre mangler gjeldende, og hver av disse begrensningene synes å stå på egne ben. Departementet viser til de tilsvarende vurderingene av 1999-direktivet i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 109. Departementet tolker etter dette direktivet slik at det ikke stenger for at absolutte reklamasjonsfrister kan avskjære krav fra forbrukeren selv om tomånedersfristen ennå ikke er utløpt.

Spesialreglene i direktivet om selgerens ansvar for mangler ved digitale ytelser som skal leveres løpende over en periode, og for oppdateringer krever etter departementets syn at det gis en særlig regel om den absolutte reklamasjonsfristen for disse tilfellene. Det foreslås derfor et nytt tredje punktum i § 27 annet ledd.

Etter direktivet artikkel 10 nr. 2 første punktum skal selgeren for løpende digitale ytelser være ansvarlig for mangler som viser seg innen to år fra levering av varen. Dette er i tråd med som allerede følger av § 27 annet ledd første punktum.

Etter direktivet artikkel 10 nr. 2 annet punktum skal selgeren for løpende digitale ytelser som etter avtalen skal leveres i mer enn to år, være ansvarlig for mangler som viser seg innen perioden ytelsene skal leveres. Formålet med regelen er altså at forbrukeren i slike tilfeller ikke skal være avskåret fra å gjøre gjeldende en mangel så lenge man er innenfor perioden det er avtalt at ytelsene skal leveres. Anvendt på et system med reklamasjonsfrister betyr dette at reklamasjonsfristen ikke kan løpe ut i perioden som ytelsene skal leveres. Reklamasjonsfristen forlenges her til utløpet av perioden (men fristen forkortes ikke dersom ytelsene skal leveres i en periode som utløper før reklamasjonsfristen etter § 27 annet ledd). Departementet foreslår et nytt tredje punktum i § 27 annet ledd, som sier at fristen for å reklamere i slike tilfeller er like lang som perioden ytelsene eller oppdateringene skal leveres.

Oppdateringer er som nevnt unntatt fra artikkel 10 nr. 1 (ved at regelen gis anvendelse med forbehold for artikkel 7 nr. 3 om oppdateringsforpliktelser). Det kan reises spørsmål om hvordan dette skal tolkes, men etter departementets vurdering synes det naturlig å forstå det slik at reklamasjonsfristen for oppdateringer må være minst like lang som perioden oppdateringene skal leveres. Departementet foreslår derfor at også mangler ved oppdateringer skal omfattes av regelen i nytt tredje punktum i § 27 annet ledd.

Departementet foreslår å videreføre gjeldende § 27 annet ledd tredje og fjerde punktum. Disse angir tilfeller der fristene i annet ledd ikke gjelder. Departementet nevner særskilt at fjerde punktum om såkalte rettsmangler antas å være i tråd med direktivet, siden direktivet lar det være opp til medlemsstatene å bestemme hvordan foreldelses- og reklamasjonsfristene skal utformes. Virkningen av fjerde punktum er at den absolutte reklamasjonsfristen i loven ikke gjelder, men at forbrukerens krav kan tapes etter foreldelsesloven. Departementet foreslår å slå sammen gjeldende tredje og fjerde punktum til et nytt fjerde punktum med mindre språklige endringer. Ettersom bestemmelsen om rettsmangler foreslås flyttet til § 16, må henvisningen til denne bestemmelsen endres.

Departementet foreslår å videreføre § 27 tredje og fjerde ledd. Fjerde ledd annet punktum innebærer at forbrukeren ved for sen reklamasjon likevel ikke taper retten til å gjøre mangelen gjeldende «dersom selgeren har opptrådt grovt uaktsomt eller for øvrig i strid med redelighet og god tro». Etter departementets vurdering vil det være i tråd med direktivet å opprettholde denne regelen i loven, siden direktivet lar det være opp til medlemsstatene å bestemme hvordan foreldelses- og reklamasjonsfristene skal utformes. Virkningen av at vilkårene i denne bestemmelsen er oppfylt, er at reklamasjonsfristene i loven ikke gjelder, men at forbrukerens krav kan tapes etter foreldelsesloven.

Som det fremgår, er departementets forslag begrenset til endringer i lovens regler om reklamasjonsfrist som har sammenheng med direktivet. Det foreslås i denne omgangen ikke endringer i reklamasjonsreglene utover dette. I anmodningsvedtak 21. april 2020 nr. 515 har Stortinget bedt regjeringen utrede om reklamasjonsfristen på nyoppførte boliger skal økes fra fem til ti år, og konsekvensene av en eventuell utvidelse. I forbindelse med oppfølgingen av dette vedtaket kan det være aktuelt å se på reklamasjonsreglene i et bredere perspektiv.

Departementet viser ellers til at det har vært reist spørsmål om lengre reklamasjonsfrister kan føre til at varer får økt holdbarhet. Det fremstår som usikkert om det er noen slik sammenheng. Spørsmålet er blant annet drøftet i en dansk utredning (Betänkning nr. 1576 punkt 3.16), der flertallet i utvalget ikke går inn for en forlengelse av reklamasjonsfristen, og begrunner dette bl.a. slik: «Flertallet legger i den forbindelse særlig vekt på, at der efter det oplyste ikke foreligger dokumentation for, at en forlængelse af reklamationsfristen vil have en effekt på den grønne omstilling. Der er ikke grundlag for at antage, at en forlængelse af reklamationsfristen vil føre til, at produkterne på det danske marked vil få en mærkbar længere holdbarhed og levetid end det, der er sædvanligt i dag, eller at det vil medføre mærkbart flere reparationer.» Departementet går ikke nærmere inn på spørsmålet nå, men det vil være aktuelt å vurdere dette i forbindelse med en mer generell gjennomgang av reklamasjonsreglene.

10 Krav til tingens egenskaper – mangelsbedømmelsen

10.1 Generelle krav til tingens egenskaper

10.1.1 Gjeldende rett

Forbrukerkjøpsloven gir i kapittel 4 regler om tingens egenskaper, mangler mv.

I § 15 stilles krav til tingens egenskaper, mens det i § 16 angis når tingen har en mangel. Det er en sammenheng mellom disse bestemmelsene, ved at tingen har en mangel etter § 16 bl.a. når den ikke er i samsvar med ett eller flere av kravene i § 15 (i tillegg til i noen andre tilfeller).

Utgangspunktet i § 15 er at tingen skal være i samsvar med de krav til art, mengde, kvalitet, andre egenskaper og innpakning som følger av avtalen, jf. bestemmelsens første ledd. Dette kan for så vidt betegnes som subjektive krav som avhenger av hva avtalen fastsetter.

I § 15 annet ledd oppstilles i bokstav a til g krav som tingen skal oppfylle, hvis det ikke følger noe annet av avtalen. Disse kravene gjelder altså med mindre partene har avtalt noe annet.

Etter *bokstav a* skal tingen passe for de formål som tilsvarende ting vanligvis brukes til. Bestemmelsen gjennomfører forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 artikkel 2 nr. 2 bokstav c («er egnet til de formål som varer av samme type vanligvis brukes til»).

Etter *bokstav b* skal tingen svare til det som forbrukeren har grunn til å forvente ved kjøp av en slik ting når det gjelder holdbarhet og andre egenskaper. Bestemmelsen gjennomfører 1999-direktivet artikkel 2 nr. 2 bokstav d (om at varen «har den beskaffenhet og den yteevne som er vanlig for varer av samme type, og som forbrukeren med rimelighet kan forvente når det tas hensyn til varens art og eventuelle opplysninger gitt offentlig om den av selgeren, produsenten eller dennes representant, særlig i reklame eller merking»). I Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 165 fremheves det at det sentrale spørsmålet ved vurderingen er hva kjøperen objektivt sett har grunn til å forvente seg – og at det ikke skal tas utgangspunkt i den enkelte forbrukers individuelle, subjektive forventninger. Videre gis det uttrykk for at det i vurderingen av forbrukerens forventninger vil være naturlig å trekke inn pris, forhold ved produktet i seg selv, forhold knyttet til markedsføringen, lengden av en eventuell garantitid for tingen, eventuell klassifisering av produktet og kvalitetsstandarder som måtte finnes innen bransjen.

Etter *bokstav c* skal tingen passe for et bestemt formål som selgeren var eller måtte være kjent med da kjøpet ble inngått, hvis selgeren har akseptert dette formålet eller forbrukeren ellers har hatt rimelig grunn til å bygge på selgerens sakkunnskap og vurdering. I Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 168 er det presisert at det med uttrykket «måtte være kjent med» kreves noe mer enn simpel uaktsomhet. Det påpekes bl.a. at det er «prinsipielt ønskelig å kunne ramme enkelte tilfeller hvor det vil kreve en omfattende bevisføring eller hvor det uansett er tvilsomt om det er mulig bevismessig å legge til grunn at en person faktisk kjente til vedkommende omstendighet, men hvor vedkommende ut fra de foreliggende forholdene likevel bør bære risikoen for det inntrådte».

Etter *bokstav d* skal tingen ha egenskaper som selgeren har vist til ved å legge frem en prøve eller modell. Bestemmelsen har samme ordlyd som kjøpsloven § 17 annet ledd bokstav c og gjennomfører 1999-direktivet artikkel 2 nr. 2 bokstav a («er i samsvar med selgerens beskrivelse og har de egenskaper som svarer til en vareprøve eller modell som selgeren har framlagt for forbrukeren»).

Etter *bokstav e* skal tingen være pakket på vanlig eller annen forsvarlig måte som trengs for å bevare og beskytte tingen. Bestemmelsen har samme ordlyd som kjøpsloven § 17 annet ledd bokstav d.

Etter *bokstav f* skal tingen være i samsvar med offentligrettslige krav som stilles i lovgivningen, eller offentlig vedtak i medhold av lov på den tid kjøpet inngås, hvis ikke forbrukeren har til hensikt å anvende tingen på en slik måte at kravet er uten betydning. I Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 169 nevnes at en slik bestemmelse ikke så ofte har selvstendig betydning ved kjøp av løsøre, men at den vil kunne ha særlig betydning i noen bransjer, for eksempel bilbransjen og elektrobransjen. Det fremgår videre av forarbeidene at bestemmelsen i prinsippet er fravikelig, men at det kreves klare holdepunkter for at avtalen innebærer et avvik fra offentligrettslige krav. I den forbindelse gis det uttrykk for at ved salg av nye varer, til normal bruk, som er i strid med sikkerhetskrav satt i lovgivningen, kan selgeren sjelden påberope seg avtalen som grunnlag for at det ikke foreligger en mangel. En slik avtale vil ifølge forarbeidene oftest rammes av avtaleloven § 36.

Etter *bokstav g* skal tingen være fri tredjepersons rett i tingen, for eksempel eiendomsrett eller panterett. Likeså skal tingen være fri tredjepersons krav på å ha rett i tingen når dette bestrides, unntatt når kravet er klart ugrunnet. Bestemmelsen bygger i hovedtrekk på kjøpsloven § 41, men er regulert på en litt annen måte. Forbrukerkjøpslovens bestemmelse omfatter imidlertid ikke immaterialrett. Bakgrunnen er at det ble antatt at en forbrukers private bruk av en salgsting i liten utstrekning kommer i strid med tredjepersons immaterialrett, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 93-94.

Tingen skal oppfylle kravene i § 15 annet ledd bokstav a til g, hvis «det ikke følger noe annet av avtalen». Det er altså mulig å avtale seg bort fra disse kravene.

I § 16 angis når tingen har en mangel. Bestemmelsen angir fire alternativer i første ledd bokstav a til d.

Etter *bokstav a* har tingen en mangel dersom den ikke er i samsvar med ett eller flere av kravene i § 15.

Bokstavene b og c gjelder manglende eller uriktige opplysninger.

Etter *bokstav b* foreligger mangel dersom selgeren ved kjøpet har forsømt å opplyse om forhold ved tingen eller dens bruk som han eller hun burde kjenne til, og som forbrukeren hadde grunn til å regne med å få, dersom unnlåtelsen kan antas å ha virket inn på kjøpet. Hvilke opplysninger forbrukeren hadde grunn til å regne med å få, vil bero på en konkret vurdering.

Etter *bokstav c* foreligger mangel dersom tingen ikke svarer til opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen eller dens bruk, dersom selgeren ikke viser at opplysningene før kjøpet er rettet på en tydelig måte, eller at de ikke kan ha innvirket på kjøpet.

Annet ledd gir anvisning på at bokstav c gjelder tilsvarende for opplysninger noen annen enn selgeren har gitt på tingens innpakning, i annonse eller annen markedsføring på vegne av selgeren eller tidligere salgsledd.

I forarbeidene er det lagt til grunn at disse bestemmelsene oppfyller 1999-direktivet artikkel 2 nr. 2 bokstav d, jf. nr. 4 («har den beskaffenhet og den yteevne som er vanlig for varer av samme type, og som forbrukeren med rimelighet kan forvente når det tas hensyn til varens art og eventuelle opplysninger gitt offentlig om den av selgeren, produsenten eller dennes representant, særlig i reklame eller merking».)

Etter bokstav d foreligger mangel dersom nødvendige opplysninger om installering, montering, bruk, stell og oppbevaring ikke følger med tingen. I Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 171 nevnes bruksanvisninger av ulike typer og vaskeanvisninger som praktiske eksempler på relevante opplysninger etter bestemmelsen. Hva som er «nødvendige opplysninger», skal ifølge forarbeidene vurderes ut fra en objektiv norm uavhengig av den enkelte kjøpers forutsetninger og behov.

Bestemmelsens tredje og fjerde ledd innebærer begrensninger i hva forbrukeren kan påberope som mangel.

Etter tredje ledd kan forbrukeren ikke gjøre gjeldende som en mangel noe han eller hun kjente eller måtte kjenne til ved kjøpet. Ifølge Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 172, innebærer ikke uttrykket «måtte kjenne til» at det kreves bevis for at kjøperen faktisk hadde kunnskap om det aktuelle forholdet, men derimot at kjøperens mulige uvitenhet om forholdet er uforståelig.

Etter fjerde ledd kan forbrukeren heller ikke gjøre gjeldende som en mangel noe som har sin årsak i materialer som er levert av forbrukeren. Men dette gjelder likevel ikke dersom selgeren på grunn av materialenes uegnethet burde ha frarådet bruken av dem. Disse reglene må sees i sammenheng med forbrukerkjøpsloven § 2 annet ledd bokstav d, der det fremgår forutsetningsvis at loven får anvendelse på såkalte blandete avtaler der selgeren også skal utføre et arbeid eller annen tjeneste (med mindre dette utgjør den overveiende del av hans eller hennes forpliktelser).

I § 17 reguleres spørsmålet om mangel for ting solgt «som den er» eller med lignende alminnelig forbehold. Selv om det er tatt slikt forbehold, har tingen likevel mangel når den er i dårligere stand enn forbrukeren med rimelighet hadde grunn til å forvente på bakgrunn av forbeholdet, kjøpesummens størrelse og forholdene ellers, jf. første ledd bokstav a.

Bestemmelsen innebærer på den ene siden at selgeren kan ta et slikt forbehold med henblikk på å begrense egen risiko, men på den annen side at det er begrenset hvilke rettsvirkninger et slikt forbehold kan tillegges. Det kan reises spørsmål om hvor stor betydning det vil ha at det er tatt et slikt forbehold, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 98-100.

I tillegg vil tingen i disse tilfellene ha mangel «når det foreligger forhold som nevnt i § 16 første ledd bokstav b eller c», det vil si der det er gitt manglende eller uriktige opplysninger om tingen.

I § 17 annet ledd reguleres situasjonen der brukte ting selges på auksjon hvor forbrukeren har anledning til å være til stede. Her er det fastsatt at reglene i første

ledd gjelder tilsvarende så langt de passer. Forarbeidene gir anvisning på at bestemmelsens betydning er at de særlige reglene som gjelder hvor det er tatt et «som den er»-forbehold, uten videre vil gjelde i kjøp som er omfattet av annet ledd, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 174. Det er altså ikke nødvendig å ta et forbehold i det enkelte tilfellet.

10.1.2 Direktivet

Direktivet gir i artikkel 5 til 7 regler om hvilke krav salgsvarene må være i overensstemmelse med. Artikkel 5 gir anvisning på at selgeren skal levere varer til forbrukeren som oppfyller kravene som er fastsatt i artikkel 6, 7 og 8.

Direktivet skiller mellom subjektive og objektive krav. De subjektive kravene innebærer at salgstingen skal være i samsvar med hva som er avtalt mellom selgeren og forbrukeren i kjøpsavtalen. De objektive kravene stiller krav til tingen som i utgangspunktet gjelder uavhengig av partenes avtale. Tingen skal altså være i samsvar med disse kravene (forutsatt at de er relevante for det aktuelle kjøpet) selv om det ikke er regulert i avtalen. Dette gjelder med mindre det er inngått en spesifikk avtale om å fravike noen av kravene. Hva som kreves for å fravike de objektive kravene, omtales nærmere nedenfor.

Enkelte av kravene er i det vesentlige tilsvarende som i 1999-direktivet, men generelt er det en del endringer sammenliknet med 2019-direktivet (og reglene har også en annen oppbygning).

De subjektive kravene er fastsatt i artikkel 6. I denne bestemmelsen fastsettes det at varene for å være i overensstemmelse med kjøpsavtalen (der det er relevant), skal oppfylle kravene i bokstav a til d.

Etter bokstav a skal varen tilsvare den beskrivelse, type, mengde og kvalitet samt ha den funksjonalitet, kompatibilitet, interoperabilitet (samvirkingsevne) og andre egenskaper som kreves i henhold til kjøpsavtalen. Begrepene kompatibilitet, funksjonalitet og interoperabilitet er definert i artikkel 2 nr. 8, 9 og 10.

Etter bokstav b skal varen passe for ethvert særlig formål som forbrukeren ønsker den til, når forbrukeren har gjort selgeren kjent med dette senest ved inngåelsen av avtalen, og som selgeren har akseptert. (Dette er tilsvarende som i 1999-direktivet artikkel 2 nr. 2 bokstav b.)

Etter bokstav c skal varen leveres med alt tilbehør og veiledninger, herunder om installasjon, som fastsatt i avtalen.

Etter bokstav d skal varen leveres med oppdateringer som fastsatt i avtalen.

De objektive kravene til varen fremgår av artikkel 7. Her gis det anvisning på at varen, i tillegg til de subjektive kravene i artikkel 6, skal oppfylle kravene som er fastsatt i artikkel 7 nr. 1 bokstav a til d.

Varen skal etter bokstav a passe til de formålene som varer av samme type vanligvis brukes til (tilsvarende følger også av 1999-direktivet artikkel 2 nr. 2 bokstav c). Det fremgår av artikkelen at det i den forbindelse skal tas hensyn til eventuell eksisterende EU-rett og nasjonal rett, tekniske standarder eller, i mangel av slike tekniske standarder, gjeldende sektorspesifikke atferdsregler for næringen.

Etter bokstav b skal varen (dersom det er relevant) være av den kvalitet og svare til beskrivelsen av en prøve eller modell som selgeren har gjort tilgjengelig for forbrukeren før inngåelsen av avtalen.

Etter bokstav c skal varen (dersom det er relevant) leveres sammen med alt tilbehør, herunder emballasje, installeringsveiledninger eller andre veiledninger som forbrukeren med rimelighet kan forvente å motta.

Etter bokstav d skal varen være av den mengden og ha den kvaliteten og andre funksjoner, herunder med hensyn til holdbarhet, funksjonalitet, kompatibilitet og sikkerhet, som er normalt for varer av samme type, og som forbrukeren med rimelighet kan forvente, ut fra varenes art og under hensyn til alle offentlige opplysninger fra eller på vegne av selgeren eller andre personer i tidligere ledd i transaksjonskjeden, herunder produsenten, særlig i reklame eller på merking.

Artikkel 7 nr. 2 gir unntak fra reglen om at selgeren er bundet av offentlig opplysninger etter nr. 1 bokstav d. Selgeren vil ikke være bundet av slike opplysninger hvis selgeren viser at han eller hun ikke hadde kjennskap til og ikke med rimelighet kunne ha hatt kjennskap til den aktuelle opplysningen (bokstav a), opplysningen ved avtaleinngåelsen var rettet på samme eller tilsvarende måte som den var blitt fremsatt (bokstav b), eller beslutningen om å kjøpe varene ikke kunne ha blitt påvirket av opplysningen (bokstav c).

Artikkel 7 gir i nr. 3 og 4 enkelte særregler om oppdateringer av varer med digitale elementer. Slike regler finnes ikke i 1999-direktivet.

I nr. 3 fastsettes det at for slike varer skal selgeren sikre at forbrukeren er underrettet om og får levert oppdateringer, herunder sikkerhetsoppdateringer, som er nødvendige for at varene fortsatt skal oppfylle kravene til overensstemmelse i et nærmere angitt tidsrom.

Hvilket tidsrom disse pliktene gjelder for, vil bero på om det i avtalen er fastsatt en enkelt levering av de digitale ytelsene (bokstav a), eller løpende levering av ytelsene over en periode (bokstav b).

Er det fastsatt en enkelt levering, skal pliktene til oppdatering sikre at varene oppfyller kravene til overensstemmelse i det tidsrommet som forbrukeren med rimelighet kan forvente ut fra typen av og formålet med varene og de digitale elementene, og under hensyn til omstendighetene og avtalens art, jf. nr. 3 bokstav a.

Er det fastsatt en løpende levering, skal pliktene til oppdatering sikre at varene oppfyller kravene i det tidsrommet «som er angitt i artikkel 10 nr. 2 eller 5, etter hva som er relevant», jf. nr. 3 bokstav b. Her henvises det altså til direktivets regler om hvor lenge selgeren har ansvar for mangler. Artikkel 10 er nærmere omtalt i punkt 7.2. Av artikkel 10 nr. 2 fremgår det at for varer med digitale elementer der det er fastsatt løpende levering, skal selgeren også være ansvarlig for manglende overensstemmelse ved de digitale ytelsene som oppstår eller viser seg i løpet av to år etter at varene med digitale elementer ble levert. Dersom det i avtalen er fastsatt løpende levering i mer enn to år, skal selgeren være ansvarlig for manglende overensstemmelse ved de digitale ytelsene som oppstår eller viser seg i det tidsrommet ytelsen skal leveres i henhold til avtalen. Utgangspunktet er altså en toårsfrist etter levering, men er det avtalt løpende levering i mer enn to år, omfatter selgerens ansvar mangler som viser seg i hele leveringsperioden.

Av artikkel 10 nr. 5 fremgår det at medlemsstatene i stedet for en ansvarsperiode for mangler har adgang til å innføre eller opprettholde en foreldelsesfrist for å gjøre gjeldende beføyelsene ved mangler som er fastsatt i artikkel 13. I så fall skal det sikres at en slik foreldelsesfrist gjøre det mulig for forbrukerne å utøve beføyelsene etter artikkel 13 ved mangler som selgeren er ansvarlig for og som viser seg i løpet av tidsperiodene som følger av artikkel 10 nr. 1 og 2.

I artikkel 7 nr. 4 reguleres situasjonen der det foreligger manglende overensstemmelse som skyldes at forbrukeren ikke har installert oppdateringer som er levert i samsvar med nr. 3. Dersom forbrukeren ikke innen en rimelig tid har installert slike oppdateringer, er selgeren under visse forutsetninger ikke ansvarlig for eventuelle mangler som utelukkende skyldes den manglende oppdateringen. Dette forutsetter for det første at selgeren har informert forbrukeren om at oppdateringen var tilgjengelig, og om konsekvensene av forbrukerens manglende installasjon, jf. nr. 4 bokstav a. For det annet forutsetter det at forbrukerens unnlatte eller feilaktige installasjon av oppdateringen ikke skyldes feil i installasjonsveiledningen, jf. nr. 4 bokstav b.

I artikkel 7 nr. 5 gis en regel om fravikelse av de objektive kravene i nr. 1 og nr. 3. Etter nr. 5 vil det ikke foreligge manglende overensstemmelse hvis forbrukeren på tidspunktet for inngåelsen av kjøpsavtalen er blitt gjort tydelig oppmerksom på at en bestemt egenskap ved varen avvek fra de objektive kravene til overensstemmelse, og forbrukeren uttrykkelig og særskilt har akseptert dette avviket ved inngåelsen av avtalen. Dette er også nytt sammenlignet med 1999-direktivet, og innebærer at det stilles mer eksplisitte vilkår for at det er avtalt et avvik fra de objektive kravene til overensstemmelse.

10.1.3 Departementets vurdering

Generelt

Direktivet innebærer at det er behov for en del endringer i reglene om krav til salgstingen. Som det fremgår av redegjørelsen i punktene ovenfor, er det visse forskjeller på hvordan direktivet og forbrukerkjøpsloven er bygget opp. Direktivet har et klart skille mellom subjektive og objektive krav. De subjektive kravene knytter seg til hva som er avtalt mellom partene når det gjelder salgstingens egenskaper, mens de objektive kravene oppstiller generelle krav til tingens egenskaper (selv om det ikke er avtalt noe om dette). Denne sondringen finnes også i forbrukerkjøpsloven § 15, men den er ikke like eksplisitt som i direktivet, og kategoriseringen av ulike mangelsgrunnlag er heller ikke helt den samme som i direktivet. Videre stiller direktivet strengere krav til aksept av eventuelle avvik fra de objektive kravene til tingen.

Selv om det er visse forskjeller mellom direktivets regulering og forbrukerkjøpslovens gjeldende regler om salgstingens egenskaper, antar departementet at en tilpasning av reglene til direktivets system kan gjennomføres uten at dette krever grunnleggende endringer i forbrukerkjøpsloven.

Ved gjennomføringen er det naturlig å ta utgangspunkt i direktivets regler i artikkel 6 og 7, for å sammenligne disse med reglene som finnes i forbrukerkjøpsloven i dag. I den forbindelse bør det vurderes hvor lovens regler allerede er i samsvar med direktivet, og på hvilke punkter det er behov for endringer i loven, eventuelt behov for helt nye regler. Som utgangspunkt synes det

nærliggende at direktivets kategorisering av ulike mangelsgrunnlag følges i loven, med mindre særlige grunner taler for å velge andre lovtekniske løsninger.

Videre må det vurderes om det i gjeldende lov finnes regler som ikke kan anses å være i samsvar med direktivet, og derfor bør endres eller oppheves.

Nærmere om gjennomføring av kravene i artikkel 5 til 7

Departementet antar at artikkel 5 i direktivet ikke krever noen direkte gjennomføring i loven. Bestemmelsen gir bare uttrykk for at selgeren skal levere varer til forbrukeren som oppfyller kravene i de etterfølgende bestemmelsene. For så vidt følger tilsvarende allerede av forbrukerkjøpsloven § 16, der det fremgår at tingen har en mangel dersom den ikke er i samsvar med ett eller flere av kravene i § 15 eller de øvrige alternativene i § 16.

De innholdsmessige kravene til varen følger av artikkel 6 og 7.

Forbrukerkjøpsloven inneholder som nevnt krav til tingenes egenskaper i § 15. Det foreslås at kravene i artikkel 6 (som direktivet betegner som subjektive krav) inntas i § 15 første ledd, mens kravene i artikkel 7 (som direktivet betegner som objektive krav) inntas i de etterfølgende leddene i § 15.

Direktivet angir i artikkel 6 bokstav a til d krav som varene skal oppfylle for å være i samsvar med salgsavtalen (dersom det er relevant).

Etter bokstav a skal salgstingen tilsvare den beskrivelse, type, mengde og kvalitet samt ha den funksjonalitet, kompatibilitet, interoperabilitet og andre egenskaper som kreves i henhold til salgsavtalen.

Selv om ordlyden ikke er helt identisk, legger departementet til grunn at kravene i bokstav a kan anses gjennomført ved gjeldende § 15 første ledd. Essensen i lovens bestemmelse er at salgstingen skal være i samsvar med kravene som følger av kjøpsavtalen (mht. mengde, kvalitet og øvrige egenskaper). Direktivet nevner spesifikt noen egenskaper som ikke fremgår direkte av loven, slik som «funksjonalitet, kompatibilitet og interoperabilitet». Disse uttrykkene er definert i direktivet artikkel 2 nr. 8, 9 og 10. Imidlertid er dette bare eksempler på visse egenskaper som salgstingen skal ha i den grad det følger av kjøpsavtalen. Særlig er begrepene kompatibilitet og interoperabilitet ikke særlig lett tilgjengelige, og departementet antar at det ikke vil bidra til forståelsen av bestemmelsen om disse begrepene inntas i lovteksten. Funksjonalitet er derimot et lettere forståelig uttrykk, som betegner varenes evne til å fungere i henhold til formålet. Det foreslås at det i § 15 første ledd innledningsvis angis at tingen skal være i samsvar med de krav til art, mengde, kvalitet, «funksjonalitet» og andre egenskaper som følger av avtalen.

Etter direktivet artikkel 6 bokstav b skal tingen være egnet til bruk til særlige formål som forbrukeren ønsker at den skal kunne brukes til, og som forbrukeren har gjort selgeren kjent med senest på tidspunktet for avtaleinngåelsen, og som selgeren har akseptert.

En tilsvarende regel finnes også i forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 artikkel 2 nr. 2 bokstav b. Etter forbrukerkjøpsloven § 15 annet ledd bokstav c skal tingen «passe for et bestemt formål som selgeren var eller måtte være kjent med da kjøpet ble inngått, hvis selgeren har akseptert dette formålet eller forbrukeren ellers har hatt rimelig grunn til å bygge på selgerens sakkunnskap og vurdering». Det fremgår av

forarbeidene, Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 168, at bestemmelsen skal sikre oppfyllelse av artikkel 2 nr. 2 bokstav b i forbrukerkjøpsdirektivet av 1999.

For i større grad å følge direktivets kategorisering av subjektive og objektive krav foreslås det at denne bestemmelsen flyttes fra § 15 annet ledd til første ledd, som et nytt fjerde punktum. Spørsmålet er da om det er behov for innholdsmessige endringer i bestemmelsen. Selv om 1999-direktivet har en tilsvarende regel som allerede er gjennomført i norsk rett, kan det ikke uten videre konkluderes med at den gjeldende bestemmelsen er i tråd med det nye direktivet. Ettersom 1999-direktivet som tidligere nevnt er et minimumsdirektiv, tillater det nasjonale regler som gir forbrukeren en mer vidtgående beskyttelse enn direktivet fastsetter. Slik er det ikke etter 2019-direktivet, som ikke gir adgang til avvikende regler i nasjonal rett med mindre direktivet eksplisitt tillater det, jf. artikkel 4. Når det gjelder reglene om at tingen skal passe til særlige formål, er det visse forskjeller på hvordan dette er formulert i direktivet og loven. I motsetning til lovens bestemmelse har direktivbestemmelsen ikke med alternativet «har hatt rimelig grunn til å bygge på selgerens sakkunnskap og vurdering». Videre kan det stilles spørsmål ved om det også kan være en nyanseforskjell mellom lovens vilkår om at selgeren «var eller måtte være kjent med» formålet, og direktivets vilkår om at forbrukeren «har gjort selgeren kjent med» formålet.

Umiddelbart fremstår den gjeldende lovbestemmelsen som mer gunstig for forbrukeren enn direktivets regel, men det er ikke sikkert at forskjellen er så stor i praksis. Bl.a. synes ikke terskelen for selgerens aksept etter loven og 1999-direktivet å ligge så høyt, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 168 (se nærmere nedenfor) og Bianca og Grundmann, EU Sales Directive – commentary side 133. Det antas at 2019-direktivet, som har samme ordlyd som i 1999-direktivet, må tolkes på tilsvarende måte.

På bakgrunn av at direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv har nasjonale myndigheter et begrenset handlingsrom ved gjennomføringen. Departementet foreslår enkelte endringer i lovbestemmelsen som innebærer at ordlyden legges nærmere direktivet, men uten at dette er ment å medføre noen betydelig svekkelse av forbrukerens posisjon sammenliknet med gjeldende rett. Det foreslås at tingen skal passe til særlige formål som forbrukeren ønsker at den skal kunne brukes til, dersom forbrukeren senest på tidspunktet for avtaleinngåelsen har gjort selgeren kjent med formålet og selgeren har akseptert dette, jf. lovforslaget § 15 første ledd nytt fjerde punktum.

Departementet legger til grunn at akseptkravet etter den foreslåtte bestemmelsen kan forstås på samme måte som etter gjeldende rett, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 168:

«Dersom selgeren kan sies å ha «akseptert» kjøperens særlige formål, har han eller hun etter lovteksten risikoen for formålstjenligheten. Dette gjelder uansett om kjøperen rent faktisk kan sies å ha bygd på selgerens aksept av kjøperens særlige formål eller ikke. En aksept kan være både skriftlig og muntlig. Dersom kjøperen spør om tingen passer til et bestemt formål og selgeren svarer bekræftende, vil det klart nok foreligge en aksept i lovens forstand.»

Det følger av direktivet artikkel 6 bokstav c at tingen skal leveres med alt tilbehør og veiledning, herunder om installasjon, som fastsatt i avtalen. Tilsvarende gjelder etter artikkel 6 bokstav d for eventuelle oppdateringer.

Det finnes i dag ingen regler i forbrukerkjøpsloven som uttrykkelig sier noe om tilbehør, veiledninger eller oppdatering som fastsatt i avtalen. I § 15 første ledd nevnes innpakning som følger av avtalen, men øvrig tilbehør og veiledning er ikke nevnt her. (Riktignok fremgår det av § 16 første ledd bokstav d at tingen har mangel der nødvendige opplysninger om bl.a. installering og montering ikke følger med, men dette gjelder i tillegg til hva partene har avtalt, og er derfor en litt annen type regel.) Essensen i artikkel 6 er som nevnt at tingen skal være i samsvar med hva som følger av avtalen, slik at de nærmere kravene kan anses som presiseringer og eksempler. Tilbehør og veiledninger er imidlertid praktiske eksempler, og det kan ha en pedagogisk funksjon at dette nevnes i lovteksten. På denne bakgrunn foreslås en presisering i § 15 første ledd nytt annet og tredje punktum om at tingen skal leveres med innpakning, alt tilbehør og veiledning, herunder om installasjon, og eventuelle oppdateringer som følger av avtalen. (Alternativet om innpakning er i dag inntatt i bestemmelsen som svarer til første punktum i lovforslaget, men synes mer nærliggende å innta sammen med annet tilbehør til salgstingen.)

Endringene som foreslås i § 15 første ledd, tar sikte på å sikre gjennomføring av artikkel 6 i direktivet (subjektive krav).

Kravene i direktivet artikkel 7 (objektive krav) foreslås gjennomført i § 15 annet til femte ledd. Som tidligere nevnt oppstilles det i disse bestemmelsene krav til tingen som gjelder i tillegg til de subjektive kravene som beror på hva som er avtalt.

Disse kravene er imidlertid ikke ufravikelige. Etter artikkel 7 nr. 5 er det på visse vilkår adgang til å avtale avvik fra de objektive kravene. Her angis at det ikke skal foreligge manglende samsvar med kravene til oppfyllelse i nr. 1 eller nr. 3 dersom forbrukeren ved avtaleinngåelsen ble særlig underrettet om at en bestemt egenskap ved varene avvek fra disse kravene, og forbrukeren uttrykkelig og særskilt aksepterte dette avviket da avtalen ble inngått.

Direktivet krever etter dette for det første at avviket gjelder en bestemt egenskap ved varene. For det annet må forbrukeren før avtaleinngåelsen særlig underrettes om avviket, og for det tredje må forbrukeren særskilt og uttrykkelig akseptere det. Etter forbrukerkjøpsloven § 15 annet ledd skal tingen være i samsvar med kravene som oppstilles der «[h]vis det ikke følger noe annet av avtalen». Her er det altså en forskjell mellom direktivet og loven, ved at direktivet stiller strengere krav til en avtale om avvik fra de objektive kravene.

Departementet foreslår at vilkårene i artikkel 7 nr. 5 inntas i § 15 annet ledd. Det er særlig grunn til å tydeliggjøre at avvik fra de objektive kravene til tingen forutsetter uttrykkelig og særskilt aksept fra forbrukeren. Det kan reises spørsmål om hvor i paragrafen det er lovteknisk mest hensiktsmessig å plassere denne regelen, men for å gjøre den lett synlig foreslås at den inntas før de enkelte kravene til tingen angis.

Forslaget innebærer at det presiseres at kravene som tingen skal være i samsvar med, gjelder med mindre forbrukeren ved inngåelsen av avtalen ble særlig opplyst om at en bestemt egenskap ved tingen avvek fra disse kravene, og uttrykkelig og særskilt aksepterte dette avviket, jf. lovforslaget § 15 annet ledd. Dette innebærer at det må spesifiseres og tydeliggjøres hva avviket består i. Et mer generelt og uspesifisert forbehold vil ikke være tilstrekkelig. Det kan stilles spørsmål om hva

som ligger i kravet om uttrykkelig og særskilt aksept fra forbrukeren. Ifølge fortalen punkt 36 skal forbrukeren akseptere avviket særskilt fra andre erklæringer eller avtaler og gjennom aktiv og utvetydig handlemåte. (Forholdet til bestemmelsen i § 17 om ting solgt «som den er» drøftes nedenfor i punkt 10.2.)

I det følgende vurderes behovet for lovendringer for å gjennomføre de objektive kravene til tingen som er fastsatt i artikkel 7 nr. 1.

Etter direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav a skal varen passe til de formål som varer av samme type vanligvis brukes til. Det tilsvarer gjeldende § 15 annet ledd bokstav a («passe for de formål som tilvarende ting vanligvis brukes til»), som gjennomfører 1999-direktivet artikkel 2 nr. 2 bokstav b. I 2019-direktivet er det presisert at det der det er relevant, skal tas hensyn til eventuell eksisterende EU-rett og nasjonal rett, tekniske standarder, eller i mangel av tekniske standarder, sektorspesifikke bransjeregler. Det er naturlig at dette utgjør et bakteppe for vurderingen, men det antas ikke å være nødvendig å innta det i loven. Departementet ser etter dette ikke behov for lovendringer for å gjennomføre denne bestemmelsen.

Etter direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b skal varen, dersom det er relevant, være av den kvalitet og svare til beskrivelsen av en prøve eller modell som selgeren har gjort tilgjengelig for forbrukeren før inngåelsen av avtalen. Etter § 15 første ledd bokstav d skal tingen ha egenskaper som selgeren har vist til ved å legge frem en prøve eller modell. Bestemmelsen gjennomfører 1999-direktivet artikkel 2 nr. 2 bokstav a, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 168-169. Innholdsmessig synes dette som nokså like krav, men for å være på den sikre siden foreslår departementet at lovens ordlyd legges noe tettere opp mot direktivet. Det vises til lovforslaget § 15 tredje ledd bokstav c, der det fremgår at tingen skal være av den kvalitet og tilsvare beskrivelsen av en prøve eller modell som selgeren har gjort tilgjengelig for forbrukeren før inngåelsen av avtalen.

Etter direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav c skal salgstingen, dersom det er relevant, leveres sammen med eventuelt tilbehør, herunder emballasje, installeringsveiledning eller annen veiledning som forbrukeren med rimelighet kan forvente å motta. Etter departementets vurdering er det grunn til å foreslå lovendringer som sikrer at disse kravene til tilbehør tas inn i loven. Riktignok finnes det allerede regler i loven som synes å være nokså tilsvarende. Det følger av § 15 annet ledd bokstav e at tingen skal «være pakket på vanlig eller annen forsvarlig måte som trengs for å bevare og beskytte tingen». Kravet til innpakning er imidlertid bare en del av direktivets krav til tilbehør. Videre følger det av § 16 første ledd bokstav d at tingen har en mangel dersom «nødvendige opplysninger om installering, montering, bruk, stell og oppbevaring ikke følger med tingen». Selv om de gjeldende reglene til dels dekker det samme som direktivbestemmelsen, er det ikke fullstendig overlapp. Det synes også hensiktsmessig at lovens regler utformes på en måte som ligger nærmere direktivet. Det foreslås derfor at gjeldende § 15 annet ledd bokstav e om innpakning erstattes med en regel om at tingen skal leveres med relevant tilbehør, slik som innpakning, installeringsveiledning, bruksanvisning eller annen veiledning, som forbrukeren med rimelighet kan forvente å få, jf. lovforslaget § 15 tredje ledd bokstav d. Det antas dermed at § 16 første ledd bokstav d kan oppheves (i tillegg til gjeldende § 15 annet ledd bokstav e).

Etter direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav d skal salgstingen være av den mengden og ha de egenskaper og andre funksjoner, herunder med hensyn til holdbarhet, funksjonalitet, kompatibilitet og sikkerhet, som er normalt for varer av samme type, og som forbrukeren med rimelighet kan forvente, ut fra varenes art og under hensyn til alle offentlige opplysninger fra eller på vegne av selgeren eller andre personer i tidligere ledd i transaksjonskjeden, herunder produsenten, særlig i reklame eller på merking. Denne direktivbestemmelsen stiller altså krav til at salgstingen har de egenskaper som er vanlige for slike ting og som forbrukeren med rimelighet kan forvente – både basert på tingens art og opplysninger gitt om tingen. I artikkel 7 nr. 2 angis tilfeller der selgeren likevel ikke er bundet av slike offentlige opplysninger (se redegjørelsen for direktivet i punkt 10.1.2). Direktivets regler tilsvarer på dette punktet i stor grad reglene i 1999-direktivet artikkel 2 nr. 2 bokstav d og nr. 4, jf. nærmere om dette nedenfor.

Forbrukerkjøpsloven har liknende regler, men dette er regulert på en litt annen måte enn i direktivet. Etter § 15 annet ledd bokstav b skal tingen svare til det som forbrukeren har grunn til å forvente ved kjøp av en slik ting når det gjelder holdbarhet og andre egenskaper. Denne bestemmelsen stiller krav til salgstingen ut fra hva forbrukeren generelt kan forvente ved kjøp av en slik ting.

I Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 165, uttales det:

«Det må foretas en vurdering av hvilke forventninger kjøperen har grunn til å ha ved kjøp av den gjenstanden det er tale om. I denne vurderingen vil det være naturlig å trekke inn pris, forhold ved produktet i seg selv, forhold knyttet til markedsføringen, lengden av en eventuell garantitid for tingen, eventuell klassifisering av produktet og kvalitetsstandarder som måtte finnes innen bransjen.»

Ved vurderingen av hva forbrukeren kan forvente, kan altså flere momenter kunne spille inn, bl.a. opplysninger som er gitt i markedsføringen av tingen.

I tillegg er det regulert særskilt i § 16 første ledd bokstav c at det kan foreligge en mangel der det er gitt uriktige opplysninger om salgstingen. Denne bestemmelsen fastsetter at tingen har en mangel dersom den ikke svarer til opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen eller dens bruk, dersom selgeren ikke viser at opplysningene før kjøpet er rettet på en tydelig måte, eller at de ikke kan ha innvirket på kjøpet.

Det er grunn til å tro at vurderingene etter de to bestemmelsene i forbrukerkjøpsloven til dels vil kunne gli litt over i hverandre. Dersom det er gitt uriktige opplysninger om tingens egenskaper, vil slike opplysninger normalt ha betydning for hva forbrukeren har grunn til å forvente, slik at det lett vil foreligge mangel dersom tingen ikke har de egenskaper som er opplyst.

Etter begge disse bestemmelsene kan opplysninger gitt i markedsføring o.l. være relevante, men er det tale om opplysninger gitt individuelt til den enkelte forbrukeren, er det antakelig mest nærliggende å bygge på § 16 første ledd bokstav c (eventuelt at disse opplysningene må anses som en del av avtalegrunnlaget mellom selgeren og forbrukeren, jf. § 15 første ledd). I Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 165 gis det uttrykk for at om forbrukeren bygger sine forventninger på opplysninger som er gitt spesielt til ham eller henne, må mangelsvurderingen bygge på for eksempel avtalen eller de gitte opplysningene, jf. § 15 første ledd og § 16 første ledd bokstav c.

Forbrukerkjøpsloven gjennomfører 1999-direktivet, som i artikkel 2 nr. 2 bokstav d og nr. 4 i stor grad har tilsvarende regler som 2019-direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav d og nr. 2. Ingen av direktivene regulerer uriktige opplysninger særskilt. Både § 15 annet ledd bokstav b og § 16 første ledd bokstav c er i lovforarbeidene, Ot.prp. nr. 44 (2001–2002), ansett å oppfylle 1999-direktivet. Det kan bl.a. vises til s. 171 i proposisjonen, der det til § 16 første ledd bokstav c bl.a. uttales følgende:

«Bokstav c må ses i sammenheng med bestemmelsens annet ledd om at selgeren også svarer for opplysninger andre har gitt om tingen, jf nedenfor. I høringsnotatet la departementet til grunn at disse bestemmelsene oppfyller forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 2 nr. 2 bokstav d, jf punkt 3.12.4 foran. Høringsinstansene synes å dele departementets syn. Bokstav c er omformulert noe for å ta høyde for forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 2 nr. 4 tredje strekpunkt.»

Spørsmålet er da om bestemmelsen i 2019-direktivet skal gjennomføres på tilsvarende måte som i gjeldende lov, slik at uriktige opplysninger fortsatt blir et eget grunnlag for mangel, eller om opplysninger gitt om tingen bl.a. i markedsføring skal inngå som del av vurderingen av hva forbrukeren har grunn til å forvente ved kjøp av tingen.

I den forbindelse må det først tas stilling til om direktivet gir adgang til å opprettholde regelen i § 16 første ledd bokstav c om uriktige opplysninger, i den grad denne regelen gir forbrukeren et sterkere vern enn direktivet fastsetter. Ifølge direktivets fortale punkt 20 skal medlemsstatene ha frihet til å regulere opplysningsforpliktelser for selgeren i forbindelse med avtaleinngåelsen. Det er noe uklart hva som ligger i det, men det er nærliggende å forstå dette i retning av at det også omfatter selgerens mangelsansvar for uriktige opplysninger.

Departementet antar derfor at det er adgang til å opprettholde bestemmelsen om uriktige opplysninger som et eget grunnlag for mangel. Tilsvarende synes å være lagt til grunn for svensk rett i SOU 2020: 51 s. 104. (Reglene i den svenske konsumentköplagen 19 § er i hovedsak like som forbrukerkjøpslovens regler på dette punktet.) Bestemmelser om at uriktige opplysninger kan utgjøre en mangel, finnes i flere lover på kontraktsrettens område, slik som kjøpsloven, avhendingslova, bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven. Dette kan tilsi at en slik bestemmelse opprettholdes også i forbrukerkjøpsloven så langt direktivet gir åpning for. Bestemmelsen om uriktige opplysninger har også en viss sammenheng med bestemmelsen om forsømt opplysningsplikt i § 16 første ledd bokstav b, som også foreslås videreført, se punkt 10.2.

Etter en samlet vurdering foreslår departementet at forbrukerkjøpslovens gjeldende regler i hovedsak videreføres på dette punktet, slik at uriktige opplysninger reguleres særskilt (i tillegg til at opplysninger gitt om tingen kan inngå som et moment i vurderingen av hva forbrukeren har grunn til å forvente med hensyn til tingens egenskaper). Følgelig vil begrensningene i selgerens ansvar for opplysninger gitt om tingen, fortsatt følge av samme bestemmelse. Departementet mottar imidlertid gjerne innspill fra høringsinstansene på denne vurderingen.

Departementet foreslår likevel visse justeringer i de nevnte bestemmelsene.

I § 15 annet ledd bokstav b foreslås at tingen skal svare til den mengde og ha de egenskaper og andre funksjoner, blant annet med hensyn til holdbarhet, funksjonalitet og sikkerhet, som er vanlige for ting av samme type, og som forbrukeren med rimelighet kan forvente ved kjøp av en slik ting. Den gjeldende

bestemmelsen dekker mye av det samme, men er utformet på en mer kortfattet måte. For å sikre overensstemmelse med direktivet foreslås en ordlyd som ligger nærmere direktivets bestemmelse. Det vises til lovforslaget § 15 tredje ledd bokstav b.

Videre foreslår departementet enkelte endringer i § 16. For det første foreslås en mindre endring i § 16 første ledd bokstav c. Etter bestemmelsen foreligger det ikke en mangel dersom selgeren «viser at opplysningene før kjøpet er rettet på en tydelig måte». Etter direktivet artikkel 7 nr. 2 bokstav b må selgeren vise at den offentlige opplysningen på tidspunktet for inngåelsen av kjøpsavtalen var rettet på samme eller tilsvarende måte som den ble fremsatt. Det foreslås at «på en tydelig måte» erstattes av «på samme eller tilsvarende måte som de [opplysningene] ble fremsatt».

For det annet foreslås en tilføyelse i § 16 annet ledd. Etter direktivet artikkel 7 nr. 2 bokstav a vil selgeren ikke være bundet av en offentlig opplysning som nevnt i nr. 1 bokstav d dersom selgeren viser at han eller hun verken var klar over eller med rimelighet kunne vært klar over den aktuelle opplysningen. Etter forbrukerkjøpsloven § 16 annet ledd gjelder første ledd bokstav c (om uriktige opplysninger) tilsvarende for opplysninger noen annen enn selgeren har gitt på tingens innpakning, i annonse eller annen markedsføring på vegne av selgeren eller tidligere salgslodd. Imidlertid har loven ikke noe unntak for tilfeller som nevnt i direktivet der selgeren ikke med rimelighet kunne ha kjent til opplysningene. Det foreslås derfor at en slik regel tas inn i loven, jf. lovforslaget § 16 annet ledd annet punktum.

Oppdateringer

I direktivet artikkel 7 nr. 3 oppstilles enkelte krav til selgeren som gjelder oppdatering av varer med digitale elementer. Det finnes ikke noen bestemmelser om dette i gjeldende forbrukerkjøpslov, og departementet mener derfor at det er grunn til å innta slike krav i loven. Direktivets regler er redegjort for i punkt 10.1.2.

Oppdateringsforpliktelsene gjelder varer med digitale elementer, som er nærmere definert i direktivet artikkel 2 nr. 5 bokstav b. Det sentrale vilkåret er at tingen er sammenknyttet med digitale ytelser som er nødvendige for tingens funksjon, jf. nærmere om dette i høringsnotatet punkt 5.

For slike varer skal selgeren sikre at forbrukeren er underrettet om og får levert oppdateringer (herunder sikkerhetsoppdateringer) som er nødvendige for at tingen skal fortsette å være i overensstemmelse med lovens krav i et nærmere angitt tidsrom. Slike regler om oppdateringsforpliktelser foreslås inntatt i lovforslaget § 15 fjerde ledd.

Hvilket tidsrom pliktene knyttet til oppdateringer gjelder for, vil etter direktivet bero på om det i kjøpsavtalen er fastsatt en enkelt levering av de digitale ytelsene eller løpende levering av de digitale ytelsene over en periode (jf. bokstav a og b i artikkel 7 nr. 3).

I tilfellene der avtalen fastsetter en *enkelt levering*, oppstiller direktivet en skjønnsmessig regel for varigheten av oppdateringsforpliktelsene. I tråd med dette foreslås at selgerens plikter til oppdatering gjelder i en tidsperiode «som tilsvarer

hva forbrukeren med rimelighet kan forvente ut fra typen og formålet med tingen og de digitale ytelsene, og under hensyn til avtalens omstendigheter og art», jf. lovforslaget § 15 fjerde ledd annet punktum.

En slik regel gir riktignok noe begrenset forutsigbarhet, ettersom det kan være delte meninger om hvor lenge det er rimelig å forvente oppdateringer ut fra disse momentene. Direktivets forale punkt 31 inneholder imidlertid uttalelser som gir noe mer veiledning om hva som er rimelig å forvente med hensyn til oppdateringer. Det gis her uttrykk for at en forbruker normalt vil forvente å motta oppdateringer som minimum i perioden selgeren er ansvarlig for mangler. Videre fremgår det at forbrukerens rimelige forventninger i noen tilfeller kan strekke seg ut over denne perioden – noe som særlig kan være tilfelle når det gjelder sikkerhetsoppdateringer. I andre tilfeller, for eksempel med hensyn til varer med digitale elementer som har et tidsbegrenset formål, vil selgerens oppdateringsforpliktelser normalt være begrenset til den tiden.

Der avtalen fastsetter en *løpende levering* av den digitale ytelsen, skal pliktene til oppdatering sikre at varene oppfyller kravene i det tidsrommet «som er angitt i artikkel 10 nr. 2 eller 5, etter hva som er relevant».

Direktivet artikkel 10 regulerer hvilken tidsperiode selgeren har ansvar for mangler. Artikkel 10 nr. 2 fastsetter denne tidsperioden for varer med digitale elementer (som definert i artikkel 2 nr. 5 bokstav b) der det er fastsatt løpende levering av den digitale ytelsen. Her fremgår det at selgeren også er ansvarlig for manglende overensstemmelse ved den digitale ytelsen som oppstår eller viser seg i løpet av to år etter at varene med digitale elementer ble levert. Dersom det i avtalen er fastsatt løpende levering i mer enn to år, gjelder selgerens ansvar i hele tidsrommet den digitale ytelsen skal leveres i henhold til salgsavtalen. Utgangspunktet er altså en toårsperiode etter levering, men er det avtalt levering i mer enn to år, gjelder selgerens ansvar mangler som viser seg i hele leveringsperioden.

Av artikkel 10 nr. 5 fremgår at medlemsstatene kan regulere selgers ansvarsperiode gjennom regler om foreldelsesfrist, men slike regler kan ikke omgå perioden for selgerens ansvar for mangler.

I forbrukerkjøpsloven reguleres ansvarsperioden gjennom regler om reklamasjonsfrist, jf. nærmere om dette i høringsnotatet punkt 9.

Det er naturlig å forstå direktivet slik at tidsperioden som angis i artikkel 10 nr. 2 (evt. nr. 5) skal gis anvendelse på selgerens oppdateringsforpliktelser når det gjelder ting med digitale elementer som skal leveres løpende over tid. Dette innebærer at oppdateringspliktene i utgangspunktet gjelder i en tidsperiode på to år etter leveringen av varen med digitale elementer, men dersom det er avtalt løpende levering i mer enn to år, gjelder de så lenge det er avtalt levering av den digitale ytelsen.

I den forbindelse kan det reises spørsmål om det for oppdateringspliktene kan og bør fastsettes en lengre minimumsperiode enn to år. I utgangspunktet henviser artikkel 7 nr. 3 bare til artikkel 10 nr. 2 og 5, og ikke nr. 3 om at medlemsstatene kan opprettholde eller innføre lengre frister. Men dette betyr ikke nødvendigvis at det ikke kan fastsettes en lengre minimumsperiode for oppdateringer av ting sammenknyttet med digitale ytelser som leveres løpende. Man kunne for eksempel tenkt seg at oppdateringsforpliktelsenes lengde i disse tilfellene var knyttet til

perioden selgeren har et ansvar for mangler som oppstår innenfor. I norsk rett er det imidlertid ikke fastsatt ansvarsperioder, men i stedet reklamasjonsfrister. Under enhver omstendighet er det ikke sikkert at det er behov for å fastsette en lengre periode enn to år, når selgeren uansett er ansvarlig for oppdateringer i perioden det er avtalt levering av den løpende digitale ytelsen. Ettersom den digitale ytelsen i disse tilfellene er nødvendig for tingens funksjon, slik at den ikke vil fungere uten ytelsen, kan det spørres om forbrukeren egentlig har noe behov for oppdateringer av tingen utover tiden ytelsen blir levert. Det kan derfor virke naturlig at oppdateringsforpliktelsene følger perioden den digitale ytelsen skal leveres løpende over. Departementet foreslår derfor at tidsperioden for oppdateringer av ting som skal leveres med løpende digitale ytelser, fastsettes med utgangspunkt i toårsregelen i direktivet artikkel 10 nr. 2, men mottar gjerne innspill fra høringsinstansene på dette spørsmålet.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det i § 15 fjerde ledd tas inn en ny regel til gjennomføring av artikkel 7 nr. 3. Etter forslaget pålegges selgeren en plikt til å sikre at forbrukeren får informasjon om og får levert oppdateringer, herunder sikkerhetsoppdateringer, som er nødvendige for at tingen fortsetter å være i samsvar med lovens krav i en nærmere angitt tidsperiode. Tidsperioden vil avhenge av om det i avtalen er fastsatt en enkelt eller en løpende levering av de digitale ytelsene. Dersom avtalen fastsetter en enkelt levering av de digitale ytelsene, gjelder oppdateringsforpliktelsene i en tidsperiode som tilsvarer hva forbrukeren med rimelighet kan forvente, bl.a. ut fra typen og formålet med tingen og de digitale ytelsene. Dersom avtalen fastsetter en løpende levering av de digitale ytelsene, gjelder oppdateringsforpliktelsene i utgangspunktet i en tidsperiode på to år etter leveringen av tingen med digitale ytelser. Men hvis det avtalt en løpende levering i mer enn to år, gjelder oppdateringsforpliktelsene så lenge det er avtalt levering. Når det gjelder den nærmere utformingen av forslaget, vises det til lovforslaget § 15 fjerde ledd.

Departementet foreslår videre at det i samme bestemmelse tas inn regler til gjennomføring av artikkel 7 nr. 4 om mangler som skyldes unnlatt oppdatering av varer med digitale elementer. Regelen i nr. 4 har sammenheng med nr. 3 om plikt til å levere oppdateringer. Her reguleres situasjonen der forbrukeren ikke innen en rimelig frist har installert oppdateringer som er levert i samsvar med nr. 3. Direktivet fastsetter at selgeren i slike tilfeller ikke er ansvarlig for mangel som utelukkende skyldes den manglende oppdateringen. En forutsetning for at selgeren ikke er ansvarlig for slike mangler, er imidlertid at selgeren har informert forbrukeren om at oppdateringen var tilgjengelig, og om konsekvensene av forbrukerens manglende installasjon (bokstav a). Videre er det en forutsetning for ansvarsfrihet for selgeren at forbrukerens unnlatte eller feilaktige installasjon av oppdateringen ikke skyldes feil i installasjonsveiledningen (bokstav b).

Departementet antar at det er nødvendig å gi regler om dette ettersom noe tilsvarende ikke finnes i gjeldende lov. Forslaget innebærer at det i § 15 femte ledd fastsettes at selgeren ikke er ansvarlig for en mangel som utelukkende skyldes at forbrukeren innen rimelig tid unnlater å installere oppdateringer levert i medhold av fjerde ledd. Dette vil likevel bare gjelde dersom selgeren har informert forbrukeren om at oppdateringen var tilgjengelig, og om følgene av at denne ikke installeres, og den manglende eller uriktige installasjonen ikke skyldes feil i installeringsveiledningen som er levert til forbrukeren.

10.2 Vurdering av bestemmelser i loven som ikke finnes i direktivet

Forbrukerkjøpsloven har enkelte regler av betydning for mangelsvurderingen som ikke har noen direkte parallell i direktivet. At loven har bestemmelser som ikke finnes i direktivet, innebærer ikke nødvendigvis at slike regler må endres ved gjennomføringen, men det er grunn til å vurdere spørsmålet konkret for de enkelte bestemmelsene. Vurderingen vil bl.a. bero på om de spørsmål lovbestemmelsene gjelder, kan anses å være omfattet av direktivets regulering, og i så fall om det foreligger en reell motstrid mellom direktivet og loven.

Departementet mener at en slik vurdering bør foretas for forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav b om forsømmelse av opplysningsplikt og for § 17 om ting solgt «som den er» eller med lignende alminnelig forbehold. Tilsvarende kan det også være grunn til å vurdere § 16 tredje og fjerde ledd, i tillegg til forbrukerkjøpsloven § 15 annet ledd bokstav f.

Forbrukerkjøpsloven § 17

Forbrukerkjøpsloven § 17 regulerer den rettslige situasjonen når tingen er solgt «som den er» eller med lignende alminnelig forbehold. Bestemmelsen forutsetter på den ene siden at det er adgang til å ta alminnelige forbehold ved forbrukerkjøp. På den annen side er det viktigste formålet med bestemmelsen å gi forbrukeren et vern i tilfeller der selgeren har tatt et forbehold av denne typen. Slik sett kan man si at bestemmelsen begrenser rettsvirkningen av alminnelige forbehold fra selgerens side. Bestemmelsen fastsetter at dersom tingen er solgt med et slikt forbehold, foreligger det likevel en mangel

- a) når tingen er i dårligere stand enn forbrukeren med rimelighet hadde grunn til å forvente på bakgrunn av forbeholdet, kjøpesummens størrelse og forholdene ellers, eller
- b) når det foreligger forhold som nevnt i § 16 første ledd bokstav b eller c (dvs. hvis det er gitt uriktige opplysninger eller forsømt opplysningsplikt).

Ved gjennomføringen av forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 ble forholdet til alminnelige forbehold drøftet. I den forbindelse ble det bl.a. uttalt i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 99:

«Etter departementets syn gjør ikke forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 7 nr. 1 det nødvendig helt å forby slike klausuler, jf punkt 3.13.3 ovenfor. Departementet vil understreke at slike forbehold etter departementets forslag vil ha begrensede rettsvirkninger. Kjøperen vil alltid kunne stille visse minstekrav til varen, uansett hva som er ment fra selgerens side. Disse kravene dekker sentrale deler av mangelspresumsjonen i forbrukerkjøpsdirektivet. For det annet må det bero på en konkret tolking av det alminnelige forbeholdet om kjøperen kan gjøre gjeldende som mangel forhold ut over det som følger av minimumsbestemmelsen. Det er dermed i siste omgang i prinsippet avtalen og en naturlig forståelse av den som styrer hva kjøperen kan gjøre gjeldende som en mangel.»

Departementet mente altså at 1999-direktivet ikke gjorde det nødvendig å forby alminnelige forbehold ved forbrukerkjøp, men mente at slike forbehold uansett vil ha begrensende rettsvirkninger. I den videre vurderingen ble det bl.a. uttalt:

«Departementet er etter en helhetsvurdering kommet til at det er hensiktsmessig å beholde adgangen til å ta «som den er»-forbehold ved forbrukerkjøp av løsøre mv. Departementet foreslår imidlertid visse justeringer av reglene. Hensynet til en lojal oppfølging av forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 7 nr. 1 tilsier at kravet om at tingen skal være i «vesentlig»

dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med, sløyfes, slik at det er tilstrekkelig for at bestemmelsen skal få anvendelse at tingen er «i dårligere stand».)»

2019-direktivet har imidlertid andre regler enn 1999-direktivet om når det foreligger en mangel. Som nevnt oppstiller artikkel 7 objektive krav som tingen skal være i samsvar med selv om det ikke er avtalt noe konkret om dette. Adgangen til å avtale avvik fra disse kravene i artikkel 7 er fastsatt i nr. 5 i bestemmelsen, som lyder slik:

«Der er ikke tale om manglende overensstemmelse som omhandlet i stk. 1 eller 3, hvis forbrukeren på tidspunktet for inngåelsen af købsaftalen er blevet gjort tydeligt opmærksom på, at en bestemt egenskab ved varen afveg fra de objektive krav til overensstemmelse, der er fastsat i stk. 1 eller 3, og forbrukeren udtrykkeligt og særskilt har accepteret denne afvigelse ved inngåelsen af købsaftalen.»

Direktivet forutsetter etter dette at avviket må gjelde en bestemt egenskap ved tingen, og videre at forbrukeren er gjort tydelig oppmerksom på avviket og uttrykkelig og særskilt har akseptert det. Denne muligheten for partene til å fravike de objektive kravene er ifølge direktivets fortale punkt 36 å sikre tilstrekkelig fleksibilitet i reglene, for eksempel i forbindelse med salg av brukte gjenstander.

Dette peker klart i retning av at eventuelle forbehold må være spesifiserte. Det synes vanskelig å forene direktivets vilkår med en generell adgang til å ta alminnelige forbehold ved salg av ting. Det synes naturlig å tolke direktivet slik at det ikke tillater at det tas slike forbehold ved forbrukerkjøp. Riktignok er det som nevnt ovenfor antatt at bestemmelsen i § 17 har begrensede rettsvirkninger. Likevel kan det ikke utelukkes at regelen kan begrense forbrukerens rett til å gjøre gjeldende en mangel. I lys av dette foreslår departementet at bestemmelsen ikke videreføres. I både den svenske og den danske utredningen om gjennomføring av direktivet er tilsvarende bestemmelser foreslått opphevet, jf. SOU 2020: 51 s. 102 og Betænkning nr. 1576 s. 152.

For øvrig kan nevnes at det ved endringslov 7. juni 2019 nr. 20 er vedtatt endringer i avhendingslova som innebærer at loven § 3-9 annet ledd skal lyde slik (endringene er ikke trådt i kraft):

«Ved forbrukarkjøp som nemnt i § 1-2 tredje ledd har «som han er»-atterhald og liknande allmenne atterhald ingen verknad. Det same gjeld for atterhald som ikkje er spesifiserte nok til å kunne verke inn på vurderinga kjøparen gjer av egedomen.»

Etter de nye reglene i avhendingslova er det altså ikke adgang til å ta alminnelige forbehold ved forbrukerkjøp.

I den forbindelse kan det stilles spørsmål om det er tilstrekkelig å oppheve § 17, eller om det er behov for en liknende regel i forbrukerkjøpsloven som i avhendingslova. Etter departementets vurdering antas det ikke å være grunn til å foreslå en regel av samme type som i avhendingslova. Dette stiller seg noe annerledes etter forbrukerkjøpsloven. Forslagene til endringer i § 15 vil innebære at vilkårene for å fravike kravene til tingens egenskaper fremgår klart av loven. Det vil følge nokså klart av bestemmelsen at et alminnelig forbehold ikke vil oppfylle disse vilkårene, og det antas derfor ikke å være nødvendig med en egen bestemmelse som forbyr slike forbehold.

På denne bakgrunn foreslår departementet at gjeldende § 17 oppheves.

I § 17 annet ledd er det en særregel som gjelder salg av brukte ting på auksjon hvor forbrukeren har anledning til å være til stede. I disse tilfellene angir annet

ledd at reglene i første ledd gjelder tilsvarende så langt de passer. Ifølge Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 174 er bestemmelsens betydning at «de særlige reglene som gjelder hvor det er tatt et «som den er»-forbehold, uten videre vil gjelde i kjøp som er omfattet av annet ledd. Det er ikke nødvendig å ta et forbehold i det enkelte tilfellet».

Spørsmålet er om det er grunn til å opprettholde en særregel for disse tilfellene dersom bestemmelsen i § 17 for øvrig oppheves. Etter artikkel 3 nr. 5 bokstav a kan medlemsstatene unnta avtaler om salg av brukte varer som selges på offentlige auksjoner fra direktivets anvendelsesområde. Direktivet antas derfor å gi adgang til å videreføre regelen i § 17 annet ledd dersom det er ønskelig, men departementet er i tvil om det er behov for det. De alminnelige reglene for mangelsbedømmelsen innebærer at det foretas en helhetlig vurdering der alle forholdene rundt kjøpet vil kunne tas i betraktning. At terskelen for å gjøre gjeldende mangelskrav normalt er høyere ved salg av brukte ting på auksjon hvor forbrukeren har anledning til å være tilstede, antas de alminnelige reglene å ta høyde for. Departementet foreslår på den bakgrunn at § 17 oppheves i sin helhet, men mottar gjerne innspill om behovet for videreføring av den særlige regelen i annet ledd.

Forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav b

Forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav b har regler om forsømt opplysningsplikt. Det følger av bestemmelsen at tingen har en mangel dersom «selgeren ved kjøpet har forsømt å opplyse om forhold ved tingen eller dens bruk som han eller hun burde kjenne til, og som forbrukeren hadde grunn til å regne med å få, dersom unnlatsen kan antas å ha virket inn på kjøpet». Bestemmelsen pålegger selgeren en opplysningsplikt og brudd på denne vil utgjøre en mangel. Som det fremgår av ordlyden, stilles flere vilkår for at det skal foreligge mangel etter bestemmelsen. For det første må forsømmelsen gjelde forhold ved tingen eller dens bruk. For det annet må det gjelde forhold som selgeren burde kjenne til. For det tredje må det dreie seg om opplysninger som forbrukeren hadde grunn til å regne med å få. For det fjerde må unnlatsen av å gi opplysninger kunne antas å ha virket inn på kjøpet.

Bestemmelsen har ingen direkte parallell i direktivet. Heller ikke 1999-direktivet har noen tilsvarende bestemmelse. I motsetning til 2019-direktivet er 1999-direktivet imidlertid et minimumsdirektiv, slik at det er adgang til å ha regler i nasjonal rett som gir forbrukeren en mer vidtgående beskyttelse enn det direktivet fastsetter.

På den bakgrunn bør det vurderes om det er adgang til å opprettholde regelen om forsømmelse av opplysningsplikt (ettersom bestemmelsen gir forbrukeren et grunnlag for å gjøre gjeldende mangel som ikke finnes i direktivet). Et sentralt spørsmål er om regler om selgerens opplysningsplikt omfattes av hva direktivet regulerer, eller om dette faller utenfor.

Ut fra direktivets fortale punkt 20 synes det å være en nærliggende tolkning at selgerens opplysningsplikt ved avtaleinngåelsen ikke faller inn under direktivets regulering, med andre ord slik at det er frihet til å regulere dette i nasjonal rett. Det vises her til omtalen i punkt 10.1.3 av det tilsvarende spørsmålet som reiser seg for bestemmelsen i § 16 første ledd bokstav c. På samme måte som for bokstav c antar

departementet at direktivet ikke er til hinder for å opprettholde bestemmelsen i bokstav b, og det foreslås at bestemmelsen videreføres i forbrukerkjøpsloven. Departementet viser i den forbindelse også til at tilsvarende tolkning av direktivet er lagt til grunn i både den svenske og den danske utredningen om gjennomføring av direktivet. I begge disse utredningene foreslås tilsvarende bestemmelser om forsømt opplysningsplikt opprettholdt i nasjonal lovgivning, jf. SOU 2020: 51 s. 99 og Betænkning nr. 1576 s. 149.

Forbrukerkjøpsloven § 16 tredje ledd

Forbrukerkjøpsloven § 16 tredje ledd fastsetter at forbrukeren ikke kan gjøre gjeldende som en mangel noe han eller hun kjente eller måtte kjenne til ved kjøpet.

Om denne regelen uttales det i Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) på s. 172:

«At det er tilstrekkelig at kjøperen «måtte kjenne til» forholdet, innebærer at det ikke kreves bevis for at kjøperen faktisk hadde kunnskap om det aktuelle forholdet. Det som kreves, er at kjøperens mulige uvitenhet om det aktuelle forholdet er uforståelig. Dette er et bevisstema som er noe lettere enn et krav om faktisk kunnskap. En slik avgrensning av kjøperens risiko er forenlig med forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 2 nr. 3.»

Forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 artikkel 2 nr. 3 lyder slik:

«Det anses ikke å foreligge manglende avtalemessighet etter denne artikkel dersom forbrukeren på det tidspunkt avtalen ble inngått, hadde kjennskap til eller ikke med rimelighet kunne være ukjent med den manglende avtalemessigheten, eller dersom den manglende avtalemessigheten skyldes materialer levert av forbrukeren.»

Det finnes derimot ingen tilsvarende bestemmelse i 2019-direktivet. Etter departementets vurdering er det vanskelig å se at det kan være i samsvar med direktivet å opprettholde denne bestemmelsen, ettersom den kan innebære at forbrukeren stilles mindre gunstig enn det som følger av direktivet, jf. artikkel 4. Det kan innvendes at det ikke er rimelig at forbrukeren kan gjøre gjeldende som mangel noe han kjente til ved inngåelsen av avtalen. Men etter det departementet kan se, er det vanskelig å forstå direktivet på noen annen måte enn at risikoen her er flyttet over på selgeren, slik at diskusjoner om hva forbrukeren måtte kjenne til, unngås, og at selgeren må sikre seg at forbrukeren aksepterer et eventuelt avvik fra de alminnelige kravene til tingen.

På denne bakgrunn foreslås det at § 16 tredje ledd oppheves.

Forbrukerkjøpsloven § 16 fjerde ledd

Etter § 16 fjerde ledd kan forbrukeren ikke gjøre gjeldende som en mangel noe som har sin årsak i materialer som er levert av forbrukeren. Dette gjelder likevel ikke dersom selgeren på grunn av materialenes uegnethet burde ha frarådet bruken av dem.

Forutsetningen for at bestemmelsen kan komme til anvendelse, er trolig at det er tale om et tilvirkningskjøp, herunder at det skal utføres en eller annen form for arbeid knyttet til materialer som er levert av forbrukeren. For at avtalen skal falle inn under forbrukerkjøpsloven, må den gjelde levering av ting, og arbeids- eller tjenstedelen kan ikke utgjøre den overveiende delen av forpliktelsene etter avtalen, jf. § 2 annet ledd bokstav d.

Som det fremgår ovenfor, er denne bestemmelsen i tråd med forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 artikkel 2 nr. 3, der det fremgår at det ikke foreligger mangel der dette skyldes materialer levert av forbrukeren. Derimot finnes en tilsvarende bestemmelse ikke i 2019-direktivet. Spørsmålet er om dette kan forstås slik at rettstilstanden er endret på dette punktet.

At bestemmelsen i 1999-direktivet ikke er tatt med i 2019-direktivet, kan i seg selv trekke i den retningen. For øvrig omtaler direktivet i liten grad tilfeller der forbrukeren leverer materialer, men dette er så vidt berørt i direktivets fortale punkt 20, som lyder slik:

«Medlemsstaterne bør frit kunne fastsette opplysningsforpliktelse for sælgeren i forbindelse med aftalens indgåelse eller sælgerens pligt til at advare forbrugeren om f.eks. visse egenskaber ved varen, egnetheden af de materialer, som forbrugeren har leveret, eller mulige ulemper som følge af specifikke anmodninger fra forbrugeren, f.eks. en anmodning fra forbrugeren om at anvende et særligt stof til skræddersyning af en selskabskjole.»

Her nevnes bl.a. selgerens plikt til å advare mot materialer som er levert av forbrukeren. Ifølge fortalen kan det fritt fastsettes slike forpliktelser for selgeren.

Det reiser seg imidlertid et spørsmål om direktivet også gir adgang til å ha regler som begrenser forbrukerens rett til å gjøre gjeldende mangelskrav i tilfeller der årsaken til mangelen er materialer levert av forbrukeren selv.

Regelen i § 16 fjerde ledd kan sies å være et utslag av det mer generelle vilkåret i § 26 om forbrukerens krav ved mangler, der det fremgår at forutsetningen er at det foreligger en mangel, «og dette ikke skyldes forbrukeren eller forhold på forbrukerens side», jf. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 61. Slik sett kan bestemmelsen anses som et uttrykk for den mer generelle risikofordelingen mellom forbrukere og selgere, som direktivet trolig ikke har ment å endre.

Departementet viser til at direktivet i artikkel 13 nr. 7 fastsetter at medlemsstatene kan regulere om og i hvilket omfang forbrukerens bidrag til mangelen berører forbrukerens rett til å gjøre gjeldende krav. At forbrukeren har levert materialer som har forårsaket mangelen ved tingen, antas å være et bidrag til mangelen som omfattes av denne adgangen til nasjonal regulering.

Samlet sett forstår departementet direktivet slik at regelen i § 16 fjerde ledd kan opprettholdes, og foreslår ikke endringer i bestemmelsen.

Forbrukerkjøpsloven § 15 annet ledd bokstav f

Etter § 15 annet ledd bokstav f skal tingen være i samsvar med offentligrettslige krav som stilles i lovgivningen eller offentlig vedtak i medhold av lov på den tid kjøpet inngås. At tingen skal være i samsvar med offentligrettslige krav, gjelder likevel ikke hvis forbrukeren har til hensikt å anvende tingen på en slik måte at kravet er uten betydning.

Direktivet har ingen bestemmelse som direkte gjelder overensstemmelse med offentligrettslige krav. Etter artikkel 7 nr. 1 bokstav a skal salgstingen passe til formålene som varer av samme type normalt blir brukt til. I den forbindelse skal det ifølge bestemmelsen blant annet tas hensyn til (der det er relevant) eksisterende EU-rett og nasjonal rett og tekniske standarder.

Reglene i direktivet om salgstingens krav til overensstemmelse skal harmoniseres, jf. bl.a. direktivets fortale punkt 10. Selv om direktivet ikke inneholder et helt

uttrykkelig krav om samsvar med offentligrettslige krav, kan departementet ikke se at en slik regel vil være i strid med direktivet. Direktivets fortale punkt 18 gir også støtte til en slik tolkning. Her uttales det:

«Dette direktiv bør ikke berøre nasjonal rett i den grad at de aktuelle spørsmålene ikke reguleres av dette direktiv, særlig med hensyn til varenes lovlighet, skadeserstatning og alminnelige avtalerettslige aspekter som en avtales utforming, gyldighet, ugyldighet eller virkning.»

Departementet legger til grunn at dette er et spørsmål som ikke reguleres av direktivet, og er noe man står fritt til å regulere i nasjonal rett. Det anses som en lite nærliggende tolkning at direktivet skulle stenge for en regel om at tingen skal være i samsvar med offentligrettslige krav. På denne bakgrunn antar departementet at direktivet gir adgang til å opprettholde § 15 annet ledd bokstav f og foreslår ikke endringer i bestemmelsen. Den er i lovforslaget videreført i § 15 tredje ledd bokstav e.

10.3 Særlig om mangler som skyldes uriktig installasjon

10.3.1 Gjeldende rett

Forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 har i artikkel 2 nr. 5 regler om mangler som følge av feilaktig installasjon. Artikkelen lyder slik (norsk oversettelse):

«Manglende avtalemessighet som skyldes uriktig installering av forbruksvaren, skal likestilles med manglende avtalemessighet for så vidt gjelder varer, når installering av varen inngår i salgavtalen for varen og varen ble installert av selger eller under dennes ansvar. Dette skal også gjelde dersom forbrukeren selv installerer en vare som er beregnet på det, og uriktig installering skyldes en mangel ved installasjonsveiledningen.»

(I 2019-direktivet artikkel 8 er det gitt stort sett tilsvarende regler, jf. punkt 10.3.2 nedenfor.)

Det fremgår av forarbeidene til forbrukerkjøpsloven at direktivbestemmelsen i artikkel 2 nr. 5 er ansett gjennomført i flere av lovens bestemmelser.

For det første følger det av § 16 første ledd bokstav d at tingen har en mangel dersom nødvendige opplysninger om installering, montering, bruk, stell og oppbevaring ikke følger med tingen. I Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 171 anses bestemmelsen å gjennomføre regelen i forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 2 nr. 5 annet punktum om at det anses som en mangel i tilfeller der forbrukeren selv installerer en vare som er beregnet på det, og den feilaktige installasjonen skyldes en mangel i installasjonsveiledningen.

For det annet følger det av § 18 tredje ledd at selgeren også svarer for en mangel som oppstår senere, dersom den skyldes kontraktsbrudd fra hans eller hennes side. Bakgrunnen for denne bestemmelsen fremgår på s. 176 i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002). Her gis det uttrykk for at selgeren etter avtalen kan ha plikter som går utover tidspunktet for risikoens overgang, for eksempel montering. I slike tilfeller vil selgeren kunne ha ansvar for mangler som oppstår etter risikoens overgang selv om dette ikke skyldes forsømmelse fra selgerens side. Ifølge forarbeidene bidrar bestemmelsen dermed til å oppfylle forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 2 nr. 5 første punktum om at selgeren har ansvar for mangler som følge av feilaktig installasjon i tilfeller der installasjon inngår i kjøpsavtalen og er utført av eller på vegne av selgeren.

I Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 58 reises det spørsmål om hva som er den selvstendige betydningen av denne regelen i direktivet. Det nevnes at bestemmelsen kan forstås på to måter. En forståelse er at «uriktig installering» utgjør et selvstendig grunnlag for å gjøre rettigheter etter direktivet gjeldende. En annen forståelse er at rettighetene etter direktivet kommer til anvendelse bare dersom selve varen er påført et avvik fra kravene til avtalemessig vare i direktivet artikkel 2. Mot en slik forståelse innvendes imidlertid at det er «vanskelig å se hvilken selvstendig betydning bestemmelsen i artikkel 2 nr. 5 første punktum skulle ha, med et mulig unntak for at det med bestemmelsen er ment å slå fast at selgeren har risikoen for avvik som oppstår etter at tingen er levert, sml. artikkel 3 nr. 1». Departementet legger i proposisjonen til grunn at den første forståelsen er den mest nærliggende.

For det tredje er det i § 26 tredje ledd gitt en regel som begrenser adgangen til å fravike lovens regler for installeringsforpliktelser som inngår i salgsavtalen. Bestemmelsen lyder slik:

«For andre feil ved selgerens oppfyllelse gjelder bestemmelsene om mangler så langt de passer. Partene kan avtale en annen løsning. Avtalefriheten gjelder likevel ikke for installeringsforpliktelser som inngår i salgsavtalen.»

Det fremgår av Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 178-179 at unntaket fra avtalefriheten for installeringsforpliktelser som inngår i salgsavtalen, er begrunnet i at forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 2 nr. 5 kan reise tvil om bestemmelsen bør kunne fravikes.

10.3.2 Direktivet

Artikkel 8 i 2019-direktivet gir regler om mangler ved tingen som skyldes feilaktig installasjon. Bestemmelsen fastsetter at i tilfeller som nevnt i bokstav a og b anses enhver mangel som følge av feilaktig installasjon av varene, som mangler ved varene.

Etter bokstav a gjelder dette hvis installasjonen er en del av kjøpsavtalen og ble utført av selgeren eller på selgerens vegne. Etter bokstav b gjelder det samme der installasjonen var ment å utføres av forbrukeren og ble utført av ham eller henne, og den feilaktige installasjonen skyldes mangler i installasjonsveiledningen som ble levert av selgeren. Dersom det er tale om varer med digitale elementer, gjelder tilsvarende også der informasjonsveiledning leveres av tilbyderen av det digitale innholdet eller den digitale tjenesten (i tillegg til av selgeren).

Direktivets regler er som nevnt i det vesentlige tilsvarende som i 1999-direktivet artikkel 2 nr. 5.

Når det gjelder vilkåret i bokstav b om at den uriktige installasjonen skyldes mangler i installasjonsveiledningen, er det i fortalepunkt 34 presisert at dette kan omfatte at veiledningen var ufullstendig eller ikke tilstrekkelig klar, noe som gjorde den vanskelig å bruke for den gjennomsnittlige forbruker. Bokstav b får altså ikke anvendelse bare på rene feil i veiledningen, men kan også omfatte at veiledningen ikke var klar og forståelig nok.

10.3.3 Departementets vurdering

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, har 2019-direktivet i det vesentlige tilsvarende regler om mangler ved uriktig installasjon som i 1999-direktivet. Selv om reglene i 1999-direktivets regler er ansett å være gjennomført i loven, vil

departementet foreslå at det gis en egen bestemmelse i loven som særskilt regulerer mangler som følge av uriktig installasjon. Bestemmelsene som finnes i gjeldende lov, innebærer en noe mer indirekte gjennomføring, slik at reguleringen av spørsmålet fremgår mer implisitt av loven.

Departementet viser til at feil knyttet til installering, er en praktisk problemstilling, ikke minst fordi ting som skal leveres sammen med en digital ytelse, normalt forutsetter installering. Det er grunn til å tro at spørsmål i forbindelse med installering i større grad kan oppstå nå enn tidligere. Dette taler for at loven bør klargjøre vilkårene for når feil som skyldes uriktig installasjon av tingen, kan utgjøre en mangel.

I tråd med direktivet foreslås at feil ved tingen som skyldes uriktig installasjon, anses som en mangel i de to typetilfellene som er nevnt i direktivbestemmelsen. For det første vil dette gjelde der installasjonen er del av kjøpsavtalen og ble utført av selgeren eller under selgerens ansvar. For det annet vil det foreligge mangel etter denne bestemmelsen der installasjonen var ment å utføres av forbrukeren og ble utført av ham eller henne, og den uriktige installasjonen skyldes mangler i installasjonsveiledningen som ble levert av selgeren. For ting som skal leveres sammen med en digital ytelse vil tilsvarende gjelde også der installasjonsveiledningen ble levert av tilbyderen av den digitale ytelsen (i tillegg til selgeren).

Et lovteknisk spørsmål er hvor i loven det er mest hensiktsmessig å plassere bestemmelsen. Som det fremgår ovenfor, foreslås det å oppheve gjeldende § 17. Departementet antar at bestemmelsen om mangler som skyldes uriktig installasjon, kan passe sammen med de andre bestemmelsene i kapittel 4 som angir når det foreligger en mangel, og foreslår at den inntas på den ledige plassen som oppstår dersom gjeldende § 17 oppheves. Når det gjelder den nærmere utformingen av bestemmelsen, vises det til lovforslaget § 17.

10.4 Særlig om tredjepersons rettigheter

10.4.1 Gjeldende rett

Etter forbrukerkjøpsloven § 15 annet ledd bokstav g skal tingen være fri tredjepersons rett i tingen, for eksempel eiendomsrett eller panterett. Likeså skal tingen være fri tredjepersons krav på å ha rett i tingen når dette bestrides, unntatt når kravet er klart ugrunnet.

Tredjepersons immaterialrettigheter er ikke nevnt i bestemmelsen. På dette punktet skiller forbrukerkjøpsloven seg fra kjøpslovens regler. I kjøpsloven § 41 om rettsmangler nevnes tredjemanns krav som bygger på immaterialrett særskilt i bestemmelsens fjerde ledd.

Det fremgår av forbrukerkjøpslovens forarbeider, Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 93-94, at det ble vurdert om krav fra tredjeperson med grunnlag i immaterialrettigheter burde tas inn i loven:

«Departementet har vurdert om kjøpslovens særlige bestemmelser om en tredjepersons krav grunnet på immaterialrett bør tas inn i forbrukerkjøpsloven. Dersom det ikke tas inn særlige bestemmelser, må lovens alminnelige regler gjelde i tilfeller hvor en tredjeperson gjør slike krav gjeldende.

At en tredjeperson har krav i tingen som bygger på immaterialrett, og at slike rettigheter, for eksempel opphavsrett eller patentrett, står i strid med det som er avtalt, er ikke upraktisk ved kjøpsavtaler. Ved vedtakelsen av kjøpsloven fant man derfor grunn til å regulere visse spørsmål i den forbindelse, jf Ot.prp.nr.80 (1986–1987) s. 42 første spalte. For en forbrukerkjøper vil det imidlertid sjelden være aktuelt å utnytte en gjenstand slik at den kommer i strid med en tredjepersons immaterialrett, siden privat bruk i liten utstrekning kommer i strid med immaterialrettighetene.

Etter departementets syn er det ikke tilstrekkelig grunn til å ta med et uttrykkelig krav til varen som svarer til kjøpsloven § 41 fjerde ledd, jf første ledd. Spørsmålet om det foreligger en mangel kan løses ut fra de generelle kriteriene i forslaget § 15 flg.

Etter departementets oppfatning er det i forbrukerforhold heller ikke avgjørende betenkeligheter forbundet med å la de alminnelige reglene om virkninger av at det foreligger mangler, gjelde også dersom det foreligger en mangel i form av et krav fra en tredjeperson som bygger på immaterialrett. Dette gjelder også det rent objektive erstatningsansvaret.»

Som det fremgår av de siterte uttalelsene fra forarbeidene, ble det ikke funnet tilstrekkelig grunn til å ta med krav bygget på immaterialrett i bestemmelsen. Dette ble hovedsakelig begrunnet i at en forbrukers private bruk av tingen sjelden vil komme i strid med immaterialrettigheter, og at spørsmålet om det foreligger en mangel, kan løses ut fra de generelle vilkårene i loven.

Tilsvarende uttales det i Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 246:

«Immaterialrettslige mangler kan ses på som en særegen form for rettsmangler. Det er likevel klart at de ikke er ment å være omfattet av bestemmelsen.»

10.4.2 Direktivet

Direktivet artikkel 9 gjelder mangel som følge av tredjepersons rettigheter i tingen. Her reguleres tilfeller der en begrensning som følge av krenkelse av tredjepersons rett hindrer eller begrenser bruken av varene i overensstemmelse med artikkel 6 og 7. I den forbindelse nevner artikkelen særlig immaterialrett. I disse tilfellene krever direktivet at medlemsstatene sikrer at forbrukeren har rett til å gjøre gjeldende befyelsene ved mangler som er fastsatt i artikkel 13. Dette gjelder med mindre det i nasjonal rett finnes regler om ugyldighet eller heving av kjøpekontrakten i slike tilfeller.

10.4.3 Departementets vurdering

Forbrukerkjøpsloven har som det fremgår ovenfor, en regulering av rettsmangler i § 15 annet ledd bokstav g, som innebærer at forbrukeren kan gjøre gjeldende tredjepersons rettigheter i tingen som mangel. Imidlertid omfatter bestemmelsen ikke immaterialrettigheter, som derimot er særlig nevnt i direktivet artikkel 9. Dette tilsier etter departementets vurdering at loven bør endres slik at immaterialrettigheter også omfattes av bestemmelsen om rettsmangler.

Videre kan det reises spørsmål om gjennomføring av direktivbestemmelsen krever ytterligere endringer enn å utvide anvendelsesområdet til også å omfatte immaterialrettigheter. Loven og direktivet er litt forskjellig utformet. Bokstav g gir anvisning på at tingen skal være fri både for tredjepersons rettigheter i den, og også krav fra en tredjeperson om å ha slik rett når dette bestrides, med mindre kravet er klart ugrunnet. Etter direktivet artikkel 9 er det i tilfeller der en

begrensning som følge av en krenkelse av tredjepersons rett, hindrer eller begrenser bruken av tingen i samsvar med artikkel 6 og 7, at forbrukeren skal kunne gjøre gjeldende mangelsbeføyelser. Mens bokstav g også omfatter krav fra en tredjeperson om å ha rett i tingen, med mindre kravet er klart ugrunnet, forutsetter direktivet at det foreligger en begrensning som følge av en krenkelse av tredjepersonens rett. Dette synes ikke å omfatte krav fra en tredjeperson som ikke viser seg å være rettmessig.

Ettersom direktivet ikke gir adgang til å opprettholde regler som avviker fra direktivet, med mindre det er særlig angitt, antar departementet at § 15 annet ledd bokstav g må endres på dette punktet.

Et ytterligere spørsmål er hvor i loven det er naturlig å plassere bestemmelsen om rettsmangler. Departementet legger til grunn at partene kan avtale at tingen skal selges med en tredjepersons rett i den. I den forbindelse kan det spørres om en slik avtale skal være undergitt kravene i artikkel 7 nr. 5, bl.a. at forbrukeren må ha blitt særlig opplyst om avviket og uttrykkelig og særskilt har akseptert det.

Departementet kan ikke se at det er holdepunkter for det. I artikkel 7 nr. 5 henvises det bare til nr. 1 og 3 i samme artikkel. Dermed er det ikke en naturlig tolkning at kravene også skal gjelde for artikkel 9. På denne bakgrunn foreslår departementet at bokstav g om rettsmangler tas ut av § 15 annet ledd og i stedet plasseres i § 16 første ledd bokstav d (der den gjeldende bestemmelsen foreslås opphevet).

I tråd med ovennevnte foreslås visse endringer for å sikre at bestemmelsen er i overensstemmelse med direktivet. Det foreslås at det foreligger en mangel etter bestemmelsen der bruken av tingen hindres eller begrenses som følge av krenkelse av en tredjepersons rett i tingen, for eksempel eiendomsrett, panterett eller immaterialrett. Forslaget innebærer at det klargjøres at immaterialrett omfattes av bestemmelsen ved at det nevnes som eksempel i tillegg til eiendomsrett og panterett. Videre innebærer forslaget en presisering av at hindringen eller begrensningen i bruken av tingen må følge av en krenkelse av en tredjepersons rett i tingen. Språklig kunne formuleringen «bruken av tingen hindres eller begrenses som følge av tredjepersons rett i tingen» være å foretrekke, men ettersom krenkelse («violation») er brukt i artikkel 9, foreslår departementet at tilsvarende formulering benyttes i loven. Det er også presisert at forutsetningen for at det foreligger mangel i slike tilfeller, er at ikke annet er avtalt. Det vises til lovforslaget § 16 første ledd bokstav d.

11 Forbrukerens krav ved mangler

11.1 Innledning – generelt om forbrukerens mangelskrav

11.1.1 Gjeldende rett

Hva som skal til for at tingen har en mangel, er regulert i forbrukerkjøpsloven kapittel 4, se punkt 10. Beføyelsene forbrukeren da har til sin disposisjon, er inntatt i kapittel 6, og det er gitt en oversikt over dem i § 26 første ledd. Samme sted er det presisert at forbrukeren ikke kan gjøre mangelen gjeldende hvis den skyldes «forbrukeren eller forhold på forbrukerens side». Dette forbeholdet bidrar til å fordele risikoen for ulike oppfyllelsesavvik mellom partene. Forarbeidene

nevner som eksempel på noe som omfattes av dette, at forbrukeren før risikoens overgang skader gjenstanden, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 178.

Forbrukerkjøpsloven kapittel 6 og § 26 har en struktur man kjenner igjen fra annen kontraktslovgivning. Selv om det er gitt en oversikt over beføyelsene i § 26, må man til de enkelte bestemmelsene for de nærmere vilkårene. Forbrukerens tilbakeholdsrett følger av § 28, mens avhjelp er regulert i §§ 29 og 30. På hvilke vilkår forbrukeren kan kreve prisavslag og heving, følger av §§ 31 og 32, mens erstatning er regulert i § 33.

Forbrukerens beføyelser ved mangler bygger på et trinnvis system, hvor han eller hun i utgangspunktet har krav på retting eller omlevering. Prisavslag og heving kommer først på tale der mangelen ikke blir avhjulpet. Forbrukeren kan kreve erstatning uavhengig av hvilke andre krav som gjøres gjeldende, se § 26 annet ledd.

Reglene i kapittel 6 bygger på og gjennomfører 1999-direktivet, og da særlig artikkel 3. I artikkel 3 er det gitt regler om blant annet avhjelp, prisavslag og heving. For mer informasjon om 1999-direktivet artikkel 3 vises det til Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 121–125.

Forbrukerkjøpsloven § 26, i likhet med § 19, bygger på et skille mellom selgerens hovedforpliktelse og andre forpliktelser etter kjøpet, sml. første og tredje ledd. Selgerens hovedforpliktelse vil være å overgi eiendomsretten til en kontraktsmessig ting til rett tid. Selgerens andre forpliktelser reguleres av § 26 tredje ledd, som omtaler «andre feil ved selgerens oppfyllelse». Slike biforpliktelser kan være av ulik karakter, for eksempel å sørge for transport, montering eller opplæring. Biforpliktelsene må kunne forankres i en kjøpsavtale som omfattes av forbrukerkjøpsloven, for at lovens bestemmelser skal komme til anvendelse.

Forbrukerkjøpsloven § 26 tredje ledd første punktum bestemmer at reglene om mangler gjelder for andre feil ved selgerens oppfyllelse «så langt de passer». Etter annet punktum kan partene avtale noe annet. Tredje punktum bestemmer at avtalefriheten likevel ikke gjelder for «installeringsforpliktelser som inngår i salgsavtalen». Unntaket for installeringsforpliktelser har bakgrunn i forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 2 nr. 5, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 178–179.

11.1.2 Direktivet

Direktivets artikkel 13 nr. 1 bestemmer at dersom ytelsen er mangelfull, så har forbrukeren «ret til at få varen bragt i overensstemmelse eller at få et forholdsmessig afslag i prisen eller at ophæve aftalen på de betingelser, der er fastsat i denne artikkel». På hvilke vilkår de ulike beføyelsene kan gjøres gjeldende, bestemmes i resten av artikkel 13.

Direktivet bygger i likhet med forbrukerkjøpsloven på et trinnvis system, der forbrukeren i utgangspunktet bare har krav på avhjelp, mens man først på nærmere vilkår kan kreve prisavslag og heve. Hvordan avhjelp skal skje, er for øvrig regulert i artikkel 14, mens det er gitt regler om prisavslag i artikkel 15 og heving i artikkel 16.

Som omtalt i blant annet punkt 1 og 3, er direktivet totalharmoniserende. Det vil si at medlemsstatene i utgangspunktet ikke kan fastsette lempeligere eller strengere regler enn det som følger av direktivet, med mindre noe annet er særskilt fastsatt, jf. artikkel 4.

Det er imidlertid ikke alle forhold som er regulert av direktivet, og medlemslandene vil da kunne ha særlige regler. I fortalens punkt 18 fremgår følgende:

«Dette direktiv bør ikke berøre nationalret, i det omfang de pågående spørsmål ikke er regulert av dette direktiv, navnlig for så vidt angår varenes lovlighet, erstatning og generelle aftaleretlige aspekter såsom indgåelse, gyldighet, ugyldighet eller virkninger av aftaler. Det samme bør gjelde for konsekvensene av at oppheve aftalen og for visse aspekter angående afhjælpning og omlevering, som ikke er regulert av dette direktiv. I forbindelse med reguleringen av parters ret til at unnlade at oppfylde deres forpliktelse eller en del deraf, indtil den anden part oppfylder sine forpliktelse, bør medlemsstatene stadig frit kunne regulere betingelserne og reglerne for, at forbrukeren kan tilbakeholde betalingen af prisen.»

Det kan være krevende å avgjøre om direktivet overlater reguleringen av et spørsmål til medlemsstatene, eller om det må anses for å være uttømmende regulert i direktivet. Særlig er dette tilfellet for reglene i forbrukerkjøpsloven som ikke har noen parallell i direktivet. Det kan i slike tilfeller hevdes at siden direktivet ikke inneholder regler om vedkommende spørsmål, må det være opp til medlemsstatene å regulere. Samtidig kan argumentet ofte snus. Det at direktivet ikke inneholder slike regler, kan også tilsi at det heller ikke er tillatt for medlemsstatene. Se også Selvig og Lilleholt: Kjøpsrett til studiebruk (6. utgave) s. 187 og 246. I noen tilfeller kan fortalen bidra til å kaste lys over slike spørsmål. Andre ganger er det lite veiledning å hente.

Fortalens punkt 47 gir uttrykk for at direktivet totalharmoniserer hvilke mangelsbeføyelser forbrukeren har til disposisjon og på hvilke vilkår de kan gjøres gjeldende. Punkt 47 lyder slik:

«For at øge retssikkerheden og fjerne en af de største hindringer, der står i vejen for det indre marked, bør dette *direktiv fuldt ud harmonisere de beføjelser*, som forbrugere har adgang til i tilfælde af en mangel ved varerne, og *betingelserne for udøvelse af sådanne beføjelser*. I tilfælde af mangler bør forbrugere navnlig have ret til at få varen bragt i overensstemmelse, at få et forholdsmæssigt afslag i prisen eller at oppheve aftalen.» (Vår kursivering.)

Noen forhold bestemmer direktivet uttrykkelig at det er opp til medlemsstatene å regulere. For eksempel fastsetter artikkel 13 nr. 6 at forbrukeren har rett til å utøve tilbakeholdsrett, men at det er opp til medlemsstatene å fastsette de nærmere betingelsene for dette. Direktivet slår også fast i artikkel 3 nr. 6 at det ikke regulerer erstatningsansvaret.

Etter artikkel 3 nr. 7 første punktum kan medlemsstatene gi forbrukerne en rett til å velge en spesifikk beføyelse hvis mangelen viser seg innen 30 dager etter levering. Et eksempel kan være at forbrukeren kan avvise tingen og anse avtalen som hevet eller umiddelbart kreve ytelsen omlevert, se fortalens punkt 19. I artikkel 3 nr. 7 annet punktum er det også åpnet for nasjonale regler som «ikke gjelder spesifikt for forbrugeravtaler, og som gir spesifikke beføyelser i forbindelse med visse typer mangler, der ikke var synlige på tidspunktet for

købsaftalens indgåelse». Se nærmere Lilleholt: «A Half-built House? The New Consumer Sales Directive Assessed as Contract Law», *Juridica International*, 28, 2019, s. 3-8 (<https://doi.org/10.12697/JI.2019.28.01>).

Til slutt følger det av artikkel 13 nr. 7 at medlemsstatene bestemmer om og i hvilket omfang «forbrukerens bidrag til manglen berører forbrukerens ret til beføjelser».

11.1.3 Departementets vurdering

Både forbrukerkjøpsloven og direktivet bygger på et trinnvis system, og det er ikke behov for noen større strukturelle endringer i forbrukerkjøpsloven kapittel 6. Også § 26 første og annet ledd kan videreføres. Forbeholdet om at mangelen ikke må skyldes forbrukeren eller forhold på hans eller hennes side er i samsvar med direktivet, jf. artikkel 13 nr. 7.

Når det gjelder reguleringen av biforpliktelser i § 26 tredje ledd, legger departementet til grunn at denne kan videreføres. Direktivet regulerer i tillegg til «købsavtaler», jf. artikkel 3 nr. 1, enkelte biforpliktelser, som installering, jf. artikkel 8. Biforpliktelser som ikke omfattes av direktivet, legger departementet til grunn at medlemsstatene står fritt til å regulere. Det kan her også vises til fortalens punkt 17, hvor det heter at dersom en avtale inneholder elementer med både salg av varer og levering av tjenester, bør spørsmålet om hele avtalen kan klassifiseres som en kjøpsavtale, overlates til nasjonal rett. Da bør det også være slik at medlemsstatene selv kan avgjøre hvordan de ønsker å regulere tjenesteelementet i en kombinert avtale.

Departementet foreslår imidlertid å oppheve unntaket fra avtalefriheten for installeringsforpliktelser i § 26 tredje ledd tredje punktum. Det skyldes at feil etter uriktig installering anses som en mangel etter lovforslaget § 17. Det som i dag følger av § 26 tredje ledd tredje punktum, vil etter forslaget være regulert av § 17, jf. § 3.

Det foreslås for øvrig ikke å benytte de mulighetene for nasjonale tilpasninger som ligger i artikkel 3 nr. 7. Departementet mener direktivets øvrige regler i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til forbrukeren.

11.2 Tilbakeholdsrett

Forbrukerens tilbakeholdsrett ved mangler følger av forbrukerkjøpsloven § 28. Regelen bestemmer at forbrukeren kan holde tilbake betalingen som sikkerhet for krav som følge av mangelen. Det kan ikke holdes tilbake åpenbart mer enn det som vil gi betryggende sikkerhet for kravet. Har forbrukeren betalt hele kjøpesummen, er det ikke lenger noe å utøve tilbakeholdsrett med, og regelen forutsetter altså at noe av kjøpesummen er i behold.

I direktivet er forbrukerens tilbakeholdsrett regulert i artikkel 13 nr. 6. Etter første punktum kan forbrukeren holde tilbake betalingen eller en del av den frem til selgeren har oppfylt sine forpliktelser etter direktivet. Annet punktum lar det være opp til medlemsstatene å fastsette de nærmere betingelsene og reglene for tilbakeholdsretten. Det samme fremgår av fortalens punkt 18.

Departementet legger derfor til grunn at forbrukerkjøpsloven § 28 er i tråd med direktivet og kan videreføres.

11.3 Avhjelp – retting og omlevering

11.3.1 Innledning

Avhjelp er regulert i forbrukerkjøpsloven §§ 29 og 30. Systemet er slik at § 29 første og annet ledd bestemmer når forbrukeren har krav på avhjelp, og hvilken type avhjelp som kan kreves, mens tredje ledd regulerer selgerens adgang til å tilby avhjelp. I § 30 er det bestemt hvordan avhjelp skal skje. Begrepet avhjelp favner om både retting og omlevering. Retting innebærer at selgeren reparerer tingen, slik at den igjen blir kontraktsmessig, mens omlevering innebærer at selgeren leverer en annen kontraktsmessig ting. Dette viser hvordan avhjelp ligger i forlengelsen av et krav på naturaloppfyllelse. Forbrukerkjøpsloven § 29 første og annet ledd og § 30 første ledd gjennomfører deler av artikkel 3 nr. 2 og 3 i 1999-direktivet.

2019-direktivet har regler om avhjelp i artikkel 13 og 14. Artikkel 13 nr. 2 og 3 regulerer når forbrukeren har krav på avhjelp, mens artikkel 14 bestemmer hvordan avhjelpen skal skje.

11.3.2 Vilkårene for avhjelp

11.3.2.1 Gjeldende rett

Det er i utgangspunktet ingen andre krav for avhjelp enn at det foreligger en mangel som ikke skyldes forhold forbrukeren svarer for, jf. forbrukerkjøpsloven §§ 26 og 29. Hovedregelen er at forbrukeren selv kan velge mellom å kreve at selgeren «sørger for retting av mangelen eller leverer tilsvarende ting (omlevering)», jf. § 29 første ledd første punktum. Fra dette er det unntak i annet punktum, hvor det heter at dette ikke gjelder hvis «gjennomføring av kravet er umulig eller volder selgeren urimelige kostnader».

Forbrukeren kan derfor ikke kreve retting eller omlevering hvis dette er «umulig» eller «volder selgeren urimelige kostnader». Disse begrensningene gjennomfører 1999-direktivet artikkel 3 nr. 3. Som eksempel på at retting eller omlevering er umulig, nevner forarbeidene at det ikke eksisterer reservedeler, eller at tingen var brukt, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 183.

Når det gjelder spørsmålet om kravet volder «selgeren urimelige kostnader», er det gitt retningslinjer for vurderingen i § 29 annet ledd. Det heter der at det skal «særlig legges vekt på verdien av en mangelfri ting, mangelens betydning og om andre beføyelser kan gjennomføres uten vesentlig ulempe» for forbrukeren. Uttrykket «særlig» viser at det også kan legges vekt på andre momenter enn de som er nevnt, men at man skal ta spesielt hensyn til disse.

Departementet viser ellers til dommen i Rt. 2006 s. 179 (Støvlethældommen) hvor spørsmålet var om en forbruker kunne kreve omlevering av et par mangelfulle støvletter eller om hun bare hadde krav på å få dem rettet. Høyesterett kom til at forbrukeren måtte nøye seg med retting. Dommen gir veiledning for vurderingen etter § 29 annet ledd. For øvrig vises det til Ot.prp. 44 (2001–2002) s. 128–129 og 182–184.

Forbrukerkjøpsloven § 29 tredje ledd regulerer selgerens defensive avhjelpsrett. Selgeren kan ved å tilby avhjelp avverge forbrukerens krav om prisavslag og heving. Det heter der at «[s]elv 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».

Det er et vilkår at selgerens tilbud om avhjelp kommer «uten opphold», jf. § 29 tredje ledd første punktum. Det forutsettes i forarbeidene at fristen begynner å løpe idet forbrukeren reklamerer, men at selgeren også «må ha adgang til å bruke noe tid til å undersøke salgsgjenstanden, for eksempel for å finne ut om det foreligger en mangel eller hvor omfattende mangelen er», jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 184. Overholder ikke selgeren fristen, kan forbrukeren i stedet heve eller kreve prisavslag.

Konsekvensen av selgerens defensive avhjelpsrett fremgår av forbrukerkjøpsloven § 29 tredje ledd annet punktum. Avhjelper selgeren mangelen, kan ikke forbrukeren kreve prisavslag eller heve. Også hvis forbrukeren avslår et krav om avhjelp som oppfyller lovens kriterier, er prisavslag og heving avskåret, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 184.

11.3.2.2 Direktivet

Hovedregelen etter direktivet er at forbrukeren har rett til å velge om mangelen skal rettes eller tingen omleveres, se artikkel 13 nr. 2. Fra dette utgangspunktet er det gjort unntak i artikkel 13 nr. 2 og 3.

For det første gjelder ikke forbrukerens valgrett hvis den valgte beføyelse er «umulig», jf. artikkel 13 nr. 2.

For det andre har ikke forbrukeren rett til å velge en beføyelse som påfører selgeren «uforholdsmessig store» kostnader. Ordlyden viser at vurderingen tar utgangspunkt i forholdet mellom kostnadene ved retting og omlevering, jf. hvilke kostnader «den valgte beføyelse» vil påføre selgeren «i forhold til den anden beføyelse». Både forholdstallet mellom kostnadene og forskjellen i kroner og øre er her relevant.

Samtidig viser uttrykket «under hensyn til alle omstendigheter» i artikkel 13 nr. 2 at spørsmålet beror på en helhetsvurdering. Samme sted i bokstav a til c er det listet opp retningslinjer i denne vurderingen. Disse er en videreføring av 1999-direktivet, se dets artikkel 3. Det skal legges vekt på «den verdi, varen ville have, hvis den var mangelfri», «mangelens betydning» og «om den alternative beføyelse kunne foretages uten væsentlig ulempe for forbrukeren».

Det kan legges vekt på mer enn dette. I fortalens punkt 48 fremgår det blant annet at forbrukerens mulighet til å kreve retting bør fremme et bærekraftig forbruk og kan bidra til at produktene får lengre varighet. Samme sted er det nevnt som eksempel at det kan være uforholdsmessig å kreve omlevering av et produkt som har en mindre skrape, hvor omleveringen vil medføre betydelige omkostninger og skrapen lett kan utbedres.

For det tredje inneholder direktivet en absolutt grense for selgerens plikt til å avhjelpe mangelen. Forbrukeren har overhodet ikke krav på avhjelp hvis både retting og omlevering er «umulig» eller vil påføre selgeren «uforholdsmessig store» kostnader, jf. artikkel 13 nr. 3. I slike tilfeller kan selgeren avvise å avhjelpe mangelen. Her dreier fokuset over på om kostnadene ved avhjelp som sådan er urimelige. Også dette beror på en helhetsvurdering, jf. «under hensyn til alle omstendigheter». Det nevnes spesielt at det skal legges vekt på «den verdi,

varen ville have, hvis den var mangelfri» og «manglens betydning» som nevnt i artikkel 13 nr. 2 bokstav a og b. Siden dette ikke er en vurdering hvor fokuset er på forholdet mellom retting og omlevering, vises det ikke til artikkel 13 nr. 2 bokstav c.

Artikkel 13 nr. 3 omfatter også det tilfellet at retting er umulig, mens omlevering vil påføre selgeren uforholdsmessig store kostnader, og motsatt, jf. fortalens punkt 49. Samme sted nevnes det som eksempel at dersom varene befinner seg et annet sted enn der de ble levert, kan omkostningene ved frakt bli uforholdsmessig store.

11.3.2.3 Departementets vurdering

Forbrukerens krav på avhjelp og rett til å velge mellom retting og omlevering etter forbrukerkjøpsloven § 29 første ledd første punktum er i samsvar med forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 13 nr. 2. Det foreslås derfor ingen endring i § 29 første ledd første punktum.

Forbrukerkjøpsloven § 29 første ledd annet punktum inneholder som nevnt unntak fra dette og bestemmer at første punktum ikke gjelder hvis «gjennomføring av kravet er umulig eller volder selgeren urimelige kostnader».

I direktivet er unntakene fra forbrukerens krav på avhjelp regulert i artikkel 13 nr. 2 og 3. Nr. 2 gir som nevnt over uttrykk for en relativ grense, hvor vurderingen tar utgangspunkt i forholdet mellom kostnadene ved retting og omlevering, mens nr. 3 inneholder en absolutt grense for selgers avhjelpsplikt, hvor fokuset dreier over på kostnadene som sådan.

Ordlyden i § 29 første ledd annet punktum er utformet for å dekke begge disse situasjonene, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 122–123. I så måte kan det anføres at det ikke er nødvendig å foreslå noen endringer. Ved å regulere begge situasjonene ett sted unngår man også noen gjentakelser.

Departementet foreslår likevel å gjennomføre direktivets artikkel 13 nr. 2 og 3 i to forskjellige ledd, nærmere bestemt som § 29 annet og tredje ledd. Regelverket blir mer oversiktlig og presist hvis situasjonene reguleres hver for seg, og det vil bedre vise tilknytningen til direktivets regler. Viktigst er det at man derved får bedre frem at utgangspunktet for vurderingene skiller seg litt. Det sentrale etter artikkel 13 nr. 2 er forholdet mellom kostnadene ved retting og omlevering, mens det etter artikkel 13 nr. 3 er kostnadene ved avhjelp som står i fokus.

Selv om reglene i artikkel 13 nr. 2 og 3 er formulert noe annerledes enn 1999-direktivet, legger departementet til grunn at det ikke innebærer større endringer i vurderingene. Spørsmålet er fortsatt om kostnadene er uforholdsmessige, og momentene det skal legges vekt på i bokstav a til c, er en ordrett videreføring av 1999-direktivet. 2019-direktivet er imidlertid enda klarere på at det skal foretas en helhetsvurdering, hvor også andre momenter enn de nevnte kan komme i betraktning.

Departementet foreslår også noen språklige endringer i forbrukerkjøpsloven § 29 annet og tredje ledd, slik at lovteksten bedre reflekterer direktivets regler, se nærmere bestemmelsens merknader.

Regelen om selgerens defensive avhjelpsrett i § 29 tredje ledd har ingen direkte parallell i direktivet, og det er derfor et spørsmål om regelen lar seg videreføre. Regelen har heller ikke noen parallell i 1999-direktivet. I Ot.prp. nr. 44 (2001–

2002) s. 123–124 ble regelen likevel ansett å være i tråd med direktivet. Departementet antar at det i stor utstrekning fortsatt er tilfellet.

Regelen innebærer at selgeren ved å tilby avhjelp kan avverge forbrukerens krav om prisavslag og heving. Den kommer inn i forskjellige situasjoner, se Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 471. Den første er hvor forbrukeren kun har fremmet en nøytral reklamasjon. I slike tilfeller må det være i tråd med direktivet at selgeren kan tilby avhjelp, som er det forbrukeren i utgangspunktet har krav på. Det samme er tilfellet hvor forbrukeren har krevd prisavslag eller heving uten at vilkårene for det er oppfylt. Selgerens tilbud kan imidlertid ikke avskjære forbrukerens rett til å velge mellom retting og omlevering, som er i behold.

En annen situasjon er hvor forbrukeren ikke har krav på avhjelp fordi det vil innebære uforholdsmessige kostnader. Spørsmålet er om det er i tråd med direktivet at selgerens tilbud også i disse tilfellene avskjærer forbrukerens ønske om prisavslag eller heving.

Det ble i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 123–124 lagt til grunn at dette er forenlig med 1999-direktivet. Departementet antar at det samme er tilfellet for 2019-direktivet. Det vises her til at forbrukeren har krav på prisavslag eller heving først hvis selgeren «ikke [har] foretaget afhjælpning eller omlevering», jf. artikkel 13 nr. 4. Retten til prisavslag eller heving utløses ikke av at avhjelp påfører selgeren uforholdsmessige kostnader – den inntreder først der avhjelp ikke finner sted. Videre er reglene i artikkel 13 nr. 2 og 3 gitt for å beskytte selgeren, og det er ingen grunn til at selgeren ikke skal kunne gi avkall på denne beskyttelsen. Det antas på denne bakgrunn at regelen i hovedsak er i tråd med direktivet.

Departementet antar derimot at kravet om at selgerens tilbud må komme «uten opphold» etter § 29 tredje ledd første punktum, må oppheves.

Direktivet inneholder ikke noe krav om at selgeren må tilby avhjelp uten opphold etter at forbrukeren har gjort selgeren oppmerksom på mangelen. Det krever bare at avhjelp gjennomføres innen «rimelig tid fra det tidspunkt, hvor sælgeren er blevet underrettet af forbrugeren om manglen», jf. artikkel 14 nr. 1 bokstav b. Se også fortalens punkt 50.

Siden direktivet i utgangspunktet totalharmoniserer reglene om forbrukerens mangelsbeføyelser og vilkårene for å gjøre dem gjeldende, legger departementet til grunn at man ikke kan videreføre et slikt krav.

Vilkåret om at tilbudet må komme «uten opphold», tvinger selgeren på banen. Siden det kan bidra til en raskere situasjonsavklaring, kan det synes uheldig at vilkåret ikke videreføres.

Samtidig antar departementet at dette formålet i stor grad ivaretas av regelen i artikkel 13 nr. 4 bokstav d, som bestemmer at forbrukeren kan kreve prisavslag eller heve hvis selgeren har tilkjennegitt at han eller hun «ikke vil bringe varen i overensstemmelse inden for en rimelig tid». Se nærmere punkt 11.4 nedenfor.

Forbrukeren må altså ikke vente til det har gått rimelig tid med å heve eller kreve prisavslag. Drøyer selgeren unødvendig med å gi uttrykk for at han eller hun vil avhjelpe mangelen, må det kunne forstås som at vedkommende har tilkjennegitt at avhjelp ikke vil finne sted innen rimelig tid. Det følger nemlig av fortalens punkt 55 at hva som bør betraktes som «rimelige tid til at foretage en afhjælpning eller

omlevering, bør svare til den kortest mulige tid, der er nødvendig for at foretage afhjælpningen eller omleveringen». Denne fristen vil sjeldent kunne oppfylles hvis selgeren utviser unødvendig sendrektighet. Departementet antar på denne bakgrunn at forslaget ikke vil innebære store endringer i rettstilstanden.

11.3.3 Gjennomføring av avhjelp

11.3.3.1 Gjeldende rett

Forbrukerkjøpsloven § 30 inneholder nærmere regler om hvordan avhjelp skal skje. Første ledd oppstiller fire grunnleggende krav til selgerens avhjelp. Annet ledd bestemmer at selgeren i utgangspunktet har to avhjelpsforsøk for samme mangel. Etter tredje ledd har forbrukeren på nærmere vilkår krav på en erstatningsgjenstand mens tingen avhjelpes. Fjerde ledd bestemmer når selgeren kan kreve at forbrukeren betaler et undersøkelsesgebyr.

De fire grunnleggende kravene til hvordan avhjelp skal gjennomføres i første ledd kan gli litt over i hverandre, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 185. Det fremgår der at avhjelp for det første skal skje «uten kostnad» for forbrukeren. Dette omfatter enhver kostnad forbundet med avhjelpen, som for eksempel forsendelses-, arbeids- og materialkostnader, jf. 1999-direktivet artikkel 3 nr. 4. Regelen er ikke til hinder for at forbrukeren kan måtte legge ut, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 185. Vilkåret bidrar til å gjennomføre 1999-direktivet artikkel 3 nr. 3 første ledd.

For det andre skal avhjelp skje «uten vesentlig ulempe» for forbrukeren. Vurderingen tar utgangspunkt i forbrukeren og hvordan avhjelp påvirker ham eller henne. Noen ulemper må forbrukeren finne seg i. Det er sjeldent til å unngå, siden bare det å unnvære tingen som regel vil føre med seg ulemper. Det følger av 1999-direktivet artikkel 3 nr. 3 at det i denne vurderingen særlig skal ses hen til «varens art» og «forbrukerens formål med å anskaffe varen», jf. også Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 185. Vilkåret bidrar til å gjennomføre 1999-direktivet artikkel 3 nr. 3 tredje ledd.

Dette vilkåret bygger også på en forutsetning om at forbrukeren har en viss plikt til å medvirke til avhjelpen. For eksempel kan forbrukeren etter omstendighetene være nødt til å sørge for at tingen blir sendt til reparasjon, se NOU 1993: 27 s. 132 og Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 481 følgende.

For det tredje må avhjelp skje «innen rimelig tid». Ordlyden angir ikke når fristen begynner å løpe, men det fremgår av Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 186 at «fristen må regnes fra det tidspunktet kjøperen krever retting eller omlevering, eventuelt fra det tidspunktet kjøperen aksepterer selgerens tilbud om retting eller omlevering». Fristen avbrytes idet mangelen er avhjulpet. Når det gjelder fristens lengde, beror den etter ordlyden på en bred vurdering. I forarbeidene heter det at dette «blant annet [må] vurderes ut fra varens art og forbrukerens formål med å anskaffe varen, jf. forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr. 3 tredje ledd. Det må også tas hensyn til mangelens art», se Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 185. Vilkåret bidrar til å gjennomføre 1999-direktivet artikkel 3 nr. 3 tredje ledd.

Til slutt er det et krav i § 30 første ledd at avhjelp skal skje «uten risiko for at forbrukeren ikke får dekket sine utlegg av selgeren». Regelen forutsetter at forbrukeren kan måtte legge ut. Se nærmere Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 186 med videre henvisninger til NOU 1993: 27 s. 131. Dette kravet har ingen parallell i 1999-direktivet.

I § 30 annet ledd er det bestemt at selgeren «ikke [har] rett til å foreta mer enn to avhjelpsforsøk for samme mangel, med mindre det foreligger særlige grunner som gjør at ytterligere avhjelp er rimelig». Det kan synes nærliggende å tolke regelen antitetisk, slik at selgeren alltid har rett til å foreta to avhjelpsforsøk, men det skal den ikke, jf. NOU 1993: 27 s. 135. En slik regel ville òg vært i strid med 1999-direktivet. Regelen er ment som et utgangspunkt for hvor mange avhjelpsforsøk forbrukeren må tåle, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 132. Dette betyr at selgeren ikke har krav på to avhjelpsforsøk hvis det vil innebære at avhjelp ikke skjer «innen rimelig tid» eller «uten vesentlig ulempe», jf. første ledd.

Forbrukeren har på nærmere vilkår krav på en erstatningsgjenstand mens tingen avhjelpest etter § 30 tredje ledd. I første punktum heter det at «[h]vis selgerens avhjelp vil medføre at forbrukeren i mer enn en uke vil bli avskåret fra å bruke tingen, kan forbrukeren kreve å få stilt en erstatningsgjenstand til rådighet for selgerens regning». Denne retten er imidlertid underlagt en begrensning i annet punktum, hvor det heter at dette «gjelder likevel bare hvis kravet fremstår som rimelig sett i forhold til forbrukerens behov og den kostnad eller ulempe som selgeren påføres». Ordlyden viser at det må foretas en avveining mellom forbrukerens behov og hva det vil kreve av selgeren. Det vises ellers til NOU 1993: 27 s. 136–138 og Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 132–133.

Det er for øvrig presisert i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 187 at denne regelen i tredje ledd ikke utelukker at det kan være en vesentlig ulempe for forbrukeren å måtte være uten salgsgjenstanden selv om avhjelpen tar mindre enn en uke.

Hvis selgeren undersøker tingen etter at forbrukeren har reklamert, og det viser seg at det ikke foreligger noen mangel ved den likevel, oppstår spørsmålet om hvem som skal bære undersøkelseskostnadene. Dette reguleres av § 30 fjerde ledd. Det heter der at selgeren bare kan kreve utgifter til undersøkelse og reparasjon erstattet av forbrukeren, hvis han eller hun på forhånd er gjort uttrykkelig oppmerksom på det.

11.3.3.2 *Direktivet*

Direktivets artikkel 14 inneholder nærmere regler om avhjelp og hvordan det skal gjennomføres. For det første skal avhjelp etter artikkel 14 nr. 1 bokstav a være «gratis». Dette uttrykket er definert i artikkel 2 nr. 14 som «fri for de omkostninger, der er nødvendige for at bringe varene i overensstemmelse, navnlig forsendelses- eller transportomkostninger, arbeidsløn eller materialeomkostninger».

For det annet skal avhjelp skje «inden for en rimelig tid fra det tidspunkt, hvor sælgeren er blevet underrettet af forbrugeren om manglen», jf. artikkel 14 nr. 1 bokstav b. Dette er nærmere utdypet i fortalens punkt 55, hvor det fremgår at vilkåret skal beskytte forbrukeren mot for lange forsinkelser. Om fastsettelsen av «rimelig tid», heter det at det bør «svare til den kortest mulige tid, der er nødvendig for at foretage afhjælpingen eller omleveringen. Denne tid bør fastsættes objektivt under hensyntagen til varens art og kompleksitet, manglens art og alvor og den indsats, der er nødvendig for at foretage afhjælping eller omleveringen». Det heter også i fortalens punkt 55 at medlemsstatene kan bestemme hva som skal anses som rimelig tid til retting eller omlevering for spesielle produkter.

For det tredje skal avhjelp skje «uden væsentlig ulempe for forbrukeren under hensyntagen til varens art og forbrukerens formål med at anskaffe varen», jf. artikkel 14 nr. 1 bokstav c. Bestemmelsen tar sikte på hvordan avhjelp påvirker forbrukeren, og ordlyden viser at han eller hun må tåle visse ulemper. Hvor grensen går, må altså ses i lys av varens art og forbrukerens formål med tingen. De ulemper som må anses for å være vesentlige overfor én forbruker, behøver ikke å være det overfor andre. Ordlyden åpner for at det kan legges vekt også på andre momenter.

Siden disse tre kravene i stor grad er en ordrett videreføring av 1999-direktivet artikkel 3 nr. 3, antar departementet at også rettstilstanden i all hovedsak videreføres.

Artikkel 14 nr. 2 første punktum regulerer forbrukerens plikter ved avhjelp. Hvis selgeren skal avhjelpe mangelen, skal «forbrukeren stille varen til rådighet for sælgeren». Bestemmelsen oppstiller en medvirkningsplikt for forbrukeren. Hvor forbrukeren skal stille tingen til rådighet, sier bestemmelsen imidlertid ingenting om. Et stykke på vei kan nok dette reguleres av medlemsstatene, jf. fortalens punkt 18 og 56. Noen begrensninger følger også av at avhjelp skal skje i samsvar med kravene i artikkel 14 nr. 1, det vil si blant annet uten vesentlig ulempe.

I artikkel 14 nr. 2 annet punktum er det presisert at «sælgeren skal for egen regning tage den vare tilbage, der er sket omlevering for». Det følger nok også av at avhjelp skal være «gratis», jf. artikkel 14 nr. 1 bokstav a. Departementet antar at regelen i tillegg innebærer at selgeren ved omlevering er nødt til å ta den mangelfulle varen tilbake og ikke kan la det bli opp til forbrukeren å kvitte seg med den.

Artikkel 14 nr. 3 presiserer avhjelpspliktens omfang. Det heter der at dersom det er nødvendig for avhjelp, skal selgeren demontere den mangelfulle tingen og installere en rettet eller omlevert ting. Dette gjelder likevel bare dersom tingen er installert i tråd med sin art og formål før mangelen ble synlig. Regelen lyder slik:

«Såfremt en afhjælpning kræver fjernelse af en vare, der er blevet installeret under hensyn til dens art og formål, inden mangelen blev synlig, eller såfremt den pågældende vare skal omleveres, omfatter pligten til at afhjælpe eller omlevere varen fjernelse af den mangelfulde vare og installation af ombytningsvarer eller afhjulpne varer eller afholdelse af disse fjernelses- og installationsomkostninger.»

Regelen bygger på EU-domstolens avgjørelser i C-65/09 *Weber* og C-87/09 *Putz*. Spørsmålet i disse sakene var blant annet om artikkel 3 nr. 2 og 3 i 1999-direktivet krever at en selger som har levert en mangelfull vare, skal sørge for demontering av den mangelfulle varen og installering av en omlevert vare. Sakene gjaldt kjøp av fliser og en vaskemaskin. EU-domstolen konkluderte med at selgeren hadde en plikt til enten selv å forestå dette arbeidet eller bære kostnadene ved det.

Til slutt følger det av artikkel 14 nr. 4 at forbrukeren ikke skal måtte betale for «normal bruk av den omleverte vare i tiden forud for omleveringen». Det er presisert i fortalens punkt 57 at bruken er normal hvis den «er i overensstemmelse med varernes art og formål». Regelen bygger på avgjørelsen i C-404/06 *Quelle*, hvor spørsmålet var om en tysk regel som innebar at forbrukeren kunne pålegges å betale vederlag for bruk av tingen frem til omlevering, var i strid med 1999-direktivet artikkel 3. EU-domstolen kom til at det var tilfelle, se nærmere Selvig og Lilleholt: *Kjøpsrett til studiebruk* (6. utgave) s. 292–293.

11.3.3.3 *Departementets vurdering*

Gratis, innen rimelig tid og uten vesentlig ulempe

Direktivets artikkel 14 nr. 1 bestemmer at avhjelp skal skje gratis, innen rimelig tid etter at selgeren fikk beskjed fra forbrukeren om mangelen, og uten vesentlig ulempe for forbrukeren under hensyn til varens art og forbrukerens formål med varen. Disse kravene er langt på vei i tråd med forbrukerkjøpsloven § 30 første ledd. At avhjelp skal skje «gratis» etter artikkel 14 nr. 1 bokstav a, fanges opp av «uten kostnad» i § 30 første ledd.

Kravet om at avhjelp skal skje «uden væsentlig ulempe» for forbrukeren, jf. artikkel 14 nr. 1 bokstav c, er også i tråd med § 30 første ledd. Det fremgår av direktivet at man ved denne vurderingen skal se hen til «varens art og forbrukerens formål» med varen. Disse retningslinjene er også fremhevet i 1999-direktivets artikkel 3 nr. 3, og det kommer til uttrykk i forarbeidene at man særlig må se hen til dette, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 185. Som i dag antar departementet at det er tilstrekkelig om retningslinjene fremgår av forarbeidene. Siden artikkel 14 nr. 1 bokstav c er en ordrett gjengivelse av 1999-direktivets artikkel 3 nr. 3 tredje ledd, legger departementet legger til grunn at det innebærer en videreføring av rettstilstanden.

Fristen for avhjelp er både etter direktivet artikkel 14 nr. 1 bokstav b og § 30 første ledd «innen rimelig tid». Når det gjelder fristens start, følger det av direktivets artikkel 14 nr. 1 bokstav b at den begynner å løpe idet «sælgeren er blevet underrettet af forbrugeren om manglen». Forbrukerkjøpslovens ordlyd regulerer ikke friststart, men dette er kommentert nærmere i forarbeidene. Det fremgår av Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 186 at «[f]risten må regnes fra det tidspunktet kjøperen krever retting eller omlevering, eventuelt fra det tidspunktet kjøperen aksepterer selgerens tilbud om retting eller omlevering».

Hvis forbrukeren umiddelbart fremmer et krav om avhjelp, begynner fristen etter direktivet og forbrukerkjøpsloven å løpe samtidig. Nøyer forbrukeren seg derimot med en nøytral reklamasjon, begynner fristen etter forbrukerkjøpsloven først å løpe når den er fulgt opp av et krav om avhjelp, eller når forbrukeren har godtatt selgerens tilbud om avhjelp. Dette er ikke i samsvar med direktivet, og departementet foreslår derfor å presisere at fristen begynner å løpe idet forbrukeren har reklamert over mangelen.

Til slutt heter det i § 30 første ledd at avhjelp skal skje «uten risiko for at forbrukeren ikke får dekket sine utlegg av selgeren». Siden vilkåret ikke har noen parallell i direktivet, foreslår departementet at det oppheves. Departementet antar at dette ikke vil innebære store endringer i rettstilstanden. Det vil fortsatt være et krav om at avhjelp skal skje «uten kostnad» og «uten vesentlig ulempe».

Departementet viser i denne anledning til avgjørelsen i C-52/18 *Fülla*, som gjaldt tolkningen av 1999-direktivets artikkel 3 nr. 2 og 3. Et av spørsmålene i saken var om det at avhjelp skal skje «uden vederlag» også innebar at selgeren hadde en plikt til å forskuttere transportkostnadene når forbrukeren skulle sende tingen til selgerens forretningssted for avhjelp. EU-domstolen kom til at selgeren bare hadde en slik plikt hvis det å legge ut for forbrukeren ville være en byrde som kunne «afskrække den pågældende fra at påberåbe sig sine rettigheder», jf. avsnitt 55 og 56, jf. 40. Hvorvidt det var tilfellet, berodde på en konkret vurdering, hvor det blant annet måtte tas hensyn til transportkostnadene, varens verdi og forbrukerens

mulighet, rettslig og faktisk, til å få transportkostnadene refundert fra selgeren, jf. avsnitt 55. Siden denne tolkningen bygger på regler som er videreført i 2019-direktivet, antar departementet at dette fortsatt vil være dekkende.

Antall avhjelpsforsøk

Forbrukerkjøpsloven § 30 annet ledd bestemmer at selgeren ikke har rett til å foreta mer enn to avhjelpsforsøk for samme mangel, med mindre det foreligger særlige grunner som gjør det rimelig. Som nevnt over er regelen ment å gi et utgangspunkt for hvor mange avhjelpsforsøk forbrukeren må tåle, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 132. Selgeren har ikke krav på to avhjelpsforsøk hvis det vil innebære at avhjelp ikke skjer «innen rimelig tid» eller «uten vesentlig ulempe».

Direktivets artikkel 13 nr. 4 bokstav b bestemmer at forbrukeren kan kreve prisavslag eller heve hvis «en mangel forbliver synlig, på trods af at sælgeren har forsøgt at bringe varen i overensstemmelse». Regelen nevner ikke direkte hvor mange avhjelpsforsøk forbrukeren må finne seg i, men ordlyden er oppfylt allerede ved første mislykkede avhjelpsforsøk.

Fortalens punkt 52 viser at regelen ikke kan forstås så absolutt. Det heter der at:

«Hvis sælgeren har taget skridt til at bringe varerne i overensstemmelse, men der efterfølgende konstateres en mangel, bør det objektivt fastslås, om forbrugeren bør acceptere yderligere forsøg fra sælgerens side på at bringe varerne i overensstemmelse, under hensyntagen til alle sagens omstændigheder såsom varernes type og værdi og manglens art og betydning. Navnlig for dyre eller komplekse varer kan det være berettiget at give sælgeren endnu et forsøg på at afhjælpe manglen. Det bør også tages i betragtning, om forbrugeren kan forventes at bevare tilliden til sælgerens evne til at bringe varen i overensstemmelse eller ej, f.eks. hvis det samme problem opstår to gange.»

Dette viser at forbrukeren etter omstendighetene kan måtte finne seg i flere avhjelpsforsøk. Samtidig er det nærliggende å forstå det slik at forbrukeren som et utgangspunkt må tåle bare ett. Deretter vil det bero på en bred helhetsvurdering om selgeren skal få flere forsøk. Det poengteres at det særlig for dyre og komplekse ting kan være berettiget å gi selgeren enda et avhjelpsforsøk. Punktet i fortalen gir ikke grunn til å tro at det skal være noen spesiell høy terskel for å tilkjenne selgeren flere avhjelpsforsøk.

Siden § 30 annet ledd bygger på et utgangspunkt om at selgeren har to avhjelpsforsøk, antar departementet at regelen vanskelig kan opprettholdes. Det foreslås derfor å oppheve § 30 annet ledd.

Dette vil innebære at antall avhjelpsforsøk forbrukeren må finne seg i, vil bero på om flere forsøk medfører «vesentlig ulempe» eller vil føre til at «rimelig tid» passerer. I denne vurderingen må retningslinjene i fortalens punkt 52 trekkes inn.

Antall avhjelpsforsøk selgeren har etter svensk og dansk rett beror i dag på disse vilkårene. Det er foreslått at dette skal videreføres, se SOU 2020: 51 s. 140 og Betænkning nr. 1576 s. 286–287.

Et alternativ til å la spørsmålet om antallet avhjelpsforsøk bero på de generelle kravene i § 30 første ledd er en regel om at selgeren i utgangspunktet bare har krav på ett avhjelpsforsøk, med mindre særlige grunner taler for at ytterligere forsøk er rimelig. Departementet tar gjerne imot innspill fra høringsinstansene om dette.

Drøftelsen over bygger på en forutsetning om at selgeren i utgangspunktet har ett avhjelpsforsøk *per mangel*. Det er imidlertid et spørsmål om artikkel 13 nr. 4

bokstav b innebærer at selgeren i utgangspunktet kun har krav på ett avhjelpsforsøk *per ting*. Det vil si at dersom selgeren har forsøkt å rette én mangel, så har han eller hun i utgangspunktet ikke krav på flere avhjelpsforsøk, uavhengig av om det er den samme mangelen eller en ny mangel som oppstår. Særlig den engelske språkversjonen av direktivet kan tas til inntekt for dette. Der heter det at forbrukeren har krav på prisavslag eller heving hvis «a lack of conformity appears despite the seller having attempted to bring the goods into conformity». Den ubestemte formen i «a lack of conformity appears» peker ikke bare på mangelen som er forsøkt avhjulpet, men enhver mangel. Det er også et poeng at artikkel 13 nr. 4 bokstav b bruker «a lack of conformity», mens bokstav c bruker «the lack of conformity».

I den danske språkversjonen innledes derimot artikkel 13 nr. 4 bokstav b med at «en mangel forbliver synlig». Uttrykket «forbliver» kan tas til inntekt for at regelen gjelder der det er den samme mangelen som viser seg etter avhjelp. Dette spørsmålet synes ikke å være drøftet i verken SOU 2020: 51 eller Betænkning nr. 1576. Departementet tar gjerne imot høringsinstansenes syn på dette.

Rett til erstatningsgjenstand

Forbrukerens rett til erstatningsgjenstand etter forbrukerkjøpsloven § 30 tredje ledd har ingen parallell i direktivet. Departementet legger på denne bakgrunn til grunn at § 30 tredje ledd må oppheves, siden direktivet totalharmoniserer forbrukerens mangelsbeføyelser og vilkårene for dem.

Dette kan synes å ramme forbrukerens interesser på en uheldig måte. Hensynet til forbrukeren ivaretas imidlertid et stykke på vei av andre regler. Hvorvidt selgeren tilbyr en erstatningsgjenstand under avhjelpsperioden, må antas å kunne ha stor betydning ved avgjørelsen av om avhjelp kan skje innen «rimelig tid» og «uten vesentlig ulempe». Det fremgår av Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 185–186 at «[v]ed vurderingen av hva som er rimelig tid, vil det videre kunne ha betydning om forbrukeren får en erstatningsgjenstand. Dette gjelder både i tilfeller hvor selgeren er forpliktet til å stille en erstatningsgjenstand til disposisjon, og i tilfeller hvor han eller hun ikke er det, jf. tredje ledd». Departementet antar at det kan være vel så naturlig å se hen til om selgeren tilbyr en erstatningsgjenstand ved vurderingen av om avhjelpen er til vesentlig ulempe.

Videre har selgeren et objektivt erstatningsansvar etter § 33 første ledd. Blir for eksempel forbrukerens mobiltelefon eller bil ødelagt på grunn av en mangel, kan han eller hun i utgangspunktet kreve erstattet utgifter til å leie seg en erstatningsgjenstand, så lenge det ikke rammes av tapsbegrensningsplikten. Når dette er tilfellet, antar departementet at mange selgere som i dag har en plikt til å stille en erstatningsgjenstand til disposisjon, fortsatt vil være gjøre det.

Det kan her også vises til fortalens punkt 61, hvor det fremgår at «[f]orbrugere bør derfor have ret til at kræve erstatning for enhver ulempe som følge af, at sælgeren overtræder dette direktiv, herunder for skader som følge af manglende overensstemmelse. En sådan erstatning bør så vidt muligt bringe forbrugeren i den position, som vedkommende ville have været i, hvis varen havde været i overensstemmelse».

Kostnader til undersøkelse og reparasjon – undersøkelsesgebyr

Forbrukerkjøpsloven § 30 fjerde ledd regulerer når selgeren kan kreve dekket utgifter til undersøkelser og reparasjon hvis det viser seg at tingen likevel ikke er

mangelfull. Etter direktivets artikkel 14 nr. 1 bokstav c skal mangelen avhjelpest «gratis». Siden dette gjelder der tingen er mangelfull, antar departementet at § 30 fjerde ledd kan videreføres. Regelen gjelder nettopp der tingen *ikke* lider av en mangel.

Departementet nevner at dansk rett i stor grad svarer til § 30 fjerde ledd, jf. Betænkning nr. 1576 s. 166. Det ble i denne utredningen vurdert om det skulle foreslås et totalforbud mot undersøkelsesgebyrer, se s. 211–212. Det ble vist til at forbrukere kunne avstå fra å påberope noe de trodde var en mangel i frykt for å måtte betale gebyret, og slik sett bli forhindret i å gjøre sine krav gjeldende. Samtidig ville et totalforbud virke urimelig mot selgeren. Flertallet gikk ikke inn for å foreslå et totalforbud.

Forbrukerens plikt til å stille varen til rådighet – selgerens plikt til å ta varen tilbake ved omlevering

Direktivets artikkel 14 nr. 2 første punktum bestemmer at forbrukeren ved avhjelp skal «stille varen til rådighet for selgeren». Forbrukerkjøpsloven inneholder ingen regel som uttrykkelig pålegger forbrukeren en tilsvarende plikt i en avhjelpssituasjon. Departementet foreslår derfor å innta en regel i § 30 annet ledd første punktum som tilsvarende denne regelen.

Hvor forbrukeren skal stille tingen til rådighet, vil i utgangspunktet være opp til partene å avklare, men det ligger begrensninger i at avhjelp skal skje i samsvar med de generelle kravene i artikkel 14 nr. 1 og § 30 første ledd, det vil blant annet si uten vesentlig ulempe.

I EU-domstolens avgjørelse C-52/18 *Füllä* var det et spørsmål om hvor forbrukeren skulle stille tingen til disposisjon for selgeren til avhjelp etter 1999-direktivet. EU-domstolen uttalte at medlemsstatene i utgangspunktet kunne bestemme det, men at de grunnleggende kravene til at avhjelp skal skje gratis, uten vesentlig ulempe og innen rimelig tid måtte respekteres, jf. avsnitt 46 og 48.

EU-domstolen påpekte i avsnitt 40 at forbrukeren må tåle noen ulemper i forbindelse med at tingen stilles til selgerens disposisjon for avhjelp, som for eksempel knyttet til innpakning og forsendelse. Det understrekes imidlertid samme sted at avhjelp skal skje uten vesentlig ulempe, og at avhjelp kan være til vesentlig ulempe hvis det er forbundet med en slik byrde at det kan «afskrække gennemsnittsforbrukeren fra at påberåbe sig sine rettigheder». I avsnitt 43 heter det at varens art kan innebære at det er til vesentlig ulempe å sende varen til selgerens forretningssted, for eksempel hvis den er meget tung, av betydelig størrelse eller skrøpelig. Det samme er tilfellet om tingen må demonteres. Departementet antar at dette i stor utstrekning også er dekkende etter 2019-direktivet artikkel 14 nr. 1 og 2.

Forbrukeren har allerede i dag en plikt til å medvirke ved avhjelp. Dette følger blant annet forutsetningsvis av § 30 første ledd. Det vises til NOU 1993: 27 s. 132, hvor det gis uttrykk for følgende:

«Avhjelp skal gjennomføres for selgerens egen regning. Det innebærer at i den utstrekning kjøperen har krav på at avhjelp blir foretatt, skal dette skje uten kostnader for ham. Kjøperen har likevel en viss medvirkningsplikt, se Ot.prp.nr. 80 s. 83. Denne innebærer bl.a at kjøperen normalt har plikt til å sørge for å sende tingen til selgeren eller å sørge for at selgeren gis mulighet til å avhente tingen, evt. foreta reparasjon hos

kjøperen. Mindre ting som er kjøpt lokalt vil det normalt være naturlig at kjøperen bringer til selgeren og avhenter hos ham.»

Departementet antar på denne bakgrunn at forslaget ikke innebærer større endringer i gjeldende rett.

Det følger av artikkel 14 nr. 2 annet punktum at selgeren «for egen regning [skal] tage den vare tilbake, der er sket omlevering for». Heller ikke denne regelen har noen direkte parallell i forbrukerkjøpsloven. Departementet foreslår derfor å innta en regel i § 30 annet ledd annet punktum som vil gjennomføre denne direktivbestemmelsen.

Siden § 30 første ledd allerede i dag bestemmer at avhjelp skal være gratis, er nok den største endringen at selgeren får en uttrykkelig plikt til å ta den omleverte tingen tilbake. Selgeren vil ikke uten videre kunne etterlate den mangelfulle varen hos forbrukeren for å la ham eller henne kvitte seg med den.

Avhjelp som krever demontering og installering

Direktivets artikkel 14 nr. 3 har ingen direkte parallell i forbrukerkjøpsloven. Departementet foreslår derfor å gjennomføre regelen med noen språklige forenklinger i § 30 tredje ledd.

Regelen bygger som nevnt på EU-domstolens avgjørelser i C-65/09 *Weber* og C-87/09 *Putz*. Domstolen kom der i grove trekk til at en selger som har levert mangelfullt, plikter å sørge for demontering av de mangelfulle varene og installering av omleverte varer, eller bære kostnadene ved dette. Dette fulgte av 1999-direktivet artikkel 3 nr. 2 og 3, som er gjennomført i forbrukerkjøpsloven §§ 29 og 30. Det kan òg vises til selgerens erstatningsansvar i forbrukerkjøpsloven §§ 33, 52 og 54. Departementet legger derfor til grunn at dette i stor grad allerede er gjeldende rett i Norge Se ellers Selvig og Lilleholt: *Kjøpsrett til studiebruk* (6. utgave) s. 293.

Direktivet bestemmer at selgeren enten kan demontere den mangelfulle tingen og installere en rettet eller omlevert ting, eller bære kostnadene ved dette.

Departementet foreslår ikke å ta inn i § 30 tredje ledd at selgeren som alternativ til å gjøre arbeidet selv, kan bære kostnadene ved det. Det vil følge av forbrukerkjøpsloven §§ 33, 52 og 54 at forbrukeren kan kreve disse kostnadene erstattet. Se også Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 133–134.

Vederlag for bruk av tingen før omlevering

Direktivet artikkel 14 nr. 4 bestemmer at forbrukeren ikke må betale for «normal brug af den omleverede vare i tiden forud for omleveringen». Selv om forbrukerkjøpsloven ikke har noen direkte parallell til dette, legger departementet til grunn at regelen er i samsvar med norsk rett.

Departementet viser for det første til at omlevering etter § 30 første ledd skal skje «uten kostnad». For det andre fremgår det av § 50 første ledd at forbrukeren ved heving kan måtte gi «rimelig vederlag for vesentlig nytte» han eller hun har hatt av tingen. Bestemmelsen oppstiller ingen plikt til å betale vederlag ved omlevering. Det vises videre til Tverberg: *Forbrukerkjøpsloven med kommentarer* (2008) s. 705 og Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 117–118, hvor problemstillingen drøftes for kjøpslovens vedkommende.

Departementet vil på denne bakgrunn ikke foreslå en ny regel i forbrukerkjøpsloven som direkte speiler direktivet artikkel 14 nr. 4.

Regelen i artikkel 14 nr. 4 har også en side til § 51 og forbrukerens tap av krav på omlevering. Dette temaet er drøftet i punkt 11.9.

11.4 Fellesvilkår for prisavslag og heving

11.4.1 Gjeldende rett

Et grunnleggende vilkår for prisavslag og heving er at «mangelen ikke rettes eller tingen omleveres i samsvar med §§ 29 til 30», jf. forbrukerkjøpsloven § 31 første ledd og § 32. Dette viser hvordan avhjelp er den primære beføyelsen i den forstand at vellykket avhjelp utelukker prisavslag og heving.

Denne formuleringen i § 31 første ledd dekker flere situasjoner. Den fanger opp det tilfellet at selgeren ikke har avhjulpet i samsvar med loven, som for eksempel der det har gått mer enn rimelig tid eller forbrukeren har lidt vesentlig ulempe uten at mangelen er rettet. Dette kan skyldes både manglende evne og manglende vilje hos selgeren.

Er mangelen derimot rettet eller tingen omlevert, kan ikke forbrukeren kreve prisavslag eller heving. Det gjelder selv om avhjelpen for eksempel ikke skjedde «innen rimelig tid», jf. § 30 første ledd. I slike tilfeller vil det ikke lenger foreligge noen mangel. En annen sak er at forbrukeren kan kreve erstatning. Se også Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 511.

Forbrukerkjøpsloven § 31 første ledd fanger også opp den situasjonen at vilkårene for å kreve avhjelp ikke er oppfylt, som for eksempel at det er umulig, jf. § 29 første ledd første punktum. Det er videre lagt til grunn at forbrukeren kan avslå avhjelp basert på en velbegrunnet forventning om at selgerens avhjelp ikke vil oppfylle lovens krav, se nærmere Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 488–499. Dette kan være tilfellet hvor det er klart at selgeren ikke vil kunne rette mangelen innen rimelig tid.

11.4.2 Direktivet

Direktivet lister i artikkel 13 nr. 4 bokstav a til d opp de situasjoner hvor forbrukeren kan kreve prisavslag eller heving i stedet for avhjelp. Dette viser hvordan prisavslag og heving fortsatt er sekundære beføyelser etter direktivet.

Bokstav a fanger opp tre forskjellige situasjoner. Den første er der selgeren for eksempel ikke har avhjulpet mangelen innen rimelig tid. Den andre er der selgeren enten ikke har tatt den omleverte varen tilbake etter artikkel 14 nr. 2 eller oppfylt plikten til å demontere og installere etter artikkel 14 nr. 3. Den tredje gjelder det tilfellet at selgeren har avvist å avhjelpe mangelen fordi det vil være umulig eller innebære uforholdsmessige kostnader etter artikkel 13 nr. 3. Se også fortalens punkt 50 og 51.

Bokstav b gjelder der selgerens avhjelpsforsøk har mislyktes.

Bokstav c er en nyvinning. Regelen gir forbrukeren et umiddelbart krav på prisavslag eller heving hvis mangelen er av en så alvorlig karakter at et slikt krav er berettiget. Fortalens punkt 52 viser at et sentralt moment er om forbrukeren kan ha tillit til at selgeren vil klare å rette mangelen. Som eksempel på dette nevnes at mangelen i stor grad påvirker forbrukerens mulighet til å bruke tingen på vanlig måte.

Bokstav d regulerer situasjonen der selgeren har uttrykt, eller det fremgår av omstendighetene, at selgeren ikke vil avhjelpe mangelen innen rimelig tid eller uten vesentlig ulempe. Regelen omhandler altså en form for forventet kontraktsbrudd.

Forbrukeren har ikke krav på prisavslag eller heving hvis selgeren har avhjulpet mangelen, selv om det har medført vesentlig ulempe eller ikke har skjedd innenfor rimelig tid. Dette fremgår blant annet forutsetningsvis av artikkel 13 nr. 4 bokstav a.

11.4.3 Departementets vurdering

Departementet legger til grunn at de fleste situasjonene som er regulert i direktivets artikkel 13 nr. 4 bokstav a til d, vil være gjennomført ved systemet i forbrukerkjøpsloven §§ 29 til 32 og setningen «[d]ersom mangelen ikke rettes eller tingen omleveres i samsvar med §§ 29 til 30» i § 31 første ledd.

Dette gjelder der selgeren ikke har avhjulpet mangelen, for eksempel fordi det har gått mer enn rimelig tid eller fordi selgeren har avvist å avhjelpe mangelen, jf. artikkel 13 nr. 4 bokstav a. Departementet legger til grunn at det samme gjelder situasjonene hvor selgeren ikke har oppfylt pliktene etter artikkel 14 nr. 2 og 3, som er foreslått gjennomført i § 30 annet og tredje ledd. Det kan betraktes slik at mangelen ikke kan anses avhjulpet før også disse kravene er oppfylt.

Har selgeren avhjulpet mangelen, men ikke i samsvar med de øvrige kravene i § 30, som innen rimelig tid eller uten vesentlig ulempe, kan ikke forbrukeren kreve prisavslag eller heving etter gjeldende rett. Det samme er tilfellet etter direktivet artikkel 13 nr. 4 bokstav a.

Som omtalt i punkt 11.3.3 antar departementet at artikkel 13 nr. 4 bokstav b lest i lys av fortalens punkt 52 innebærer at selgeren i utgangspunktet bare har ett avhjelpsforsøk, men at forbrukeren etter omstendighetene kan måtte finne seg i flere. Etter departementets forslag er det kravet om at avhjelp skal skje uten «vesentlig ulempe» og «innen rimelig tid», som vil utgjøre grensene for hvor mange forsøk selgeren har rett til. Også direktivets artikkel 13 nr. 4 bokstav b vil derfor være gjennomført ved § 31 første ledd.

Artikkel 13 nr. 4 bokstav c har ingen parallell i forbrukerkjøpsloven og må derfor tas inn i loven. Departementet foreslår at regelen inntas som nytt femte ledd i forbrukerkjøpsloven § 29. Reglene om avhjelp blir da samlet ett sted, og regelen blir også fanget opp av henvisningen til §§ 29 og 30 i § 31 første ledd.

Når det gjelder direktivets artikkel 13 nr. 4 bokstav d, antar departementet at denne regelen i stor grad er i samsvar med gjeldende rett. Som omtalt i punkt 11.4.1 er det lagt til grunn at forbrukeren også i dag kan avslå avhjelp basert på en velbegrunnet forventning om at avhjelpen ikke vil skje i samsvar med lovens krav. Dette kommer imidlertid ikke til uttrykk i forbrukerkjøpsloven. Departementet foreslår at en slik presisering tas inn i § 31 første ledd.

Regelen i artikkel 13 nr. 4 bokstav d nevner bare situasjonene der forbrukeren har grunn til å tro at selgeren ikke vil avhjelpe mangelen «inden for en rimelig tid» eller «uden væsentlig ulempe». Et spørsmål er hvordan bestemmelsen skal forstås når forbrukeren har grunn til å tro at selgeren ikke vil gjennomføre avhjelp i tråd med de andre kravene i artikkel 14, som for eksempel å gjøre dette gratis eller ved

å demontere den mangelfulle varen og installere en ny. At bare noen krav til avhjelp er nevnt, kan tilsa at regelen skal tolkes antitetisk.

Samtidig har departementet vanskelig for å se noen god grunn til at regelen skal forstås slik. Mye taler for at forbrukeren bør kunne avslå avhjelp og kreve prisavslag eller heving også i de tilfellene som er nevnt foran. Man må etter departementets vurdering kunne se det slik at disse situasjonene uansett fanges opp av ordlyden i artikkel 13 nr. 4 bokstav d. Har selgeren for eksempel gitt klart uttrykk for at han ikke vil avhjelpe mangelen gratis, er det nærliggende å legge til grunn at avhjelp heller ikke vil skje «uten vesentlig ulempe».

Endringsforslaget i § 31 første ledd er derfor ikke bare knyttet opp til om forbrukeren har grunn til å tro at avhjelp ikke vil skje «uten vesentlig ulempe» og «innen rimelig tid», men snarere om avhjelp vil skje i samsvar med kravene i §§ 29 til 30.

11.5 Prisavslag

11.5.1 Gjeldende rett

I forbrukerkjøpsloven § 31 gis regler om prisavslag ved mangel (dersom mangelen ikke rettes eller tingen omleveres i samsvar med §§ 29 til 30). Bestemmelsens første ledd fastsetter at forbrukeren kan «kreve et passende prisavslag slik at forholdet mellom nedsatt og avtalt pris svarer til forholdet mellom tingens verdi i mangelfull og kontraktsmessig stand på leveringstiden».

Det fremgår av forarbeidene, Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 188, at uttrykket «passende» er tatt inn på bakgrunn av forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr. 5 (der uttrykket «passende» prisavslag er brukt). Om lovens regel uttales det videre på samme sted:

«Som hovedregel vil et forholdsmessig prisavslag etter dagens regler anses som passende. Kjøpesummen skal reduseres med en prosentsats som svarer til mangelens reduksjon av tingens verdi i forhold til verdien uten mangel. Innholdsmessig er denne beregningsmåten helt i samsvar med ordningen i kjøpsloven § 38. Når prisavslaget beregnes på denne måten, betyr det i realiteten at det stilles vilkår om at tingens verdi er redusert som følge av mangelen.»

Som det fremgår av de siterte uttalelsene, vil det i utgangspunktet ikke kunne kreves noe prisavslag dersom mangelen ikke har medført noen verdireduksjon. Imidlertid følger det av bestemmelsens annet ledd at dersom særlige grunner taler for det, kan prisavslaget i stedet settes lik mangelens betydning for forbrukeren.

I proposisjonen pekes det på at regelen i annet ledd først og fremst er ment å fange opp de tilfellene hvor kjøperen ikke kan påvise noen verdireduksjon som følge av mangelen, men at den i prinsippet ikke er begrenset til disse tilfellene. Det gis uttrykk for at det også kan være aktuelt å anvende unntaksbestemmelsen i tilfeller hvor en er nødt til å fastsette verdireduksjonen mer skjønnsmessig. Om regelen uttales videre:

«Innholdet i utmålingskriteriet er ment å være det samme som i håndverkertjenesteloven § 25 annet ledd annet punktum. Det vises i denne sammenheng til Ot.prp. nr. 29 (1988–1989) Om lov om håndverkertjenester mm for forbrukere s. 39-40:

‘Dersom kostnadene ved retting generelt vil bli urimelige i forhold til mangelens betydning for forbrukeren, skal prisavslaget svare til mangelens betydning. Vanligvis vil

mangelen også i disse tilfeller innebære en objektiv verdireduksjon for forbrukeren, og prisavslaget skal da svare til verdireduksjonen. Men tjenesten kan også ha mangler selv om den objektivt sett ikke er mindre verdt. Det er f.eks. lagt takstein av en annen – men like bra – type som den bestilte, eller sofaen er trukket med stoff i feil farge. Også i slike tilfeller vil forbrukeren ha rett til prisavslag som svarer til mangelens betydning ut fra en skjønnsmessig vurdering.’

Departementet vil understreke at annet ledd er ment å være en nokså snever unntaksregel. Bestemmelsen vil først og fremst være aktuell i tilfeller hvor kjøperen ikke har noen andre passende beføyelser.»

Etter tredje ledd kan forbrukeren ikke kreve prisavslag ved salg av brukte ting på auksjon hvor han eller hun har anledning til å være til stede. Bestemmelsen har bakgrunn i kjøpsloven § 37 annet ledd, forslag i NOU 1993: 27 og forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 artikkel 1 nr. 3.

11.5.2 Direktivet

Direktivet har i artikkel 15 regler om fastsettelse av prisavslag. Her angis at avslaget skal fastsettes forholdsmessig på grunnlag av den lavere verdien av varen som forbrukeren har mottatt, i forhold til den verdien varen ville ha hatt hvis den ikke hadde hatt en mangel. Direktivet gir altså anvisning på at prisavslaget skal fastsettes forholdsmessig ut fra reduksjonen i verdi som mangelen medfører. Innholdet i regelen er ikke nærmere utdypet i direktivet.

11.5.3 Departementets vurdering

Departementet bemerker at det i utgangspunktet er godt samsvar mellom § 31 første ledd og direktivet artikkel 15. Både i loven og direktivet fremgår det at prisavslag fastsettes ut fra forholdet mellom tingens verdi i henholdsvis kontraktsmessig og mangelfull stand. Vurderingstemaet ved fastsettelsen er med andre ord verdireduksjonen som mangelen medfører. Loven er forstått slik tingens markedsverdi presumeres å tilsvare kjøpesummen, og det antas at en slik forståelse neppe er i strid med direktivet. Uttrykket «passende» prisavslag som benyttes i første ledd, brukes derimot ikke i 2019-direktivet. Som det fremgår av punkt 11.5.1, ble uttrykket tatt inn på bakgrunn av 1999-direktivet. Det synes derfor ikke å være grunn til å beholde uttrykket i loven nå. For øvrig foreslås bestemmelsens første ledd videreført uten endringer.

Videre er det grunn til å vurdere om det vil være forenelig med direktivet å opprettholde § 31 annet ledd om at prisavslaget i stedet kan settes lik mangelens betydning for forbrukeren dersom særlig grunner taler for det.

Direktivet gir ingen holdepunkter for en slik fastsettelse av prisavslag. Utover selve direktivregelen om forholdsmessig fastsatt prisavslag er spørsmål om fastsettelse av prisavslag ikke nærmere omtalt i direktivet. Direktivet tillater som nevnt ikke nasjonale regler som fraviker direktivets bestemmelser (med mindre direktivet fastsetter noe annet), jf. artikkel 4. Det er derfor vanskelig å se at det er noen åpning for å opprettholde regelen i annet ledd. Den foreslås derfor ikke videreført i lovforslaget.

Dersom forbrukeren ikke kan fremme noe krav i disse tilfellene, vil det innebære en endring i forbrukerens ufordel sammenliknet med gjeldende rett. Det kan i noen situasjoner virke lite rimelig at forbrukeren ikke er berettiget til prisavslag i

tilfeller der mangelen har betydning for ham eller henne, selv om den objektivt sett ikke medfører noen verdireduksjon. Et typisk eksempel er at estetiske detaljer ikke er i samsvar med hva som er avtalt, slik som feil farge (jf. eksemplene fra håndverkertjenestelovens forarbeider ovenfor). Det kan også føre til at tilsidesettelse av kontraktsforpliktelser blir stående usanksjonert, jf. uttalelsene i Høyesteretts dom i HR-2018-392-A avsnitt 41.

Imidlertid synes det ikke naturlig å forstå direktivets manglende regulering slik at forbrukeren skal være utelukket fra å fremme krav i slike tilfeller. Kanskje er det i stedet mer nærliggende å se det som et spørsmål om erstatning, som ikke reguleres av direktivet. I direktivets fortale punkt 61 uttales det bl.a.:

«Princippet om sælgers ansvar for skader er et væsentlig element i købsaftaler. Forbrugere bør derfor have ret til at kræve erstatning for enhver ulempe som følge af, at sælgeren overtræder dette direktiv, herunder for skader som følge af manglende overensstemmelse. En sådan erstatning bør så vidt muligt bringe forbrugeren i den position, som vedkommende ville have været i, hvis varen havde været i overensstemmelse. Da eksistensen af en sådan ret til erstatning allerede er sikret i alle medlemsstater, bør dette direktiv ikke berøre nationale regler om erstatning til forbrugere for skader som følge af overtrædelse af disse regler.»

Det gis altså uttrykk for at forbrukerne bør ha krav på «erstatning for enhver ulempe». Selv om det ikke er helt klart hvordan dette skal forstås, kan formuleringen leses som at direktivet åpner for at nasjonale erstatningsregler kan omfatte tilfeller der mangelen bare har medført ulemper, og ikke noe økonomisk tap. Departementet antar på denne bakgrunn at direktivet ikke stenger for at mangler som tidligere har blitt kompensert gjennom prisavslag, i stedet reguleres gjennom at erstatningsreglene åpner for ulempeerstatning i særlige tilfeller, slik at forbrukerens vern blir omtrent det samme som etter gjeldende rett. Det antas at en slik bestemmelse hører best hjemme i § 33, som regulerer forbrukerens krav på erstatning der tingen har en mangel. Bestemmelsens første ledd fastsetter at forbrukeren kan kreve erstatning for tap han eller hun lider som følge av at tingen har en mangel. Et mulig forslag kan være at det gis et nytt annet ledd i bestemmelsen der det fremgår at dersom særlige grunner taler for det, kan forbrukeren kreve erstatning for konkrete og ikke ubetydelig ulemper han eller hun påføres som følge av at tingen har en mangel. Dette forslaget er nærmere behandlet i punkt 11.7.

Ettersom det forhold at direktivet ikke inneholder noen regel om prisavslag for ulemper av denne typen, neppe kan tolkes slik at forbrukeren skal være prinsipielt avskåret fra å fremme krav i slike tilfeller, antar departementet at forslaget ikke innebærer noen omgåelse av direktivet.

Departementet bemerker for øvrig at virkningene av en opphevelse av § 31 annet ledd trolig også avdempes gjennom tolkningen av hovedregelen i § 31 første ledd. Etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper er det ikke utelukket å kreve prisavslag selv om det i et konkret tilfelle er vanskelig eller umulig å måle den nøyaktige verdireduksjonen. Så lenge det sannsynliggjøres at den leverte ytelsen objektivt sett hadde en lavere verdi enn kontraktsmessig ytelse, kan et prisavslag utmåles ut fra et skjønnsmessig anslag av verdiminuset som mangelen representerer, jf. dommen i HR-2020-475-A avsnitt 151. Departementet antar at forbrukerkjøpslovens prisavslagsbestemmelse må tolkes i lys av dette, slik at tilsvarende også gjelder for § 31 første ledd. Videre er det også i dag overlapp

mellom reglene i forbrukerkjøpsloven § 31 første og annet ledd, se Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 517.

Et ytterligere spørsmål er hvordan § 31 tredje ledd forholder seg til direktivet. Bestemmelsen fastsetter som nevnt at forbrukeren ikke kan kreve prisavslag ved salg av brukte ting på auksjon hvor han eller hun har anledning til å være til stede. Denne regelen har bakgrunn i 1999-direktivet artikkel 1 nr. 3, som angir at medlemsstatene kan fastsette at uttrykket «forbruksvare» ikke omfatter brukte varer som selges på offentlig auksjon der forbrukere har mulighet til selv å være til stede ved auksjonen. Også kjøpsloven § 37 annet ledd fastsetter at kjøperen ikke kan kreve prisavslag ved kjøp av brukte ting på auksjon.

I 2019-direktivet er det i artikkel 3 nr. 5 bokstav a gitt adgang til å unnta fra virkeområdet avtaler om salg av brukte varer som selges på offentlige auksjoner. I høringsnotatet er det imidlertid ikke foreslått at slike avtaler generelt skal unntas fra lovens virkeområde. Spørsmålet er derfor om det for slike avtaler er adgang til å unnta enkelte av direktivets regler. Direktivet gir ikke noe klart svar på dette spørsmålet, men departementet heller i retning av at når slike avtaler generelt kan unntas, bør det også være mulig å gjøre det mindre – dvs. bestemme at enkelte regler ikke gjelder.

Departementet finner det naturlig å videreføre regelen om at forbrukeren ikke kan kreve prisavslag i disse tilfellene ettersom det ved slike salg gjør seg særlige hensyn gjeldende, bl.a. at forbrukerne selv har fastsatt prisen på den brukte tingen gjennom sin budgivning. Det foreslås derfor at gjeldende tredje ledd videreføres i bestemmelsen (i lovforslaget videreføres den som annet ledd ettersom gjeldende annet ledd foreslås opphevet).

Uttrykket «offentlige auksjoner» bør forstås i samsvar med definisjonen i direktivet artikkel 2 nr. 15, dvs. «en salgsmetode, hvor den erhvervsdrivende tilbyder varer eller tjenesteydelser til forbrugere, som selv er eller har mulighet for at være tilstede under auktionen, gjennom en gennemsiktig konkurrencebasert budprocedure, som styres af en auktionsholder, og hvor den tilbudsgiver, hvis bud antages, er forpligtet til at købe varerne eller tjenesteydelserne».

11.6 Heving

11.6.1 Gjeldende rett

Forbrukerens rett til å heve kjøpet ved mangler er regulert i forbrukerkjøpsloven § 32, som lyder slik: «I stedet for prisavslag etter § 31 kan forbrukeren heve avtalen, unntatt når mangelen er uvesentlig».

Regelen viser at forbrukeren har en valgrett. I stedet for å kreve prisavslag, kan forbrukeren heve når vilkårene for å kreve prisavslag er oppfylt. Fra dette utgangspunktet er det ytterligere ett forbehold: Forbrukeren kan bare heve så fremt mangelen ikke er «uvesentlig».

Vurderingen av om mangelen er «uvesentlig» skal «ta utgangspunkt i alminnelige prinsipper for hevingsvurderingen», jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 189. Se også dommen inntatt i Rt. 2015 s. 321 avsnitt 52 følgende. Det sentrale vurderingstemaet er om mangelen gir forbrukeren «en rimelig grunn for [...] å si seg løs fra kontrakten», jf. Rt. 1998 s. 1510 på s. 1518.

Hevingsterskelen er senket i forhold til kravet om «vesentlig» kontraktsbrudd i kjøpsloven § 39. Det skyldes at regelen gjennomfører 1999-direktivet artikkel 3 nr. 6.

Ordlyden i § 32 styrer ikke hvem av partene som har bevisbyrden for om mangelen er uvesentlig. Bevisbyrden sikter til hvem av partene saken skal løses i disfavør av der beviskravet ikke er oppfylt eller det er tvil om det. I utgangspunktet har den parten som påberoper seg et beviskrav, også bevisbyrden for det, se Jerkø: «Den rettslige bevisbyrden», Jussens Venner (2019) s. 39–72 på s. 55.

Utgangspunktet etter § 32 er at forbrukeren har hevingsrett hvis vilkårene for prisavslag foreligger, jf. ordlyden «[i] stedet for prisavslag etter § 31 kan forbrukeren heve avtalen [...]». At mangelen er uvesentlig og hevingsretten avskåret, er et unntak fra dette utgangspunktet. Dette er det opp til selgeren å påberope, og det er derfor også selgeren som har bevisbyrden for at mangelen bare er «uvesentlig».

Noe annet er at det i utgangspunktet er opp til forbrukeren å bevise at ytelsen har en mangel, jf. også Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 94–95. Se imidlertid forbrukerkjøpsloven § 18 og punkt 8 over.

Forbrukerkjøpsloven § 32 stiller ikke et uttrykkelig krav om at forbrukeren må fremsette en hevingserklæring, men regelen bygger på en forutsetning om det, jf. «[i] stedet for prisavslag etter § 31 kan forbrukeren heve». Heving inntreffer ikke av seg selv. Hva forbrukeren vil gjøre gjeldende på grunn av mangelen, er naturligvis opp til ham eller henne. Det stilles ikke krav om at forbrukeren benytter uttrykket «heving» el., men det må fremgå at forbrukeren anser kontrakten som bortfalt. Se nærmere Hagstrøm: Obligasjonsrett (2011) s. 462–463.

Reglene i forbrukerkjøpsloven § 51, som også kan betraktes som vilkår for å heve, er behandlet i punkt 11.9.

11.6.2 Direktivet

Direktivet artikkel 13 nr. 4 bokstav a til d lister opp når forbrukeren kan kreve prisavslag eller heve i stedet for avhjelp. Dette er det redegjort for over i punkt 11.4.2. Artikkel 13 nr. 5 inneholder et unntak fra dette utgangspunktet. Regelen lyder slik:

«Forbrukeren er ikke berettiget til at oppheve aftalen, hvis mangelen kun er uvæsentlig. Det er opp til selgeren at bevise, om mangelen er uvæsentlig.»

Ønsker forbrukeren å heve, er det altså også et krav om at mangelen ikke er uvesentlig. Selgeren har etter annet punktum bevisbyrden for dette.

Direktivets artikkel 16 nr. 1 bestemmer at forbrukeren hever ved avgi en erklæring om det. Regelen lyder slik:

«Forbrukeren udøver sin ret til at oppheve købsaftalen ved hjælp af en erklæring til sælgeren om, at forbrukeren har truffet beslutning om at oppheve købsaftalen.»

11.6.3 Departementets vurdering

Kravet i § 32 om at mangelen ikke må være «uvesentlig» for at forbrukeren kan heve, er i samsvar med direktivet artikkel 13 nr. 5 første punktum.

Når det gjelder bevisbyrderregelen i artikkel 13 nr. 5 annet punktum, er forbrukerkjøpsloven antakelig i samsvar med dette, se omtalen av gjeldende rett i punkt 11.6.1.

Departementet foreslår likevel å tilføye i § 32 at det er selgeren som har bevisbyrden for at mangelen er uvesentlig. Dette kan ha en opplysende effekt og styrke forbrukerens posisjon. Denne tilføyelsen skal imidlertid ikke gi grunnlag for antitetiske tolkninger og påvirke hvordan bevisbyrdespørsmål for andre regler i forbrukerkjøpsloven skal løses. Dette må som i dag løses etter alminnelige regler om bevisbyrde og bevisbedømmelse, se blant annet Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 94.

Direktivet bestemmer videre i artikkel 16 nr. 1 at forbrukeren hever kjøpet ved en erklæring om det. Også dette er i samsvar med forbrukerkjøpsloven. Departementet antar at dette ikke er nødvendig å presisere i lovteksten.

11.7 Erstatning

Direktivet regulerer i utgangspunktet ikke erstatning. At medlemsstatene har frihet til å regulere retten til erstatning, følger direkte av artikkel 3 nr. 6. Dette fremgår også av fortalen punkt 18, der det gis uttrykk for at medlemsstatene fortsatt fritt bør kunne regulere forbrukerens rett til erstatning for skader de har lidt som følge av selgerens overtredelse av direktivet.

Som nevnt i punkt 11.5 innebærer direktivets regel at prisavslag rendyrkes som en økonomisk kompensasjon. Dette innebærer at forbrukeren ikke kan kreve prisavslag dersom mangelen ikke har medført en verdireduksjon. Som følge av dette antas det at regelen § 31 annet ledd om alternativ fastsettelse av prisavslag må oppheves. Departementet kan imidlertid ikke se at direktivets regler på dette punktet kan sees som et utslag av et bevisst standpunkt om at forbrukeren ikke skal ha noe krav i slike tilfeller. Departementet forstår det slik at dette snarere har blitt sett som et spørsmål om erstatning. I hvert fall kan direktivet forstås i denne retningen, jf. omtalen i punkt 11.5.

Som det også fremgår av punkt 11.5, kan det på denne bakgrunn reises spørsmål om det kan være behov for en bestemmelse om erstatning ved mangel som har betydning for forbrukeren uten at tingens verdi objektivt sett er redusert. Formålet med en slik regel er å sikre forbrukeren omtrent samme vern som etter gjeldende rett.

(I høringsnotatet 3. desember 2020 om gjennomføring av direktivet om digitale ytelser er det foreslått en regel om ulempeerstatning. Departementet antar at behovet for en slik regel er større for levering av digitale ytelser enn for tilfeller som faller inn under forbrukerkjøpsloven, bl.a. fordi forbrukerens ytelse her kan bestå i å avgi personopplysninger i stedet for å betale et vederlag.)

En slik regel bør etter departementets syn ha relativt strenge vilkår for å markere at den er ment som en nokså snever unntaksregel, og at den dermed ikke gir en generell adgang til å kreve erstatning for alle ulemper i tilknytning til en mangel. For det første foreslås det at regelen får anvendelse bare der det foreligger særlige grunner, i likhet med gjeldende § 31 annet ledd. For det annet foreslås det at erstatningen avgrenses til konkrete og ikke ubetydelig ulemper som forbrukeren påføres som følge av mangelen. At det må være tale om konkrete ulemper, avgrenser mot generell ergrelse knyttet til mangelen, mens vilkåret om at ulemper

ikke skal være ubetydelig, er ment som en de minimis-begrensning for å unngå tvist om bagateller. Det må altså være tale om ulempe av en viss betydning for forbrukeren. Et spørsmål er om det også bør presiseres i ordlyden at en slik erstatning er subsidiær i forhold til et prisavslag basert på tingens verdireduksjon (som i § 31 annet ledd fremgår av formuleringen «i stedet»).

Det kan være vanskelig å fastsette en slik erstatning, men ettersom formålet er å opprettholde vernet forbrukeren har i dag gjennom § 31 annet ledd, er det naturlig å se hen til praksis knyttet til denne bestemmelsen.

Etter departementets vurdering bør en slik regel plasseres i § 33 som gjelder forbrukerens krav om erstatning som følge av mangel. Bestemmelsen foreslås inntatt som nytt annet ledd i § 33.

Departementet ber særskilt om høringsinstansenes synspunkter på om det bør innføres en slik erstatningsregel og i så fall hvordan den bør utformes.

11.8 Virkningene av at avtalen heves

11.8.1 Gjeldende rett

Virkingen av at avtalen heves, er regulert i § 49. Når det heves, «faller partenes plikt til å oppfylle kjøpet bort», jf. første ledd. Partene har da lenger verken rett eller plikt til å levere og motta ytelsene.

Dersom kjøpet allerede er helt eller delvis oppfylt fra noen av sidene før det heves, bestemmer annet ledd første punktum at partene har krav på å få sin ytelse «tilbakeført».

I § 49 annet ledd annet punktum er det bestemt at hver av partene kan «holde tilbake det som er mottatt, inntil den andre gir tilbake det han eller hun har fått». Parten har tilbakeholdsrett i motpartens ytelse til sikkerhet for eget krav. Også for tilbakeføringen gjelder det et prinsipp om ytelse mot ytelse.

Hvis forbrukeren hever og har hatt kostnader ved tilbakeføringen, er dette utgifter som kan kreves erstattet etter §§ 33 og 52.

I tredje ledd er det bestemt at forbrukeren ved omlevering kan holde tilbake det som er mottatt, inntil omlevering skjer. Regelen i § 49 fjerde ledd omtales ikke nærmere her.

Heves kjøpet etter at det helt eller delvis er oppfylt, skal det som nevnt skje en tilbakeføring etter § 49 annet ledd. I perioden fra levering og til tilbakeføring har forbrukeren hatt tingen, mens selgeren kan ha disponert kjøpesummen. Forbrukerkjøpsloven § 50 har regler om hvordan oppgjøret som da oppstår, skal behandles. Som det fremgår av Hagstrøm: Obligasjonsrett (2011) på s. 450, har kjøperen da «kunnet bruke tingen vederlagsfritt, og selgeren har kunnet disponere kjøpesummen. Dersom det ikke skulle svares kompensasjon for dette, ville hver av partene kunne bli sittende med en ugrunnet berikelse».

Første ledd regulerer hvilken avkastning og nyttevederlag forbrukeren skal betale til selgeren. Forbrukeren skal «godskrive selgeren avkastning som han eller hun har hatt av tingen, og gi rimelig vederlag for vesentlig nytte». Det er bare vanlig avkastning som «ikke spesielt beror på kjøperens særlige innsats f. eks. renter eller aksjeutbytte» som selgeren kan kreve, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 118. Se

nærmere om dette i Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 698–706.

Annet ledd regulerer selgerens plikt til å betale forsinkelsesrenter av kjøpesummen. Hovedregelen i første punktum er at selgeren skal betale forsinkelsesrenter fra reklamasjonstidspunktet. Annet punktum inneholder en særregel for det tilfellet at forbrukeren må betale nyttevederlag etter § 50 første ledd. I så fall skal selgeren betale renter allerede fra den dag betalingen ble mottatt.

11.8.2 Direktivet

Direktivet har regler om virkningene av at avtalen heves i artikkel 16 nr. 3. Etter bokstav a skal forbrukeren «for sælgers regning tilbakelevere varene til selgeren», mens det følger av bokstav b at selgeren skal «tilbagebetale forbrukeren den pris, der er betalt for varene». Bokstav b bestemmer at selgerens tilbakebetalingsplikt inntre «ved modtagelsen af varene eller dokumentation, der er tilvejebragt af forbrukeren for at have tilbageleveret varene».

Den nærmere reguleringen av dette er imidlertid overlatt til medlemsstatene, jf. artikkel 16 nr. 3 annet ledd, hvor det heter at «[m]edlemsstaterne kan med henblikk på dette stykke fastsætte nærmere regler for tilbakelevering og tilbakebetaling».

Når det gjelder andre virkninger av heving, vises det artikkel 3 nr. 6, som bestemmer at direktivet ikke berører medlemsstatenes frihet til å regulere «konsekvenserne af at ophæve en aftale, for så vidt de ikke er regulert i dette direktiv». Dette kommer også til uttrykk i fortalens punkt 59 og 60.

Departementet viser samtidig til omtalen i punkt 11.1 av blant annet artikkel 4 og fortalens punkt 47, som gir tydelig uttrykk for at direktivet uttømmende regulerer vilkårene for de ulike misligholdsbeføyelsene. På denne bakgrunn legger departementet til grunn at direktivet i utgangspunktet totalharmoniserer vilkårene for å heve, men overlater til medlemsstatene å regulere de nærmere konsekvensene av det.

11.8.3 Departementets vurdering

Regelen om bortfall av oppfylleelsesplikten i § 49 første ledd er i samsvar med forbrukerkjøpsdirektivet, mens andre sider av forholdet mellom § 49 og direktivet må vurderes nærmere.

Forbrukerens plikter ved tilbakeleveringen

Etter § 49 annet ledd skal ytelsene tilbakeføres ved heving. Ordlyden avgjør imidlertid ikke hvem som skal gjøre hva i den forbindelse. I NOU 1993: 27 er forbrukerens rolle ved tilbakeføringen omtalt slik på s. 149:

«Kjøperen må normalt kunne nøye seg med å stille gjenstanden til selgerens disposisjon på sin egen bopel. Han plikter således ikke å besørge og bekoste den sendt tilbake til selgeren. Det oppstår derfor ikke noe spørsmål om erstatning for utgifter forbundet med hevning når kjøperen hever.»

Ordlyden i artikkel 16 nr. 3 bokstav a synes imidlertid å pålegge forbrukeren mer omfattende plikter enn dette, ettersom det heter at forbrukeren «for sælgers

regning [skal] tilbakelevere varerne til selgeren». Hvor langt dette strekker seg, er ikke klart, men det synes å gi uttrykk for at forbrukeren har en aktiv rolle. Også sammenlikninger med ordlyden i artikkel 14 nr. 2, som bestemmer at forbrukeren ved avhjelp skal «stille varen til rådighet for selgeren», tilsier det samme.

Departementet antar at forbrukeren i utgangspunktet kan måtte levere tingen hos selgeren eller sørge for at den sendes dit.

Departementet foreslår derfor å innta i lovteksten at forbrukeren skal sørge for at tingen leveres til selgeren. Dette er i de fleste tilfeller uproblematisk. Ved større kjøp, som for eksempel av en vaskemaskin, kan det være mer krevende. Det kan reises spørsmål om forbrukeren i slike tilfeller kan nøye seg med å stille tingen til disposisjon for selgeren. Ofte kan selgeren ha bedre forutsetninger for å transportere tingen enn forbrukeren. Departementet antar at det kan ligge innenfor medlemsstatenes kompetanse å fastsette nærmere regler om forbrukerens plikter i slike situasjoner, jf. artikkel 16 nr. 3 annet ledd.

Samtidig er det slik at forbrukeren skal returnere tingen på selgerens bekostning, jf. direktivets artikkel 16 nr. 3 bokstav a. Når det er tilfellet, er det naturlig at partene har kontakt med hverandre om returen i tilfeller der tingen av ulike grunner er vanskelig å returnere. Selgeren vil jo være interessert i å holde returkostnadene nede og kan nok derfor ofte se seg tjent med å sørge for returen selv. Antakelig er det derfor ikke behov for noen regel som på nærmere vilkår bestemmer at selgeren må hente tingen.

Omkostninger ved tilbakeleveringen

Selgeren skal altså bære kostnadene ved tilbakeføringen når forbrukeren hever på grunn av mangler, jf. artikkel 16 nr. 3 bokstav a. Slik er det også etter norsk rett i dag, se forbrukerkjøpsloven § 33. Et spørsmål er likevel om det bør presiseres i § 49 at det er selgeren som skal bære kostnadene i disse tilfellene.

Departementet vil ikke foreslå det. Det skyldes dels at § 49 gjelder både der forbrukeren hever, og der selgeren hever. Det kan da være uheldig å si noe om bare den enes adgang til å få utgiftene erstattet.

Videre må lovens regler leses i sammenheng, og slike kostnader kan kreves erstattet, jf. forbrukerkjøpsloven §§ 33 og 52. Det er etter departementets syn ikke grunn til å fremheve disse kostnadene i større grad enn andre kostnader og tap forbrukeren kan kreve erstattet ved selgerens kontraktsbrudd.

Tilbakeholdsrett

Etter § 49 annet ledd annet og tredje punktum har partene tilbakeholdsrett i motpartens ytelse for egne krav ved heving.

Artikkel 16 nr. 3 bokstav b bestemmer at «selgeren skal tilbakebetale forbrukeren [...] ved modtagelsen af varerne eller dokumentation, der er tilvejebragt af forbrukeren for at have tilbakeleveret varerne».

Bestemmelsen regulerer når selgeren skal betale tilbake kjøpesummen, og derved regulerer den også selgerens tilbakeholdsrett. Selgeren behøver ikke å returnere kjøpesummen før en av de nevnte situasjonene inntreffer, men da må han eller hun også gjøre det. Departementet foreslår å ta dette inn i lovteksten.

Siden regelen bestemmer når selgeren skal returnere kjøpesummen, er det nærliggende å forstå den slik at forbrukeren heller ikke behøver å oppgi rådigheten over tingen før det skjer. Indirekte har regelen derfor også betydning for forbrukerens mulighet til å utøve tilbakeholdsrett.

Departementet anser det som en fordel om muligheten til å utøve tilbakeholdsrett i tråd med prinsippet om ytelse mot ytelse fortsatt kommer til uttrykk og foreslår derfor å videreføre regelen om tilbakeholdsrett i § 49 annet ledd annet punktum.

Det legges videre til grunn at regelen om tilbakeholdsrett for krav på erstatning og rente i § 49 annet ledd tredje punktum kan videreføres. Den gjelder nemlig regler om «tilbakelevering og tilbakebetaling», jf. direktivets artikkel 16 nr. 3 annet ledd. Også i SOU 2020: 51 er denne regelen foreslått videreført, se side 50.

Når det gjelder regelen i § 49 tredje ledd, som bestemmer at forbrukeren ved omlevering kan holde tilbake det som er mottatt, inntil omlevering skjer, foreslås det å flytte denne regelen til nytt tredje punktum i § 30 annet ledd. Regelen passer etter departementets syn bedre der. Departementet legger også til grunn at regelen er forenlig med direktivet, se fortalens punkt 18. Det samme er lagt til grunn i SOU 2020: 51 s. 138. Det foreslås av den grunn også at uttrykket «omlevering» fjernes i tittelen på § 49.

Avkastning og rente ved tilbakeføring

Departementet foreslår at reglene om avkastning, nyttevederlag og forsinkelsesrenter i forbrukerkjøpsloven § 50 videreføres. Direktivet inneholder ingen regler om disse spørsmålene, og departementet antar at det faller utenfor hva direktivet regulerer, jf. artikkel 3 nr. 6. For øvrig er det òg i SOU 2020: 51 foreslått å videreføre regler om avkastning, nyttevederlag og renter, se s. 51.

Etter sin ordlyd regulerer ikke § 50 annet ledd om selgerens plikt til å betale forsinkelsesrenter situasjonen der forbrukeren hever på grunn av forsinkelse fra selgers side. Det er lagt til grunn i teorien og Forbrukerklageutvalgets praksis at man ved forsinkelse følger reguleringen i kjøpsloven § 65 annet ledd, slik at selgeren må betale forsinkelsesrente «fra den dag han mottok betalingen». Se nærmere Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 708 og for eksempel FKU-2019-181 og FTU-2016-981.

Også når det gjelder selgerens plikt til å betale renter av kjøpesummen ved mangler, ble det opprinnelig foreslått å følge reguleringen i kjøpsloven, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 198. Justiskomiteen mente imidlertid at denne regelen var for streng mot selgeren, og at selgeren bare burde betale forsinkelsesrenter i den perioden mangelen viste seg og skapte ulemper for forbrukeren, jf. Innst. O. nr. 69 (2001–2002) s. 16. Dette er bakgrunnen for regelen i forbrukerkjøpsloven § 50 annet ledd.

Denne begrunnelsen treffer ikke ved forsinkelse, siden forbrukeren da ikke har hatt noen nytte av tingen, se også Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 706. Departementet foreslår derfor å presisere i § 50 at dersom forbrukeren hever på grunn av forsinkelse, skal selgeren betale renter fra den dagen betalingen ble mottatt.

11.9 Fellesregler for heving og omlevering

11.9.1 Gjeldende rett

Både ved heving og omlevering skal forbrukeren levere tilbake det han eller hun har mottatt. Det kommer for heving til uttrykk i § 49 annet ledd. Når det gjelder omlevering, følger det forutsetningsvis av § 49 tredje ledd og § 51 første ledd.

Ofte kan det være slik at tingen ikke kan leveres tilbake i samme stand og mengde. Dette kan skyldes forbrukeren selv, tingens egenskaper eller en tredjeperson. Tingen kan være både skadet og tilintetgjort. Hvordan dette skal håndteres, er regulert i § 51, som gjelder tap av krav på heving og omlevering. Hovedregelen i første ledd er at forbrukeren bare kan kreve heving eller omlevering hvis tingen leveres tilbake i «vesentlig samme stand og mengde».

Samtidig er det fastsatt vide unntak fra dette i første ledd bokstav a til c ut fra årsaken til forringelsen. Reglene fordeler risikoen mellom partene.

Etter bokstav a kan forbrukeren likevel kreve omlevering og heve hvis forringelsen skyldes «tingens egen beskaffenhet eller annet forhold som ikke beror på forbrukeren». Der forbrukeren har rett til å kreve omlevering eller heve, er det altså selgeren som må bære risikoen for at tingen blir skadet ved en tilfeldig begivenhet etter levering, jf. Selvig og Lilleholt: Kjøpsrett til studiebruk (6. utgave) s. 126. Dette dekker blant annet ferskvarer som råtner, eller at tingen skades under demontering og avhjelp.

Bokstav b gjør unntak for det tilfellet at «tingen helt eller delvis er gått til grunne eller forringet som følge av en handling som trengs for å undersøke om tingen har en mangel». Forarbeidene til kjøpsloven nevner som eksempel at kjøperen har åpnet innpakningen, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 119.

Bokstav c unntar situasjoner der «tingen helt eller delvis er forbrukt eller forandret av forbrukeren under forutsatt bruk før han eller hun oppdaget eller burde ha oppdaget den mangelen som er årsak til avvisningen». Denne formuleringen dekker den normale bruk av tingen, men også tilfeller der selgeren var kjent med at tingen skulle brukes til et mer spesielt formål, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 119–120.

Annet ledd bestemmer at forbrukeren uansett ikke taper retten til å kreve heving eller omlevering hvis verdireduksjonen erstattes. Der tingen er skadet, og årsaken til dette faller utenfor bokstav a til c, kan forbrukeren fortsatt kreve omlevering eller heve hvis verdireduksjonen erstattes. Situasjonen munner ut i et økonomisk oppgjør. Annet ledd kommer bare til anvendelse der det er noe å levere tilbake. Er det ingenting å levere tilbake, er man utenfor regelen, jf. NOU 1993: 27 s. 150.

Forbrukerkjøpsloven § 51 er nesten identisk med kjøpsloven § 66, som i stor grad videreførte kjøpsloven 1907 § 58. Reglene tilsvarer også i stor grad CISG artikkel 82. Det var ved vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven et spørsmål om § 51 var i samsvar med 1999-direktivet. Departementet la det til grunn, blant ut fra prinsippet om at kjøperen har risikoen for salgsgjenstanden etter levering, se Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 199.

11.9.2 Direktivet

Direktivet bestemmer i artikkel 13 nr. 1 og 2 at dersom ytelsen er mangelfull, kan forbrukeren velge mellom retting og omlevering. Dette gjelder likevel ikke hvis det er umulig eller vil påføre selgeren uforholdsmessig store kostnader, jf. artikkel 13 nr. 2 og 3. Det er i utgangspunktet ingen andre vilkår for å kreve omlevering, se nærmere punkt 11.3.

Artikkel 14 inneholder regler om hvordan avhjelp skal skje. Dersom mangelen utbedres ved «omlevering af varen, skal forbrukeren stille varen til rådighed for sælgeren. Sælgeren skal for egen regning tage den vare tilbage, der er sket omlevering for», jf. artikkel 14 nr. 2. Forbrukeren skal ved omlevering i utgangspunktet returnere den mangelfulle tingen og i stedet motta en ny ting. Selgeren beholder kjøpesummen.

Når forbrukeren kan heve, er omtalt i punkt 11.4 og 11.6 over. Det må foreligge en mangel, og ett av vilkårene i artikkel 13 nr. 4 bokstav a til d må være oppfylt. I tillegg kan ikke mangelen være «uvæsentlig», jf. artikkel 13 nr. 5. Artikkel 16 inneholder nærmere regler om hevingsoppgjøret. Etter artikkel 16 nr. 3 bokstav a og b skal forbrukeren returnere tingen til selgeren, mens selgeren skal returnere kjøpesummen til forbrukeren.

Direktivet regulerer ikke direkte den situasjonen at tingen ikke kan returneres i samme stand og mengde som forbrukeren mottok den, verken ved heving eller omlevering.

11.9.3 Departementets vurdering

Innledning

Forbrukerkjøpsloven § 51 oppstiller i utgangspunktet et vilkår om at tingen kan returneres i vesentlig samme stand og mengde for forbrukerens krav om heving og omlevering. Direktivet har derimot ikke noe slikt vilkår.

Dette reiser potensielt flere problemstillinger. Et første spørsmål er om slike tilfeller overhodet reguleres av direktivet, eller om det er opp til medlemsstatene å regulere dette. Dersom dette reguleres av direktivet, blir spørsmålet om tingen må kunne returneres eller om det ikke stilles noe slikt krav. Krever direktivet at tingen returneres, blir det spørsmål om hvordan tingens forringelse i ulik grad skal håndteres.

Det er ikke gitt at dette stiller seg likt for omlevering og heving. Departementet ser først på situasjonen ved heving.

Heving

Artikkel 16 nr. 3 bokstav a bestemmer at forbrukeren ved heving skal returnere tingen til selgeren. Ordlyden er uten forbehold og kan derfor synes å forutsette at tingen må kunne returneres for at forbrukeren kan heve. Til dette kan det imidlertid innvendes at regelen ikke er utformet som et vilkår for heving, men i stedet som en konsekvens av at forbrukeren hever, jf. innledningen som lyder «[n]år forbrukeren opphever købsavtalen ... gælder følgende».

Fortalens punkt 60 viser også klart at regelen ikke kan forstås som et vilkår for heving. Punktet lyder slik:

«Dette direktiv bør ikke berøre medlemsstaternes frihed til at regulere andre konsekvenser af at ophæve en aftale end dem, der er fastsat i dette direktiv, såsom konsekvenserne ved forringelse af varernes værdi eller ødelæggelse eller bortkomst af varen.»

Hvis det er et vilkår for heving at tingen kan returneres, gir det ingen mening at medlemsstatene kan regulere konsekvensene av tingens ødeleggelse eller bortkomst ved heving. Den situasjonen vil jo da ikke oppstå. Departementet legger derfor til grunn at direktivet ikke oppstiller et vilkår om at tingen kan returneres for heving. Det gjør derimot i utgangspunktet § 51.

Samtidig totalharmoniserer direktivet vilkårene for forbrukerens mangelsbeføyelser. Det vises til omtalen av dette spørsmålet i punkt 11.1 og fortalens punkt 47, hvor det heter at direktivet bør «fuldt ud harmonisere de beføjelser, som forbrugere har adgang til i tilfælde af en mangel ved varerne, og betingelserne for udøvelse af sådanne beføjelser».

Sett i lys av dette antar departementet at § 51 ikke kan videreføres i sin nåværende form. Medlemsstatene kan imidlertid regulere konsekvensene av tingens ødeleggelse eller forringelse, jf. artikkel 3 nr. 6 og fortalens punkt 59–60.

Departementet foreslår derfor å endre § 51 slik at regelen, i stedet for å oppstille negative vilkår for å heve, fastsetter en plikt til å erstatte den verdireduksjonen tingen har hatt hvis den ikke kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde som forbrukeren mottok den. Det foreslås også å videreføre unntakene i bokstav a til c.

Dette er langt på vei en videreføring av gjeldende rett. Også i dag er det slik at dersom tingen ikke kan returneres i vesentlig samme stand og mengde, kan forbrukeren likevel heve ved å erstatte verdireduksjonen, jf. § 51 annet ledd.

Forslaget synes videre å være i tråd med reguleringen i Frankrike og Tyskland, samt modellregler som DCFR og Unidroit, se nærmere Lilleholt: Kontraktsrett og obligasjonsrett s. 316–318.

Som nevnt over er det i dag et krav for anvendelsen av § 51 annet ledd at det er noe å returnere. Er det ingenting å levere tilbake, kan ikke unntaket benyttes. Etter forslaget vil det ikke være et slikt krav for anvendelsen av § 51 fremover. Er tingen gått til grunne, må forbrukeren erstatte verdien av den. Siden direktivet ikke tillater at det oppstilles vilkår for å heve, ville alternativet blitt at forbrukeren kunne heve uten å erstatte noe der tingen var gått til grunne.

Departementet nevner til slutt at en tilsvarende regel som § 51 i svensk rett er foreslått videreført uendret, se SOU 2020: 51 s. 161 og 269. Også i dansk rett er liknende regler foreslått videreført, se Betænkning nr. 1576 på blant annet s. 294 og s. 369–370. Spørsmålet synes imidlertid ikke å være grundig drøftet. Departementet ber om høringsinstansenes syn på spørsmålet.

Omlevering

For omlevering reiser det seg tilsvarende spørsmål som for heving. Temaet omtales ikke i direktivet. Av den grunn oppstår spørsmålet om medlemsstatene kan bestemme om tingen må kunne returneres ved omlevering og hvilken stand den må være i. Fortalens punkt 18 fastslår at medlemsstatene kan regulere det som ikke er bestemt i direktivet, og at dette blant annet gjelder «visse aspekter angående afhjælpning og omlevering, som ikke er regulert af dette direktiv».

Som omtalt foran er imidlertid andre deler av direktivet meget klare på at det totalharmoniserer hvilke mangelsbeføyelser forbrukeren kan gjøre gjeldende og vilkårene for dem. Det kan vises til fortalens punkt 10 og 47. Når det er tilfellet, bør man være varsom med å utlede for mye av at direktivet er taust om enkelte spørsmål.

Departementet antar derfor at dette er blant de spørsmålene direktivet regulerer, og da kan heller ikke nasjonale regler avvike fra det, jf. artikkel 4.

Spørsmålet blir da om direktivet oppstiller et krav om at tingen returneres, eller ikke. Uttrykket omlevering, eller «replacement», innebærer strengt tatt bare levering av en ny ting. Det forutsetter ikke at den allerede leverte tingen returneres.

Artikkel 14 nr. 2 bestemmer at dersom mangelen utbedres ved «afhjelpning eller omlevering af varen, skal forbrukeren stille varen til rådighet for sælgeren. Sælgeren skal for egen regning tage den vare tilbage, der er sket omlevering for».

Første punktum gir forbrukeren en plikt til å medvirke ved avhjelp, mens annet punktum bestemmer at selgeren plikter å ta den omleverte tingen tilbake og kvitte seg med den.

Reglene bygger på en forutsetning om at den omleverte tingen kan returneres. I så måte kan de tas til inntekt for å oppstille et krav om at tingen må kunne returneres for at forbrukeren kan kreve omlevering. Også her kan det imidlertid innvendes at reglene ikke er formulert som vilkår for avhjelp. I stedet synes de å gi uttrykk for konsekvenser av at forbrukeren krever avhjelp, ikke ulikt artikkel 16 nr. 3, som heller ikke kan forstås som å oppstille et slikt vilkår, jf. over.

Departementet viser også til artikkel 13 nr. 1, hvor det heter at forbrukeren ved mangler har rett til «at få varen bragt i overensstemmelse [...] på de betingelser, der er fastsat i denne artikkel». Dette taler med styrke for at vilkårene for beføyelsene reguleres i artikkel 13, og at det som følger av artikkel 14, ikke kan leses om vilkår.

Et ytterligere poeng er at dersom artikkel 14 nr. 2 krever at tingen må returneres, så ville det vært å forvente at direktivet inneholdt regler som skilte mellom årsakene til tingens ødeleggelse. Altså regler av den typen som finnes i forbrukerkjøpsloven § 51 første ledd bokstav a til c. Det kan for eksempel være egenskaper ved tingen som gjør at den ikke kan returneres. Hvis forbrukeren ikke kan kreve omlevering fordi matvarene var fordervet og måtte kastes, er det grunn til å forvente at det kommer til uttrykk.

Det kan synes å ramme selgeren hardt om det ikke stilles krav om at tingen returneres. At tingen ikke kan returneres, kan for eksempel skyldes forbrukerens uvørne bruk. De urimelige resultatene avverges imidlertid av at omlevering i slike tilfeller kan måtte anses å påføre selgeren uforholdsmessig store kostnader, jf. artikkel 13 nr. 2. Også i dag er det slik at man må ta i betraktning det selgeren får i retur, når man vurderer om et omleveringskrav vil påføre selgeren urimelige kostnader, jf. Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 463 og NOU 1993: 27 s. 132.

Departementet antar derfor at det ikke er et krav for omlevering etter direktivet at tingen kan omleveres. Det betyr at forbrukerkjøpsloven § 51 må endres så langt den gjelder for omlevering.

Slik departementet ser det, har man da to muligheter. Den ene er at det ikke stilles noen krav til tingen ved omlevering. Grensene for når selgeren må omlevere, vil da kun bero på om omlevering vil innebære uforholdsmessige kostnader.

Departementet legger til grunn at denne terskelen nås langt lettere der årsaken til tingens ødeleggelse er dens bruk, enn der det skyldes egenskaper ved tingen selv.

Den andre muligheten er at endringene som foreslås over for heving, også foreslås for omlevering. I stedet for å oppstille negative vilkår for omlevering, innebærer et slikt forslag at § 51 regulerer de økonomiske konsekvensene av tingens forringelse etter levering. Kan ikke tingen returneres i vesentlig samme stand og mengde, må forbrukeren i utgangspunktet erstatte den verdireduksjonen tingen har hatt. Dette gjelder likevel ikke hvis årsaken til forringelsen skyldes en av årsakene i § 51 bokstav a til c. Dette vil langt på vei innebære en videreføring av gjeldende rett, jf. § 51 annet ledd.

Departementet antar at dette er å foretrekke. For det første er det grunn til å tro at § 51 gir uttrykk for en hensiktsmessig regulering, som ved dette forslaget langt på vei videreføres. For det andre vil det gi partene større forutsigbarhet enn alternativet. For det tredje innebærer forslaget at forbrukeren i utgangspunktet får risikoen for salgsgjenstanden etter levering. Slik bør det også være, se Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 199.

Departementet legger til grunn at en slik løsning er forenlig med direktivet.

For det første kan en slik regel betraktes som en form for erstatningsregel, og erstatningsreglene faller utenfor direktivet, jf. artikkel 3 nr. 6 og fortalens punkt 18.

For det andre bestemmer artikkel 14 nr. 4 at «[f]orbrukeren skal ikke betale for normal bruk af den omleverede vare i tiden forud for omleveringen».

Bestemmelsen innbyr til en antitetisk tolkning, dvs. at forbrukeren kan måtte betale for unormal bruk. Hvis det var slik at forbrukeren aldri skulle betale noe for bruken av tingen, gir det liten mening å inkludere presiseringen om «normal» bruk. Se også fortalens punkt 57.

Selgeren har bare en interesse i hvordan tingen er brukt hvis det har gitt seg utslag i dens verdi. Det er likegyldig for selgeren om forbrukeren har lagd toast med et vaffeljern som skal omleveres, hvis det ikke påvirker verdien. Den eneste grunnen til at forbrukeren skal måtte betale for unormal bruk, er derfor at bruken har ført til et verdiminus.

Forbrukerkjøpsloven § 51 må likevel utformes i tråd med direktivet.

Departementet vurderer det slik at regelen er i samsvar med direktivet, bortsett fra deler av bokstav c, som lyder slik i dag:

«tingen helt eller delvis er forbrukt eller forandret av forbrukeren under forutsatt bruk før han eller hun oppdaget eller burde ha oppdaget den mangelen som er årsak til avvisningen».

Dersom tingen er brukt på en normal måte eller i tråd med et spesielt formål selgeren kjente, bærer selgeren risikoen for at tingen ikke kan leveres tilbake i vesentlig samme stand og mengde, se over. Dette er i overensstemmelse med artikkel 14 nr. 4.

Skjæringstidspunktet etter § 51 bokstav c er imidlertid tidspunktet da mangelen ble eller burde blitt oppdaget. Brukes tingen etter dette, kan retten til å kreve

omlevering gå tapt eller forbrukeren kan måtte erstatte det verdiminuset bruken fører til, se også jf. Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 711.

Direktivet synes derimot å bestemme at forbrukeren skal slippe å betale for normal bruk frem til tingen er omlevert, jf. «i tiden forud for omleveringen» i artikkel 14 nr. 4. Departementet foreslår å endre bokstav c i tråd med dette.

Forbrukeren vil etter forslaget kunne bruke tingen normalt frem til omlevering eller heving. Det er ikke nødvendig å endre hevingssituasjonen, men departementet antar at det er en fordel med felles regler. Dette vil neppe innebære store realitetsendringer. For det første hører det antakelig til sjeldenhetene at normal bruk fører til noe stort verdiminus. For det andre er det også i dag slik at forbrukeren kan være nødt til å bruke tingen etter at mangelen ble eller burde blitt oppdaget. I Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) vises det på s. 717–718 til denne situasjonen, og det anføres at man da må se det slik at forbrukeren får et erstatningskrav tilsvarende verdiminuset.

11.10 Forventet kontraktsbrudd

For forventet kontraktsbrudd i forbrukerkjøp gjelder kjøpsloven §§ 61 og 62, jf. forbrukerkjøpsloven § 55. Disse reglene er felles for både selgerens og forbrukerens kontraktsbrudd. Kjøpsloven § 61 regulerer blant annet partenes rett til å innstille egen oppfyllelse og holde den tilbake, mens kjøpsloven § 62 har regler om heving ved forventet kontraktsbrudd. Denne regelen gir blant annet forbrukeren en rett til å heve dersom det før oppfyllelse er «klart at det vil inntre kontraktbrudd som vil gi ... hevingsrett», jf. første ledd.

Det er noe uklart hvordan reglene om forventet kontraktsbrudd forholder seg til direktivet. Direktivet inneholder ikke noe som direkte regulerer slike situasjoner. Artikkel 13 nr. 4 bokstav d gjelder riktignok noe liknende, men siden den forutsetter at det har oppstått en mangel, er ikke situasjonene parallelle.

Artikkel 4 bestemmer at direktivet i utgangspunktet totalharmoniserer det som reguleres av det. Siden direktivet ikke inneholder regler om forventet kontraktsbrudd, kan det hevdes at det faller utenfor det direktivet regulerer, og at det derfor er opp til medlemslandene å gi regler om dette. Men dette argumentet kan også snus: Det at direktivet ikke har regler om forventet kontraktsbrudd, kan tilsi at det heller ikke er rom for det. Også andre deler av direktivet kan gi grunnlag for de samme type slutninger, som fortalens punkt 18 som innledes slik: «Dette direktiv bør ikke berøre nationalret, i det omfang de pågældende spørgsmål ikke er regulert af dette direktiv...».

I fortalens punkt 47 står det at direktivet skal «fuldt ud harmonisere de beføjelser, som forbrugere har adgang til i tilfælde af en mangel ved varerne, og betingelserne for udøvelse af sådanne beføjelser». Dette er entydig. Siden bestemmelsene om forventet kontraktsbrudd kan hevdes å utvide adgangen til blant annet heving, kan de synes å ha et problematisk forhold til direktivet. Samtidig omhandler fortalens punkt 47 mangler som er oppstått, og det kan hevdes at forventede mangler er noe annet.

Spørsmålet er etter dette ikke opplagt. Departementet bemerker også at regler om forventet kontraktsbrudd fremstår som «intuitive» og har en forholdsvis lang tradisjon i skandinavisk kontraktsrett. Da fremstår det som lite nærliggende å anta

at direktivet sperrer for slike regler med mindre man har klarere holdepunkter for dette. Det vises også til at det er vanskelig å se hvorfor forbrukeren ikke skal ha mulighet til å heve hvis det er «klart at det vil inntre kontraktsbrudd som vil gi ... hevingsrett», jf. kjøpsloven § 62 første ledd, jf. forbrukerkjøpsloven § 55. Forbrukeren bør i disse situasjoner slippe å vente på at kontraktsbruddet inntre.

På denne bakgrunn foreslår departementet å videreføre forbrukerkjøpsloven § 55, men ber om høringsinstansenes innspill til dette. Alternativet vil være å endre forbrukerkjøpsloven § 55, slik at den ikke regulerer forventede mangler. Departementet legger til grunn at det ikke vil få betydelige konsekvenser. Som omtalt i NOU 1993: 27 s. 105 har regler om forventet kontraktsbrudd neppe stor betydning i forbrukerkjøp.

11.11 Kontraktsbrudd ved deler av det solgte

11.11.1 Gjeldende rett

Forbrukerens beføyelser der selgerens kontraktsbrudd bare gjelder deler av det solgte, er regulert i § 57. Første ledd bestemmer følgende:

«Omfatter selgerens kontraktsbrudd bare en del av det solgte, gjelder reglene om mangler og forsinkelse i kapittel 5 og 6 i loven for denne delen. Forbrukeren kan heve kjøpet i sin helhet når kontraktsbruddet er vesentlig for hele kjøpet.»

For at regelen skal komme til anvendelse, er det en forutsetning at avtalen omfatter ting som kan deles, jf. «en del av det solgte». Den omfatter ikke «tilfelle der mangelen kan henføres til en del av det solgte, men hvor denne delen står i så nær fysisk eller funksjonell sammenheng med resten at det ikke med rimelighet kan foretas en oppdeling», jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 97 om kjøpsloven § 43 som forbrukerkjøpsloven § 57 bygger på. Regelen kommer også bare til anvendelse der det er avtalt at selgeren skal levere alt på en gang. Skal selgeren levere etter hvert, gjelder lovens § 58 for forbrukerens hevingsrett, jf. NU 1984: 5 s. 304 og 306.

Utgangspunktet etter § 57 første ledd første punktum er at reglene om forsinkelse og mangel bare gjelder for den delen av det solgte som er forsinket eller mangelfull. De ulike delene behandles for seg.

Første ledd annet punktum bestemmer imidlertid at forbrukeren unntaksvis kan heve kjøpet «i sin helhet», dvs. også med virkning for den delen av det solgte som er kontraktsmessig. Det forutsetter at «kontraktsbruddet er vesentlig for hele kjøpet».

I § 57 annet ledd er det bestemt om selgerens delvise levering skal bedømmes som en mangel eller forsinkelse. Regelen lyder slik:

«Må selgeren etter forholdene antas å ha avsluttet sin levering enda ikke alt er levert, gjelder reglene om mangler.»

Forbrukerkjøpsloven § 57 tilsvarer som nevnt kjøpsloven § 43 og må forstås på samme måte, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 201.

Forbrukerkjøpsloven § 58 regulerer forbrukerens hevingsrett ved forsinkelse og mangel når det er avtalt at selgeren skal levere etter hvert. Første ledd gir forbrukeren rett til å heve for den enkelte levering og viser at delleveringene i utgangspunktet betraktes for seg. Bestemmelsen lyder slik:

«Skal selgeren levere etter hvert, og det er kontraktsbrudd ved en enkelt dellevering, kan forbrukeren heve for denne leveringen etter reglene om heving.»

Annet ledd gir forbrukeren på nærmere vilkår rett til å heve også for senere leveringer:

«Gir kontraktsbruddet forbrukeren god grunn til å regne med at det vil inntre kontraktsbrudd som vil gi hevingsrett ved senere leveringer, kan han eller hun på dette grunnlaget heve for slike leveringer dersom det skjer innen rimelig tid.»

Dette er en form for antesipert mislighold. Regelen gir forbrukeren en noe videre hevingsadgang ved forventet kontraktsbrudd enn etter kjøpsloven § 62, jf. forbrukerkjøpsloven § 55. Forholdet til reglene i kjøpsloven § 62 er beskrevet i Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 97–98.

Tredje ledd bestemmer at hvis forbrukeren kan heve for én levering, kan han eller hun på nærmere vilkår også heve med virkning for tidligere eller senere leveringer. Bestemmelsen lyder slik:

«Dersom forbrukeren hever for en enkelt levering, kan han eller hun samtidig heve kjøpet for tidligere eller senere leveringer som på grunn av sammenhengen mellom leveringene ikke vil kunne brukes til formål som partene forutsatte på avtaletiden.»

Dette vurderingstemaet i § 58 tredje ledd er annerledes enn det § 57 første ledd annet punktum oppstiller. Som det er fremholdt i Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) på s. 789, er det ikke åpenbart hvorfor hevingsvurderingene etter disse reglene er forskjellige. Det kan være tilfeldigheter som avgjør om det blir avtalt levering etter hvert, slik at tilfellet reguleres av § 58 tredje ledd, eller samtidig, slik at det i stedet må vurderes mot § 57 første ledd annet punktum.

Forbrukerkjøpsloven § 58 tilsvarende kjøpsloven § 44 og må forstås på samme måte, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 201.

11.11.2 Direktivet

Direktivet artikkel 16 nr. 2 regulerer forbrukerens hevingsrett når bare noen av varene er mangelfulle. Regelen er ny og har ingen parallell i 1999-direktivet. Den lyder slik:

«Når manglen kun vedrører nogle af de i henhold til købsaftalen leverede varer, og der foreligger en grund til at ophæve købsaftalen i henhold til artikel 13, kan forbrukeren udelukkende ophæve købsaftalen, hvad angår disse varer og andre varer, som forbrukeren har købt sammen med de mangelfulde varer, hvis forbrukeren ikke med rimelighed kan forventes at acceptere kun at beholde de varer, der er i overensstemmelse.»

Hovedregelen er at forbrukeren bare kan heve med virkning for de varene som er mangelfulle. Dette følger av formuleringen «[n]år manglen kun vedrører nogle af de i henhold til købsaftalen leverede varer [...], kan forbrukeren udelukkende ophæve købsaftalen, hvad angår disse varer [...]».

Unntaksvis kan imidlertid forbrukeren også heve avtalen med virkning for «andre varer, som forbrukeren har købt sammen med de mangelfulde varer» selv om de er kontraktsmessige. Det er tilfellet hvis «forbrukeren ikke med rimelighed kan forventes at acceptere kun at beholde» dem.

Hva som ligger i dette vilkåret, er ikke nærmere omtalt i direktivets artikler eller fortale. Ordlyden gir anvisning på en bred vurdering, hvor det særlig skal legges

vekt på hvilken interesse forbrukeren har av å beholde bare de kontraktsmessige ytelsene.

Det er en forutsetning for at regelen i artikkel 16 nr. 2 skal komme til anvendelse, at avtalen gjelder flere selvstendige «varer». Ordlyden viser at selgerens ytelse må være delelig. Hva som skal regnes som én og samme vare etter direktivet, er ikke presisert. Definisjonene i artikkel 2 nr. 5, som bestemmer at uttrykket «varer» omfatter «enhver løseøregenstand», gir begrenset veiledning for hvordan man trekker grensen mellom én og flere varer. Det synes derfor naturlig å ta utgangspunkt i den vurderingen som legges til grunn etter forbrukerkjøpsloven § 57 om hvorvidt tingen anses delelig eller ikke, se Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 97.

Videre må samtlige varer etter direktivet være omfattet av samme kjøpsavtale, jf. «købt sammen» i artikkel 16 nr. 2.

Ordlyden i artikkel 16 nr. 2 skiller ikke mellom situasjonene hvor det er avtalt levering samtidig eller etter hvert. At de mangelfrie varene er «købt sammen med de mangelfulde», kan språklig sett ikke tas til inntekt for mer enn at varene omfattes av samme kjøpsavtale med selgeren. Bestemmelsen regulerer derfor forbrukerens adgang til å heve for annet enn de mangelfulle varene både når det er avtalt løpende levering, og når det er avtalt samtidig levering.

11.11.3 Departementets vurdering

Utgangspunktet etter artikkel 16 nr. 2 er at der forbrukeren har kjøpt flere ting og bare noen er mangelfulle, så kan forbrukeren bare heve for disse. Spørsmålet vil derfor bli om mangelen er «uvæsentlig», jf. artikkel 13 nr. 5. Dette er også utgangspunktet etter norsk rett, jf. § 57 første ledd første punktum og § 58 første ledd, jf. § 32.

Artikkel 16 nr. 2 gir forbrukeren en mulighet til å heve også for de kontraktsmessige varene «hvis forbrukeren ikke med rimelighet kan forventes at acceptere kun at beholde» dem. Dette gjelder etter ordlyden både der det er avtalt samtidig levering, sml. § 57, og levering etter hvert, sml. § 58. Også §§ 57 og 58 åpner for at forbrukeren på nærmere vilkår kan heve for de kontraktsmessige delene av det solgte. Samtidig er vurderingstemaet etter alle disse tre reglene ulikt.

Etter § 57 første ledd annet punktum skal det vurderes om «kontraktsbruddet er vesentlig for hele kjøpet», mens spørsmålet etter § 58 tredje ledd er om «leveringene ikke vil kunne brukes til formål som partene forutsatte på avtaletiden». Disse vurderingstemaene avviker fra direktivet, og reglene må derfor endres. En mulighet er å endre bestemmelsenes ordlyd, slik at de begge svarer til direktivets artikkel 16 nr. 2.

En annen mulighet er å slå §§ 57 og 58 sammen, slik at loven får én paragraf som gjelder selgerens kontraktsbrudd ved deler av det solgte, og dermed også bare én paragraf som regulerer forbrukerens rett til å heve hele kjøpet når kontraktsbruddet bare angår deler av det. Departementet foreslår en slik lovteknisk løsning.

Det kan uavhengig av direktivets artikkel 16 nr. 2 anføres argumenter til støtte for dette forslaget. Det vil innebære en forenkling av regelverket og gjøre det mer oversiktlig for forbrukerne. Man vil også unngå noen gjentakelser i lovteksten. Som nevnt i punkt 11.11.1 kan de ulike vurderingstemaene i § 57 første ledd annet punktum og § 58 tredje ledd dessuten innebære noen ubegrunnede forskjeller.

Departementet foreslår på denne bakgrunn en ny § 57 som vil ta opp i seg dagens § 57 og deler av § 58 samt gjennomføre direktivets artikkel 16 nr. 2.

Hevingsvurderingen vil etter forslaget ikke være forskjellig ut fra om det er avtalt samtidig levering eller levering etter hvert. Spørsmålet vil i stedet bli om forbrukeren «ikke med rimelighet kan forventes å beholde» bare de kontraktsmessige delene. Selv om vurderingstemaet endres, antar departementet at resultatet i det konkrete tilfellet sjelden vil falle annerledes ut enn etter den nåværende utformingen.

Uttrykket «en del av det solgte» i § 57 første og annet ledd må i prinsippet forstås i samsvar med hva som anses som én eller flere varer etter direktivet artikkel 16 nr. 2. Som omtalt over gir direktivet begrenset veiledning for hvordan man skiller mellom én vare og flere varer. Det synes derfor naturlig å ta utgangspunkt i den samme vurderingen man i dag må ta for å avgjøre om en ting er delelig eller ikke, se Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 97. For øvrig antas det at man må se hen til hvordan det kan deles, hvor nær sammenheng det er mellom de forskjellige delene, og hvilken verdi og funksjon de har som selvstendige deler. Er ikke tingen delelig, må spørsmålet om hele kjøpet kan heves, vurderes etter hovedregelen i § 32.

Når det gjelder særregelen om forventet kontraktsbrudd i § 58 annet ledd, foreslår departementet å ikke videreføre denne regelen. Det vil innebære at alle forventede kontraktsbrudd må vurderes opp imot reglene i kjøpsloven §§ 61 og 62, jf. forbrukerkjøpsloven § 55. Til støtte for dette kan det vises til at det vil bidra til en forenkling av regelverket.

Som motargument kan det anføres at en opphevelse av § 58 annet ledd vil snevre inn forbrukerens adgang til å heve. Departementet legger imidlertid ikke stor vekt på dette. Det dreier seg her om en snever regel som neppe har stor praktisk betydning. Departementet minner om at regelen bare gjelder der det er avtalt delleveringer, og der kontraktsbruddet ved én dellevering gir forbrukeren «god grunn til å tro at det vil inntre kontraktsbrudd som vil gi hevingsrett ved senere leveringer». Som omtalt over har nok reglene om forventet kontraktsbrudd dessuten begrenset betydning i forbrukerkjøp.

Forbrukerkjøpsloven §§ 57 og 58 regulerer også situasjonen hvor deler av det solgte er forsinket, og endringsforslaget får derfor betydning også for forsinkelsestilfellene. Hensynene som er nevnt foran, gjør seg gjeldende også for forsinkelse. Videre har det en selvstendig verdi at man har like regler for forsinkelser og mangler.

11.12 Forsinket oppfyllelse av biforpliktelser

Som ledd i gjennomføringen av forbrukerrettighetsdirektivet (2011/83/EU) ble forbrukerkjøpsloven § 23 endret ved lov 20. juni 2014 nr. 27. Endringen gikk blant annet ut på at direktivets artikkel 18 nr. 2 ble gjennomført i § 23 første og annet ledd. I tillegg ble tidligere § 23 tredje ledd, som regulerte heving ved oversittelse av tilleggsfrist, erstattet av varslingsregelen som tidligere fremgikk av § 23 første ledd annet punktum. Videre ble § 23 fjerde ledd opphevet.

I forbindelse med disse endringene ble behovet for en konsekvensendring i § 19 tredje ledd oversett. Det heter i § 19 tredje ledd at forbrukerkjøpslovens regler om forsinkelse gjelder tilsvarende for biforpliktelser så langt reglene passer, «likevel

ikke § 23 tredje ledd og fjerde ledd». Disse henvisningene er feil og bør rettes opp. Det er ikke noe fjerde ledd i § 23.

Henvisningen til § 23 tredje ledd innebar før lovendringen at reglene om heving og tilleggsfrist ikke gjaldt ved biforpliktelser. Bakgrunnen var at heving er en streng reaksjon, og at det ikke uten videre er rimelig at kjøperen kan heve etter utløpet av tilleggsfristen hvis den forsinkede biforpliktelsen er bagatellmessig, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 65.

Det er imidlertid dette som etter lovendringen i 2014 er forbrukerkjøpslovens system. Det heter i § 19 tredje ledd at reglene om forsinkelse gjelder «tilsvarende så langt de passer». Dette inkluderer etter ordlyden også regelen i forbrukerkjøpsloven § 23 første ledd om heving etter tilleggsfrist.

Det kan være en mulighet å beholde det som ved en feil er blitt dagens regulering. Til dette kan det innvendes at begrunnelsen fra Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) om at en slik løsning kan være urimelig, fortsatt står seg. På den andre siden har dette vært rettstilstanden siden juni 2014, og departementet kjenner ikke til at de nåværende reglene har skapt urimelige utslag. I tillegg kommer at reglene om brudd på biforpliktelser er fravikelige, jf. forbrukerkjøpsloven § 19 tredje ledd annet punktum.

En annen mulighet er å gå tilbake til rettstilstanden før lovendringen i 2014, hvor heving for forsinkelse av biforpliktelser måtte vurderes etter hovedregelen om «vesentlig» kontraktsbrudd i daværende § 23 første ledd. Til støtte for dette alternativet kan det vises til at den brede, skjønnsmessige vurderingen som ligger i om kontraktsbruddet er «vesentlig», bedre kan ta hensyn til de forskjellige biforpliktelsene i forskjellige kontraktsforhold.

Forbrukerkjøpsloven § 23 ble endret på grunn av forbrukerrettighetsdirektivet artikkel 18 nr. 2. Regelen bestemmer at forbrukeren skal gi selgeren en rimelig tilleggsfrist hvis varene ikke er levert innen leveringstiden. Overholder ikke selgeren tilleggsfristen, kan forbrukeren heve kjøpet, se nærmere Prop. 64 L (2013–2014) s. 101–105. Artikkel 18 om leveringstid og heving får anvendelse på «salgsavtaler», jf. artikkel 17 nr. 1. Salgsavtaler i direktivets forstand omfatter rene kjøpsavtaler og kombinerte avtaler som inneholder et kjøps- og et tjenesteelement, for eksempel kjøp av et nytt kjøkken med installering, jf. artikkel 2 første ledd nr. 5. Installeringen vil være en biforpliktelse etter forbrukerkjøpsloven § 19 tredje ledd. Et spørsmål som da oppstår, er om det er opp til medlemsstatene å regulere biforpliktelser, eller om også det reguleres av forbrukerrettighetsdirektivet artikkel 18.

Departementet legger til grunn at artikkel 18 ikke regulerer brudd på biforpliktelser, selv om den gjelder kombinerte avtaler. Det vises her til at formuleringene gjennomgående er knyttet opp til «levering av varene» – altså kjøps-elementet i kombinerte avtaler – ikke tjenesteelementet. Det antas derfor at direktivet ikke er til hinder for at man regulerer forsinket oppfyllelse av biforpliktelser annerledes enn plikten til å levere tingen til rett tid.

Det er mulig dette stiller seg annerledes i noen situasjoner hvor selgeren også skal installere varene. Et slikt eventuelt problem vil imidlertid uansett løses av de foreslåtte endringene om når varer som skal installeres, anses levert, se punkt 6.

Departementet foreslår på denne bakgrunn å gjeninnføre vesentlighetskriteriet for brudd på biforpliktelser ved å endre § 19 tredje ledd.

12 Garantier

12.1 Gjeldende rett

I norsk rett er garantier som stilles overfor forbrukere, regulert i både forbrukerkjøpsloven og markedsføringsloven. En garanti er noe selgeren påtar seg i tillegg til det lovfestede ansvaret for mangler (og som altså vil være et supplement til lovens forbrukervernregler). En garanti vil alltid utvide, og ikke innskrenke, selgerens ansvar. Forbrukerkjøpsloven gir i § 18 a regler om betydningen av at det er gitt en garanti. Markedsføringsloven § 23 stiller krav til innhold og utforming av garantivilkår.

Regulering av garantier i forbrukerkjøpsloven

Forbrukerkjøpsloven § 18 a regulerer som nevnt garantiens betydning i forbrukerkjøp. I første ledd angis hva som anses som en garanti i lovens forstand. For det første anses det som en garanti der en selger påtar seg «å svare for feil ved tingen som ikke er en mangel etter reglene i loven». Selgeren kan da fastsette «hvilke krav forbrukeren kan gjøre gjeldende som følge av feilen». Som eksempel på en feil som ikke er mangel etter loven, nevnes i lovforarbeidene, Ot.prp. nr. 23 (2006–2007) side 71, at selgeren påtar seg å reparere rustskader på en bil selv om rustskadene ikke var til stede da forbrukeren overtok bilen. For det annet kan en garanti også innebære at selgeren påtar seg «å svare i større utstrekning for en mangel enn etter reglene i loven», jf. første ledd annet punktum. Som eksempler på dette nevnes i den nevnte proposisjonen at selgeren gir kjøperen rett til en erstatningsgjenstand i større utstrekning enn det som følger av loven, eller at selgeren påtar seg å yte erstatning til forbrukeren uten at det foreligger et økonomisk tap.

Følgelig gjelder bestemmelsen tilsagn fra selgeren om ansvar for feil ved tingen som ikke er en kjøpsrettslig mangel etter loven, og også tilsagn om ansvar som går utover hva loven krever i mangelstilfeller. For øvrig inneholder loven ingen direkte definisjon av garantibegrepet.

I Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 315–316 er garantier definert som «et løfte der løftegiveren påtar seg å bære en risiko som ellers etter bakgrunnsreglene ville ligget hos løftemottakeren». I forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 artikkel 1 nr. 2 bokstav e er «garanti» definert som «enhver forpliktelse som en selger eller en produsent har påtatt seg overfor forbrukeren til uten tilleggskostnader å tilbakebetale kjøpesummen eller omlevere, utbedre eller på annen måte avhjelpe mangler ved forbruksvaren dersom den ikke svarer til de spesifikasjoner som framgår av garantierklæringen eller av den relevante reklamen».

I juridisk teori har det vært vanlig å skille mellom bevisbyrdegarantier og funksjonsgarantier. Denne terminologien er også brukt i forarbeidene til forbrukerkjøpsloven, jf. Ot.prp. nr. 23 (2006–2007) bl.a. på s. 34. Bevisbyrdegarantier innebærer at bevisbyrden for om det foreligger en mangel på leveringstidspunktet, flyttes over fra kjøperen til selgeren. Funksjonsgarantier innebærer i grove trekk at selgeren påtar seg risikoen for ytelsens funksjonsdyktighet i garantitiden. (I Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) nevnes på s. 316 som en tredje kategori garantier som utvider de rettighetene kjøperen har sammenlignet med bakgrunnsretten.)

§ 18 a annet ledd gjelder funksjonsgarantier. Regelen får anvendelse der selgeren ved en garanti har «forpliktet seg til innenfor et visst tidsrom å svare helt eller delvis for tingens anvendelighet eller andre egenskaper». Om selgeren har forpliktet seg på en slik måte, vil bero på en tolkning av garantien (det er ikke avgjørende om ordet garanti er benyttet). Annet ledd regulerer situasjonen der selgeren har påtatt seg en slik forpliktelse, men «uten å angi på en tydelig måte hvilke feil ved tingen selgeren svarer for og hvilke krav forbrukeren kan gjøre gjeldende som følge av feilen». I så tilfelle fastsettes det i lovteksten at det foreligger mangel dersom tingen ikke svarer til selgerens forpliktelse. Om tingen svarer til selgerens forpliktelse, vil bero på en tolkning av garantien. Hvis dette ikke er tilfellet, kan forbrukeren gjøre mangelskrav gjeldende etter lovens regler.

I Ot.prp. nr. 23 (2006–2007) side 72 nevnes som eksempel på et tilfelle som kan falle inn under annet ledd, at det er gitt en generell garanti for et produkts funksjon i 10 år, uten å angi hvilke feil den dekker eller på hvilken måte den skiller seg fra lovens ordinære mangelsregulering, og heller ikke sier noe nærmere om hvilke krav forbrukeren skal ha. En mer presist angitt garanti vil derimot etter omstendighetene falle utenfor annet ledd.

Imidlertid presiseres det i annet punktum at det likevel ikke anses som en mangel hvis selgeren sannsynliggjør at feilen skyldes en ulykkeshendelse, feil håndtering av tingen eller annet forhold på forbrukerens side.

Tredje ledd regulerer situasjonen der garantier som nevnt i annet ledd (funksjonsgarantier) er gitt av andre enn selgeren. Første punktum fastslår at hvis garantien fremstår for forbrukeren som om den er gitt av selgeren, foreligger en mangel etter reglene i annet ledd. Dette gjelder likevel ikke dersom selgeren før kjøpet meddeler forbrukeren at han eller hun ikke er bundet av en garanti gitt av andre, jf. tredje ledd annet punktum.

Bestemmelsens fjerde ledd slår fast garantiens bindende virkning. Her fastsettes det at en garanti er rettslig bindende for garantigiveren på de vilkår som er fastsatt i garantierklæringen og i tilknyttet reklame, og den begrenser ikke forbrukerens rettigheter etter loven, jf. § 3 første ledd. (Det fremgår av § 3 at det ikke kan avtales eller gjøres gjeldende vilkår som er ugunstigere for forbrukeren enn det som følger av loven.) Fjerde ledd gjennomfører artikkel 6 i 1999-direktivet.

Regulering av garantier i markedsføringsloven

Også markedsføringsloven oppstiller krav til garantivilkår i forbrukerforhold. Det følger av § 23 første ledd at dersom det ytes en garanti, skal det «på en tydelig og lettfattelig måte» opplyses om følgende i garantivilkårene:

- a) garantiens innhold, herunder eventuelle begrensninger og særlige betingelser,
- b) at forbrukerens rettigheter etter aktuell og nærmere angitt lovgivning kommer i tillegg til garantien, og at disse rettighetene ikke berøres av garantien,
- c) hva som er nødvendig for å benytte garantien, herunder garantiens varighet og geografiske virkeområde samt garantigiverens navn og adresse,
- d) lengstefristen for reklamasjon etter aktuell og nærmere angitt lovgivning, dersom den er lengre enn garantitiden,

- e) at det uansett kan reklameres på ytelsen i sin helhet etter aktuell og nærmere angitt lovgivning, dersom garantien er begrenset, for eksempel ved at garantien kun gjelder en del av ytelsen eller bare deler av utbedringskostnadene dekkes av garantien.

Garantivilkårene skal altså inneholde opplysninger om forholdene som angis i bokstav a til e. Det følger av Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 206 at bestemmelsen ikke er ment å være uttømmende.

Bestemmelsen er en videreføring av markedsføringsloven 1972 § 9 bokstav d, som gjennomførte artikkel 6 nr. 2 til 4 i forbrukerkjøpsdirektivet (1999/44). Det ble i tillegg innført noen øvrige krav som ikke fulgte av forbrukerkjøpsdirektivet, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 43 (2001–2002) side 16.

I markedsføringsloven § 5 bokstav e er garanti definert som «enhver forpliktelse som den næringsdrivende har påtatt seg overfor forbrukeren i forbindelse med omsetning av varer, tjenester eller andre ytelser som gir forbrukeren rettigheter i tillegg til rettighetene forbrukeren ellers har». Kort sagt er det tale om rettigheter som kommer i tillegg til det som følger av lovgivningen eller av ulovfestet rett. Definisjonen er videre enn den som følger av 1999-direktivet, da den ikke er begrenset til forbrukerkjøp av varer.

I § 23 annet ledd oppstilles et språkkrav. Det følger av bestemmelsen at dersom «markedsføringen forut for avtaleinngåelsen er rettet til norske forbrukere, skal garantivilkårene være utformet på norsk». Bestemmelsen innskrenker ikke selgerens mulighet til å anvende også andre språk, jf. Ot.prp. nr. 43 (2001–2002) side 23.

I tredje ledd er det gitt nærmere regler om utlevering av garantivilkår. Etter første punktum skal garantigiveren opplyse forbrukeren om garantien og at forbrukeren har rett til å få garantivilkårene utlevert. Selgeren pålegges altså en plikt til å opplyse om at det foreligger en garanti, og at forbrukeren kan få denne utlevert. Annet punktum fastslår at når forbrukeren ber om det, skal han eller hun «motta garantivilkårene lesbart og lagret på papir eller et annet varig medium som forbrukeren råder over». Garantivilkårene kan utleveres i form av vanlig skrift på papir eller sendes elektronisk for eksempel som e-post, men det er ikke tilstrekkelig å bare henvise forbrukeren til garantivilkår som ligger på selgerens eller tjenesteyterens internettsider, jf. Ot.prp. nr. 43 (2001–2002) side 23. Ifølge forarbeidene skal uttrykket «varig medium» forstås i samsvar med definisjonen i angrerettloven § 5 bokstav f, som gjennomfører forbrukerrettighetsdirektivet (2011/83) artikkel 2 nr. 10, jf. Ot.prp. nr. 43 (2001–2002) side 14.

12.2 Direktivet

Kommersielle garantier er regulert i direktivet artikkel 17. Artikkelen stiller bl.a. nærmere krav til innholdet i garantierklæringer, og hvordan garantierklæringer skal gjøres tilgjengelig for forbrukerne.

Begrepet kommersiell garanti er i artikkel 2 nr. 12 definert som:

«enhver forpliktelse, som sælgeren eller en producent (garantigiveren) har påtaget sig over for forbrukeren, ud over sælgerens retlige forpligtelse til at levere en kontraktmæssig ydelse, til at refundere en købesum eller omlevere, reparere eller på anden måde afhjælpe mangler ved varerne, hvis de ikke svarer til de specifikationer eller ethvert andet krav, der fremgår af garantierklæringen eller af de relevante reklamer, der var tilgængelige på

tidspunktet eller forud for aftalens indgåelse, og som ikke relaterer sig til ydelsens kontraktmæssighed».

Som det fremgår av definisjonen, er en garanti altså en forpliktelse selgeren eller produsenten av salgstingen har påtatt seg overfor forbrukeren, og som kommer i tillegg til de rettslige forpliktelsene etter avtale eller lov.

Etter artikkel 17 nr. 1 første avsnitt er en garanti bindende for garantigiveren på vilkårene som er fastsatt i garantierklæringen og tilknyttet reklamer som var tilgjengelige på eller før tidspunktet for avtaleinngåelsen. En garanti er altså bindende for selgeren i samsvar med det som følger av avtalen mellom partene, og av det som er annonsert eller reklamert om garanti forut for avtaleinngåelsen.

I nr. 1 annet avsnitt klargjøres at dersom vilkårene i garantierklæringen er mindre fordelaktige for forbrukeren enn vilkårene som fremgår av tilknyttet reklame før avtaleinngåelsen, skal de mest gunstige vilkårene for forbrukeren legges til grunn (dvs. vilkårene i reklamen). Dette gjelder med mindre tilknyttet reklame før avtaleinngåelsen er blitt rettet på samme eller tilsvarende måte som de ble fremsatt.

I artikkel 17 nr. 2 stilles krav til innhold i garantierklæringen og hvordan erklæringen skal gjøres tilgjengelig for forbrukeren. Manglende overholdelse av disse kravene påvirker imidlertid ikke garantiens bindende karakter, jf. nr. 3.

Garantien skal leveres til forbrukeren på et «varig medium» senest ved levering av varene, jf. artikkel 17 nr. 2 første punktum. Et varig medium er i direktivet artikkel 2 nr. 11 definert som:

«ethvert middel, som setter forbrukeren eller sælgeren i stand til at lagre opplysninger rettet personlig til vedkommende med mulighet for fremtidig anvendelse i en periode tilpasset etter opplysningernes formål, og som gir mulighet for uendret gengivelse av de lagrede opplysninger».

Definisjonen er med mindre språklige forskjeller sammenfallende med definisjonen i artikkel 2 nr. 10 i direktiv 2011/83/EU.

Garantierklæringen skal formidles på et «klart og forståelig språk», jf. nr. 2 annet punktum. Etter tredje punktum skal erklæringen inneholde: a) rettigheter forbrukeren har i henhold til lov, herunder at forbruker har rett til vederlagsfri avhjelp ved eventuelle mangler, b) garantigiverens navn og adresse, c) fremgangsmåten for gjennomføring av garantien, d) hvilke varer garantien gjelder for og e) vilkårene for garantien.

Etter artikkel 17 nr. 4 kan medlemsstatene fastsette regler om andre aspekter ved kommersielle garantier som ikke er regulert i direktivet, herunder regler om på hvilket eller hvilke språk garantierklæringen skal gjøres tilgjengelig for forbrukeren.

Dette er også utdypet i fortalepunkt 62:

«Medlemsstaterne bør frit kunne fastsette regler om andre aspekter af handelsmæssige garantier, som ikke er omfattet af dette direktiv, f.eks. om at tilknytte andre debitorer end garantigiveren til den handelsmæssige garanti, forudsat at disse regler ikke fratager forbrugere den beskyttelse, de nyder takket være dette direktivs fuldt ud harmoniserede bestemmelser om handelsmæssige garantier. Medlemsstaterne bør fortsat frit kunne kræve, at handelsmæssige garantier ydes gratis, men bør sikre, at enhver handling fra sælgerens eller producentens side, der er omfattet af definitionen af handelsmæssige garantier som fastsat i dette direktiv, er i overensstemmelse med direktivets harmoniserede regler.»

Det er altså adgang til å fastsette regler om andre sider ved garantier som ikke er omfattet av direktivet, forutsatt at de ikke fratrukkerne beskyttelsen etter direktivets bestemmelser. Det er videre adgang til å kreve at garantier ytes gratis.

12.3 Departementets vurdering

Etter departementets vurdering er den gjeldende reguleringen av garantier i forbrukerkjøpsloven § 18 a og markedsføringsloven § 23 i hovedsak i samsvar med direktivet. Departementet foreslår imidlertid enkelte mindre endringer i begge lovbestemmelsene for å oppfylle direktivets krav.

Forslag til endringer i forbrukerkjøpsloven

Både etter forbrukerkjøpsloven § 18 a fjerde ledd og direktivets bestemmelse er opplysninger som er gitt i tilknyttet reklame, bindende for selgeren på samme måte som garantierklæringen. Imidlertid har direktivet en regel om et spørsmål som ikke er regulert i loven – situasjonen der vilkårene i garantierklæringen er mindre fordelaktige for forbrukeren enn vilkårene som fremgår av den tilknyttede reklamen. Direktivets regel er her at garantien blir bindende på vilkårene som fremgår av den tilknyttede reklamen. Dette gjelder med mindre den tilknyttede reklamen før avtaleinngåelsen er blitt rettet på samme eller tilsvarende måte som den ble fremsatt. Ettersom loven i dag ikke har noen regel om dette, foreslår departementet at en slik regulering også inntas i bestemmelsen, jf. lovforslaget § 18 a fjerde ledd nytt annet og tredje punktum.

Direktivet sier ikke direkte at ved motstrid som innebærer at vilkårene i garantierklæringen er mer fordelaktige enn vilkårene i tilknyttet reklame, er det de førstnevnte vilkårene som legges til grunn, men det kan neppe være tvilsomt og må anses underforstått. Slik sett kunne regelen antakelig også vært utformet slik at vilkårene som er mest fordelaktige for forbrukeren, legges til grunn som bindende ved motstrid. Departementet foreslår imidlertid at regelen formuleres på samme måte som i direktivet.

Etter § 18 a fjerde ledd er en garanti rettslig bindende for «garantigiveren». Det antas at dette kan omfatte både selgeren og produsenten, på samme måte som i direktivet. Etter bestemmelsens tredje ledd er det i tillegg en særlig regel om at en selger kan bli ansvarlig for garanti gitt av andre enn selgeren selv, dersom det fremstår for forbrukeren som om garantien er gitt av selgeren. I lys av direktivet artikkel 17 nr. 4 og fortalepunkt 62 antas det at en slik regulering kan opprettholdes.

Forslag til endringer i markedsføringsloven

Kravene til innhold som følger av markedsføringsloven § 23 første ledd bokstav a til e, synes å være sammenfallende med direktivets artikkel 17 nr. 2 bokstav a til e – likevel slik at markedsføringsloven på enkelte punkter stiller ytterligere krav, jf. eksempelvis § 23 første ledd bokstav d. Dette antas å være i samsvar med direktivet.

Direktivets krav om at garantien skal være utformet på et «klart og forståelig språk» antas også å være sammenfallende med kravet i markedsføringsloven § 23 første ledd, der det kreves at det skal opplyses om garantivilkårene på en «tydelig og lettforståelig måte». Det vil også være adgang til å opprettholde det særlige kravet i § 23 annet ledd om at markedsføring som er rettet mot norske forbrukere, skal være utformet på norsk, jf. artikkel 17 nr. 4 som uttrykkelig åpner for dette.

Det er visse forskjeller på kravene til formidling av garantien til forbrukeren. Direktivet krever at garantierklæringen skal utleveres til forbrukeren på et varig medium senest samtidig med levering av varene, mens det etter markedsføringsloven § 23 tredje ledd bare stilles krav om at forbrukeren skal opplyses om at han eller hun har rett til å få utlevert garantivilkårene. Etter loven er det altså ingen plikt for garantigiveren til å utlevere vilkårene med mindre forbrukeren ber om det. Det foreslås derfor at garantigiveren skal utlevere vilkårene til forbrukeren på et varig medium (uavhengig av om forbrukeren ber om det), jf. forslaget til endring av markedsføringsloven § 23 tredje ledd i lovforslaget.

Etter markedsføringsloven § 5 bokstav e skal det ikke tas betalt for garantier, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) side 191–192. Som tidligere nevnt følger det av fortalepunkt 62 at medlemsstatene etter direktivet står fritt til å stille krav om at garantier ytes gratis. Det antas å være i tråd med alminnelig forståelse av «garanti» at det er noe man ikke betaler for, og departementet foreslår ingen lovendringer på dette punktet.

13 Regress

13.1 Direktivet

Direktivet har i artikkel 18 en regel som gjelder selgerens regressrett i tilfeller der selgeren er ansvarlig overfor forbrukeren på grunn av en mangel som et tidligere ledd i transaksjonskjeden er ansvarlig for.

Regressregelen får anvendelse dersom selgeren er ansvarlig overfor forbrukeren på grunn av manglende samsvar som skyldes en handling eller en unnlattelse fra en person i foregående ledd av transaksjonskjeden, jf. første punktum. I artikkelen nevnes særskilt at dette bl.a. omfatter unnlattelse av å levere oppdateringer til varer med digitale elementer i samsvar med artikkel 7 nr. 3. Direktivet gir anvisning på at selgeren i slike tilfeller skal ha rett til å fremme krav mot den eller de personene som er ansvarlige i transaksjonskjeden.

Imidlertid presiseres det i annet punktum at hvilke personer selgeren kan fremme krav overfor, og de aktuelle beføyelsene og vilkårene for utøvelsen, skal fastsettes i nasjonal rett. Dette utdypes også noe i fortalen punkt 63:

«Dette direktiv bør imidlertid ikke berøre prinsippet om avtalefrihet mellom selgeren og andre parter i transaksjonskjeden. Nærmere opplysninger om utøvelsen av denne retten, særlig overfor hvem og hvordan slike rettslige skritt skal tas og hvorvidt de rettslige skrittene er av ufravikelig karakter, bør fastsettes av medlemsstatene.»

Videre gis det i samme fortalepunkt også uttrykk for at forbrukerens adgang til å fremme direktekrav mot tidligere ledd i transaksjonskjeden som den klare hovedregelen ikke reguleres av direktivet:

«Spørsmålet om hvorvidt forbrukeren også kan framsette et krav direkte overfor en person i tidligere ledd i transaksjonskjeden bør ikke reguleres av dette direktiv, unntatt i tilfeller der en produsent tilbyr forbrukeren en kommersiell garanti for varene.»

Med unntak for tilfeller der produsenten stiller en garanti overfor forbrukeren, jf. artikkel 17, faller forbrukerens direktekrav mot tidligere salgslødd altså utenfor direktivets regulering, slik at man står fritt til å fastsette dette i nasjonal rett.

13.2 Gjeldende rett

En regel med samme innhold som artikkel 18 i 2019-direktivet finnes i artikkel 4 i 1999-direktivet. Denne artikkelen lyder slik (i norsk oversettelse):

«Dersom den endelige selger er ansvarlig overfor forbrukeren for en manglende avtalemessighet som skyldes en handling eller unnlattelse begått av produsenten, en tidligere selger i samme avtalekjede eller en annen mellommann, skal den endelige selger ha rett til å gjøre krav gjeldende mot den eller de ansvarlige person(er) i avtalekjeden. Det skal avgjøres etter nasjonal rett hvilken eller hvilke ansvarlige person(er) den endelige selger kan gjøre krav gjeldende mot, samt på hvilken måte og på hvilke vilkår han/hun kan utøve denne retten.»

I høringsnotat 2. juni 2000 ble behovet for gjennomføring av artikkel 4 i norsk rett vurdert. I den forbindelse uttalte departementet:

«Med dette er det enkelte landet gitt betydelig frihet ved gjennomføring av prinsippet om selgerens regressrett. Det som kreves, synes å være at det i det enkelte land finnes en deklarasjonsregel som slår fast at selgeren som utgangspunkt har regressrett overfor sin hjemmelsmann dersom mangelen skyldes en tidligere selger mv.

Etter gjeldende norsk rett vil yrkesselgerens adgang til å reise regresskrav mot sin hjemmelsmann ofte følge av de alminnelige reglene i kjøpsloven om selgerens ansvar for mangler. Disse bestemmelsene om selgereansvar vil gjelde når den endelige selgeren har opptrådt som kjøper overfor sin hjemmelsmann. Regressansvar kan også tenkes på andre grunnlag. Justisdepartementet antar at det ikke er nødvendig med ytterligere gjennomføring av direktivet artikkel 4.»

I lovproposisjonen, Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) på side 21, ble det vist til vurderingen som ble foretatt i høringsnotatet, uten å gå nærmere inn på spørsmålet.

13.3 Departementets vurdering

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, ble det ikke ansett nødvendig med lovendringer for å sikre gjennomføringen av artikkel 4 i 1999-direktivet. Det fremgår av ordlyden i den tilsvarende artikkel 18 i 2019-direktivet og fortalepunkt 63 at medlemsstatene har stor frihet med hensyn til gjennomføring av denne bestemmelsen om selgerens regressrett. Departementet kan ikke se at det er grunn til å vurdere dette spørsmålet annerledes nå enn tidligere. På denne bakgrunn antar departementet at det ikke er behov for gjennomføring av denne artikkelen utover det som følger av gjeldende rett.

14 Økonomiske og administrative konsekvenser

Norges forpliktelser etter EØS-avtalen innebærer en plikt til å gjennomføre det nye forbrukerkjøpsdirektivet i norsk rett. Departementet har vurdert økonomiske og administrative konsekvenser av forslagene i høringsnotatet for selgere av varer (og næringslivet for øvrig), forbrukere og det offentlige. Generelt antas mer enhetlige regler for salg av varer til forbrukere innenfor EØS-området å medføre fordeler for både næringsdrivende (selgere) og forbrukere, se nærmere om dette nedenfor. For øvrig antas gjennomføring av direktivet ikke å medføre vesentlige økonomiske eller administrative konsekvenser. Riktignok foreslås en del endringer i forbrukerkjøpsloven på bakgrunn av direktivet, og det vil påløpe noen kostnader for de næringsdrivende når de skal tilpasse seg disse endringene. Men siden det i hovedsak er tale om mindre endringer som ikke innebærer grunnleggende forskjeller

sammenlignet med gjeldende norsk rett, antar departementet at det ikke dreier seg om betydelige kostnader.

For alle aktørene antas mer enhetlige regler på området å være fordelaktig ved at handel av varer innenfor EØS-området forenkles. Det er imidlertid vanskelige å anslå virkningene av dette mer konkret, men på lengre sikt vil det bl.a. kunne medføre at konkurransen i markedet styrkes. I direktivets fortale punkt 6 til 9 påpekes det bl.a. at EU-regelverket på området er fragmentert, og at det er vesentlige forskjeller mellom nasjonale bestemmelser som gjennomfører forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999. Det fremheves videre at disse forskjellene kan være til skade for både næringsdrivende og forbrukere. For næringsdrivende kan forskjellene medføre at de velger innenlands handel (eller eksport til noen fra andre land) fremfor grenseoverskridende handel. Forskjeller i lovgivningen fra land til land kan også medføre at forbrukere er skeptiske til grenseoverskridende handel av varer fordi de er usikre på hvilke rettigheter de har i slike tilfeller. Det er grunn til å tro at et mer ensartet regelverk på området kan bidra til å avhjelpe slike problemer og gjøre det mer attraktivt både for selgere av varer og forbrukere å handle over landegrensene. Det er forutsatt i fortalens punkt 3 at en harmonisering av regelverket særlig vil redusere transaksjonskostnadene for de små og mellomstore virksomhetene.

Forslagene som innebærer at ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse, (slik som forpliktelser knyttet til oppdateringer) i større grad lovreguleres, kan innebære større forutberegnelighet for partene i slike avtaleforhold, og forhåpentligvis bidra til å redusere antallet tvister.

Selgere av varer kan på den ene siden få noe økte kostnader knyttet til mangelskrav på bakgrunn av at perioden selgeren har bevisbyrden for at salgstingen har en mangel, foreslås utvidet fra seks måneder til ett år (i tråd med direktivet). Virkningen er likevel usikker. Selgere kan også få noe økte kostnader knyttet til å tilpasse seg forslagene om strengere og mer spesifiserte vilkår for å avtale avvik fra kravene til tingens egenskaper. På den annen side antas det at gjennomføringen av direktivet også vil kunne ha positive økonomiske virkninger for selgere, ved at et mer harmonisert regelverk for forbrukerkjøp vil gjøre det lettere å bruke de samme kjøps- og leveringsvilkårene i hele EØS. Dette vil bl.a. kunne medføre kostnadsbesparelser.

For forbrukere vil forslagene om gjennomføring av direktivet innebære en styrking av forbrukervernet på noen punkter. Dette gjelder bl.a. det nevnte forslaget om å utvide tidsperioden selgeren har bevisbyrden ved mangelskrav, og at det stilles strengere krav til å fravike kravene til varens egenskaper. På enkelte mindre punkter kan imidlertid de gjeldende reglene gå lengre i retning av forbrukervern enn det direktivet tillater, slik som bestemmelsen i § 30 om rett til å få stilt til rådighet en erstatningsgjenstand ved avhjelp. Som nevnt ovenfor vil et mer enhetlig regelverk i EØS-området kunne komme forbrukere til gode på lengre sikt, bl.a. gjennom at økt konkurranse kan gi lavere priser.

Når det gjelder de foreslåtte endringene i reglene om forbrukernes misligholdsbeføyelser som er omtalt i punkt 11, dreier de fleste av forslagene seg om mindre justeringer som neppe vil ha store konsekvenser verken for næringsdrivende eller forbrukere. Noen av forslagene vil imidlertid føre til at

forbrukere i flere tilfeller enn i dag har krav på prisavslag eller heving. Det vises til forslagene om at selgeren ikke lenger i utgangspunktet vil ha to avhjelpsforsøk, og at forbrukeren på nærmere vilkår har et omgående krav på prisavslag eller heving. Det er usikkert hvilke konsekvenser dette vil ha. Konsekvensene vil blant annet bero på i hvilken grad selgerne evner å videreselge varene som de har mottatt i retur på grunn av heving. For eksempel annonserer flere selgere returnerte varer til en redusert pris. På sikt vil forslaget også kunne føre til at produktene blir mer holdbare.

Forslagene i høringsnotatet antas ikke å ha økonomiske og administrative konsekvenser av betydning for det offentlige.

15 Merknader til de enkelte bestemmelsene

Til § 2

I *første ledd* foreslås en *ny bokstav e* der det presiseres på hvilke vilkår digitale ytelser omfattes av loven. Disse reglene har bakgrunn i direktivet artikkel 3 nr. 3, jf. artikkel 2 nr. 5 bokstav b (se også fortalepunkt 14 til 16). Utgangspunktet er at forbrukerkjøp av ting reguleres av forbrukerkjøpsloven, mens levering av digitale ytelser til forbrukere vil reguleres av en ny lov om slike ytelser, jf. departementets høringsnotat 3. desember 2020. I tilfeller der en ting leveres sammen med digitale ytelser, kan imidlertid også de digitale ytelsene på visse vilkår omfattes av forbrukerkjøpsloven. For det første må de digitale ytelsene da være sammenknyttet med tingen på en slik måte at ytelsen er nødvendig for tingens funksjon. Det må altså være en sterk tilknytning mellom tingen og de digitale ytelsene. Som det fremgår av ordlyden, er det ikke tilstrekkelig at tingen vil virke bedre med den digitale ytelsen – det forutsettes at ytelsen er nødvendig for at tingen skal kunne brukes etter formålet. Et eksempel på dette kan være en treningsklokke som forutsetter nedlasting av en applikasjon for å fungere. For det annet må de digitale ytelsene etter kjøpsavtalen leveres sammen med tingen. Kjøpsavtalen må altså gjelde levering av en eller flere digitale ytelser sammen med tingen. Se likevel tredje punktum som regulerer tvilstilfeller.

Det følger av *annet punktum* at det er uten betydning om de digitale ytelsene skal leveres av selgeren eller en tredjeperson. Men som det fremgår av første punktum, må både tingen og de digitale ytelsene være omfattet av kjøpsavtalen. I noen tilfeller kan det være uklart om ytelsene er omfattet av avtalen. I *tredje punktum* presiseres det at loven også gjelder dersom det er tvil om ytelsene er omfattet. Dersom det er tvil på dette punktet, vil altså loven gjelde (forutsatt at de øvrige vilkårene er oppfylt).

I bestemmelsens *annet ledd*, som inneholder en negativ avgrensning av hva loven ikke gjelder for, foreslås inntatt *ny bokstav e og f* på bakgrunn av direktivets regler. I *bokstav e* angis det at loven ikke gjelder avtale om levering av digitale ytelser som ikke er omfattet av første ledd bokstav e. Utgangspunktet er som nevnt at levering av digitale ytelser i sin alminnelighet ikke reguleres av loven, med mindre ytelsene er sammenknyttet med tingen på en slik måte at de er nødvendige for tingens funksjon og etter kjøpsavtalen skal leveres sammen med tingen. For levering av digitale ytelser til forbrukere som ikke omfattes av loven, vil det i stedet være forslaget til den nye digitalytelsesloven som får anvendelse. (Om det

også kan tenkes at digitalytelsesloven får anvendelse på den digitale ytelsen i tilfeller der levering av denne ytelsen utgjør den overveiende del av forpliktelsene etter avtalen, er drøftet nærmere i punkt 5.3.)

I *bokstav f* presiseres det at loven heller ikke gjelder for kjøp av fysiske medier som etter avtalen utelukkende brukes til levering av digitalt innhold. Denne regelen har bakgrunn i direktivet artikkel 3 nr. 4 bokstav a. I utgangspunktet vil slike fysiske medier omfattes av loven, men dette gjelder ikke der de utelukkende brukes til å levere eller formidle det digitale innholdet. I så fall får loven ikke anvendelse på kjøp av det fysiske mediet. Det fremgår av direktivets fortale punkt 13 at eksempler på dette kan være DVD-er, CD-er, USB-pinner og minnekort.

Annet punktum i bokstav f har sammenheng med § 2 annet ledd i forslaget til ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere i høringsnotatet 3. desember 2020.

Det vises for øvrig punkt 5.

Til § 3

I *første ledd første punktum*, er det foreslått samme ordlyd som i tilsvarende bestemmelse i høringsnotat om levering av digitale ytelser til forbrukere 3. desember 2020.

Det foreslås et nytt *første ledd annet punktum* der det fremgår at regelen om ufriavikelighet i første punktum ikke påvirker gyldigheten av avtaler som inngås etter at forbrukeren har gitt melding om et kontraktsbrudd (tilsvarende er foreslått i nevnte høringsnotat av 3. desember 2020). Ufriavikeligheten gjelder altså forhåndsavtaler som er mindre gunstige for forbrukeren enn lovens regler, og omfatter ikke forliksavtaler o.l. som inngås etter at forbrukeren har meldt fra om kontraktsbruddet. Dette antas allerede å være gjeldende rett, men foreslås presisert i lovteksten av pedagogiske grunner og for å være på trygg grunn med hensyn til gjennomføring av direktivet artikkel 21, jf. punkt 4.3.

Til § 7

Bestemmelsen fastsetter når levering av tingen skjer, og er nærmere behandlet i punkt 6. Leveringstidspunktet er etter bestemmelsen når tingen overtas av forbrukeren. Det foreslås et *nytt annet ledd* i bestemmelsen der det angis tilleggskrav for levering i noen særlige tilfeller der selgeren har andre forpliktelser enn overlevering av selve tingen. Disse kravene skal altså gjelde i tillegg til hovedvilkåret om at tingen skal være overtatt av forbrukeren.

Annet ledd *første punktum* gjelder ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse. Dette omfatter digitale ytelser som etter kjøpsavtalen skal leveres sammen med tingen og er sammenknyttet med tingen på en slik måte at den digitale ytelsen er nødvendig for tingens funksjon. Her kreves det i tillegg (til at tingen er overtatt av forbrukeren) at den digitale ytelsen er gjort tilgjengelig for forbrukeren. Dette betyr ikke at forbrukeren rent faktisk må ha tatt ytelsen i bruk, men at forbrukeren er gitt tilgang til den, for eksempel ved en nedlastingsmulighet eller lenke. Forbrukeren skal altså ha mulighet til å gjøre bruk av den.

Annet ledd *annet punktum* gjelder ting som etter avtalen skal installeres av eller på vegne av selgeren. I disse tilfellene kreves det i tillegg at tingen er installert. Med andre ord anses tingen ikke som levert før tingen er overtatt og installeringen av den er fullført.

Til § 14

Bestemmelsen regulerer når risikoen for tingen går over på forbrukeren. Det foreslås enkelte mindre endringer i reglene om risikoens overgang på bakgrunn av endringsforslagene i § 7 om levering. I den gjeldende bestemmelsens første og annet ledd går risikoen over på forbrukeren ved leveringstidspunktet etter § 7. Som hovedregel vil leveringstidspunktet være når forbrukeren overtar tingen. At risikoen går over når forbrukeren overtar tingen, anses naturlig, men lovforslaget § 7 annet ledd innebærer at i enkelte tilfeller vil leveringstidspunktet ikke tilsvare overtakelsestidspunktet. For ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse, og ting som etter avtalen skal installeres av eller på vegne av selgeren, vil tingen ikke alltid være levert når forbrukeren har overtatt den fysiske tingen. I disse tilfellene taler gode grunner likevel for at risikoen etter § 14 bør gå over på forbrukeren ved overtakelsestidspunktet. For å ta høyde for disse tilfellene foreslås det derfor at bestemmelsen i stedet for leveringstidspunktet viser til overtakelsestidspunktet i § 14 første ledd *første og annet punktum og annet ledd*.

I *annet ledd* foreslås også en mindre språklig endring (at leveringstidspunktet er «kommet» og ikke «inne», slik som i første ledd).

Om disse endringsforslagene vises det for øvrig til punkt 6.

Til § 15

Paragrafen oppstiller krav til salgstingen. Manglende samsvar med slike krav vil kunne utgjøre en mangel (jf. § 16). Det foreslås visse endringer i bestemmelsen for å tilpasse den til forbrukerkjøpsdirektivets regulering. Flere av endringsforslagene innebærer hovedsakelig redaksjonelle endringer. Første ledd er i hovedsak ment å tilsvare artikkel 6 i direktivet, som oppstiller det direktivet betegner som subjektive krav. Annet og tredje ledd gir regler som i hovedsak er ment å tilsvare artikkel 7 i direktivet. Disse bestemmelsene gjelder det direktivet betegner som objektive krav til salgstingen, og hva som skal til for å fravike slike krav. I fjerde og femte ledd foreslås nye regler som gjelder selgerens plikt til oppdateringer av ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse, og når manglende overholdelse av slike plikter utgjør en mangel. Disse tar sikte på å gjennomføre direktivet artikkel 7 nr. 3 og 4.

Endringsforslagene i første ledd innebærer i liten grad materielle endringer. Essensen i bestemmelsen er at tingen skal være i samsvar med det som følger av avtalen. I *første punktum* foreslås «funksjonalitet» inntatt i bestemmelsen, mens «innpakning» foreslås flyttet til *annet punktum*. Uttrykket funksjonalitet er i direktivet artikkel 2 nr. 9 definert som varenes evne til å utføre sine funksjoner under hensyn til deres formål. I *tredje punktum* foreslås visse mindre endringer, som bl.a. innebærer at veiledninger og oppdateringer nevnes særskilt.

Gjeldende § 15 annet ledd bokstav c om særlige formål tingen skal passe til, foreslås flyttet til første ledd *fjerde punktum* med en litt endret ordlyd. Bakgrunnen er at direktivet kategoriserer dette som subjektive krav.

I *nytt annet ledd* foreslås presisert at disse kravene gjelder (forutsatt at de er relevante for det aktuelle kjøpet) med mindre forbrukeren ved inngåelsen av avtalen ble særlig opplyst om at en bestemt egenskap ved tingen avvek fra disse kravene og uttrykkelig og særskilt aksepterte dette avviket. Avvik må altså gjelde en bestemt egenskap ved tingen og krever uttrykkelig og særskilt aksept fra forbrukerens side.

I *tredje ledd* videreføres med enkelte endringer kravene som er inntatt i gjeldende annet ledd. Gjeldende bokstav c om særlige formål er som nevnt flyttet til første ledd.

Endringene som foreslås i *bokstav b*, innebærer ikke store realitetsendringer, men at ordlyden legges nærmere direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav d.

Bokstav c tilsvarer i hovedsak gjeldende § 15 annet ledd bokstav d, men for å sikre oppfyllelse av direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b er det gjort enkelte mindre endringer i utformingen av bestemmelsen. Essensen i bestemmelsen er imidlertid at tingen skal være i samsvar med en prøve eller modell selgeren har gjort tilgjengelig for forbrukeren før avtaleinngåelsen.

I *bokstav d* er det presisert at tingen skal leveres med relevant tilbehør, slik som innpakning, installeringsveiledning, bruksanvisning eller annen veiledning, som forbrukeren med rimelighet kan forvente å få. Dette skal oppfylle direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav c, og antas å dekke gjeldende annet ledd bokstav e («være pakket på vanlig eller annen forsvarlig måte som trengs for å bevare og beskytte tingen»), som kan oppheves.

Gjeldende bokstav g om rettsmangler foreslås flyttet til § 16 med visse endringer, se nærmere om endringsforslagene i merknadene til § 16 første ledd bokstav d.

Fjerde ledd inneholder særlig regler om selgerens plikter knyttet til oppdateringer av ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 7 nr. 3.

Femte ledd gjelder selgerens ansvar for mangel som følge av at forbrukeren unnlater å installere oppdateringer som nevnt i fjerde ledd. Forslaget har bakgrunn i direktivet artikkel 7 nr. 4.

Det vises for øvrig til alminnelige merknader punkt 10.1.3.

Til § 16

Bestemmelsen i § 16 om når tingen har en mangel, videreføres med visse endringer.

Etter *første ledd bokstav a* har tingen en mangel når den ikke er i samsvar med ett eller flere av kravene i § 15. For ordens skyld foreslås inntatt en presisering om at dette likevel ikke gjelder der det i samsvar med § 15 annet ledd er avtalt et spesifikt avvik fra disse kravene.

I *bokstav c* foreslås at opplysningene før kjøpet er rettet «på en tydelig måte» erstattet med «på samme eller tilsvarende måte som de ble fremsatt». Dette har bakgrunn i direktivet artikkel 7 nr. 2 bokstav b, jf. punkt 10.1.3.

I *bokstav d* er det inntatt en bestemmelse om rettsmangler. Forslaget tilsvarende med enkelte endringer gjeldende § 15 annet ledd bokstav g. De foreslåtte endringene har bakgrunn i direktivet artikkel 9. Bl.a. er immaterialrett også er inntatt som eksempel på en tredjepersons rett i tingen (mens den gjeldende bestemmelsen i loven ikke har omfattet immaterialrett). Det vises for øvrig til punkt 10.4. Gjeldende bokstav d i bestemmelsen (om at nødvendige opplysninger om installering, montering, bruk, stell og oppbevaring ikke følger med tingen) foreslås opphevet fordi den anses dekket av lovforslaget § 15 tredje ledd bokstav d, jf. punkt 10.1.3.

I *annet ledd* foreslås et nytt *annet punktum* som angir et unntak fra regelen i første punktum om at første ledd bokstav c (om uriktige opplysninger) gjelder tilsvarende for opplysninger noen annen enn selgeren har gitt på tingens innpakning, i annonse eller annen markedsføring på vegne av selgeren eller tidligere salgslodd. Etter forslaget vil dette likevel ikke gjelde dersom selgeren viser at han eller hun verken kjente til eller med rimelighet kunne ha kjent til opplysningene. Forslaget har bakgrunn i direktivet artikkel 7 nr. 2 bokstav a, jf. punkt 10.1.3.

Gjeldende tredje ledd foreslås opphevet. Bestemmelsen begrenser forbrukerens rett til å gjøre mangelskrav gjeldende (ved at forbrukeren ikke kan gjøre gjeldende som en mangel noe han eller hun kjente eller måtte kjenne til ved kjøpet), og anses å innebære at forbrukeren stilles mindre gunstig enn det som følger av direktivet. Det vises til alminnelige merknader punkt 10.2.

Til § 17

I § 17 foreslås at det gis en ny bestemmelse som regulerer når feil ved tingen som skyldes uriktig installering, utgjør mangel. Bestemmelsen har bakgrunn i direktivet artikkel 8. Gjeldende § 17 om ting solgt «som den er» eller med lignende alminnelig forbehold foreslås opphevet fordi den ikke antas å være forenelig med direktivet. Om denne vurderingen vises det til alminnelige merknader punkt 10.2.

For at feil ved tingen som skyldes uriktig installasjon, anses som mangel, må vilkårene i bokstav a eller b være oppfylt (dvs. at det er alternative vilkår som innebærer at det er tilstrekkelig at enten bokstav a eller bokstav b får anvendelse).

Etter *bokstav a* foreligger mangel i slike tilfeller der «installering er del av kjøpsavtalen og ble utført av selgeren eller under selgerens ansvar».

Etter *bokstav b* foreligger mangel i slike tilfeller der «installeringen var ment å utføres av forbrukeren og ble utført av ham eller henne, og den uriktige installeringen skyldes feil i installasjonsveiledningen som ble levert av selgeren».

Mens bokstav a regulerer tilfeller der det er selgerens ansvar å utføre installasjonen, gjelder bokstav b der dette er forbrukerens ansvar. Selv om forbrukeren har utført installasjonen, vil det likevel foreligge mangel dersom det er feil i installasjonsveiledningen som er årsaken til den uriktige installeringen. Feil i installasjonsveiledningen vil også omfatte at veiledningen er ufullstendig eller

ikke tilstrekkelig klar, slik at den er vanskelig å bruke for den gjennomsnittlige forbruker, jf. direktivets fortale punkt 34.

Bokstav b *annet punktum* er en særregel for ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse. I disse tilfellene leveres også digitale ytelser (i tillegg til selve tingen). For slike ting foreligger det også mangel i tilfeller som nevnt i første punktum når installasjonsveiledningen ble levert av tilbyderen av den digitale ytelsen (og ikke av selgeren).

Til § 18

Bestemmelsen regulerer tidspunkt for mangelsbedømmelsen. Dette er også foreslått som paragrafoverskrift, som innebærer en liten språklig forkortelse. Bestemmelsen er nærmere behandlet i punkt 7.3.

I *første ledd første punktum* foreslås at tidspunktet for leveringen av tingen legges til grunn for mangelsbedømmelsen, selv om mangelen først viser seg senere. Etter gjeldende lov er det tidspunktet for risikoens overgang som er avgjørende.

Regelen om at leveringstidspunktet legges til grunn ved mangelsbedømmelsen, passer imidlertid ikke der de digitale ytelsene etter avtalen skal leveres løpende over en periode. I første ledd *annet punktum* foreslås derfor en særlig regel om tidspunkt for mangelsbedømmelsen i disse tilfellene. Forslaget innebærer at i disse tilfellene skal bedømmelsen skje ut fra tidspunktet eller perioden ytelsene ble eller skulle blitt levert.

Det samme foreslås å gjelde for oppdateringer etter § 15 fjerde ledd, jf. *tredje punktum*. Oppdateringer av ting som skal leveres sammen med en digital ytelse, jf. § 2 første ledd bokstav e, skal leveres i en periode etter at tingen blir levert, og det synes ikke naturlig å knytte mangelsvurderingen for oppdateringene til tidspunktet for leveringen av tingen. I stedet vil bedømmelsen skje ut fra tidspunktet eller perioden oppdateringene ble eller skulle blitt levert.

Det foreslås også visse endringer i bestemmelsens *annet ledd* om presumsjon for når en mangel som viser seg senere, skal formodes å ha eksistert ved risikoens overgang. Gjeldende *annet ledd første punktum* gir uttrykk for at hvis ikke noe annet bevises, skal en mangel som viser seg innen seks måneder etter risikoens overgang, formodes å ha eksistert ved risikoens overgang. På bakgrunn av direktivet artikkel 11 foreslås denne perioden utvidet til ett år. Videre foreslås at leveringen av tingen erstatter risikoens overgang som det avgjørende tidspunktet for anvendelsen av presumsjonsregelen. Presumsjonsregelen skal altså gis anvendelse for mangler som viser seg i en periode på ett år etter leveringen av tingen. Det vises til alminnelige merknader punkt 8.

Videre foreslås i *annet punktum* en særlig presumsjonsregel for ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse, og som skal leveres løpende over en periode. Dette har bakgrunn i direktivet artikkel 11 nr. 3 og 10 nr. 2. For slike ytelser skal mangler som viser seg innen to år fra leveringen startet, formodes å ha eksistert ved leveringen, med mindre noe annet bevises. Manglene må altså vise seg innenfor en toårsfrist, og denne beregnes med utgangspunkt i når leveringen av den løpende digitale ytelsen startet. Dersom

ytelsene etter avtalen skal leveres i en lengre periode enn to år, gjelder formodningen i hele perioden der er avtalt levering, jf. *tredje punktum*.

Formodningsregelen for mangler som viser seg innenfor den angitte perioden, gjelder etter gjeldende annet ledd annet punktum likevel ikke dersom formodningen er uforenlig med varens eller mangelens art. Dette vil gjelde på samme måte etter forslaget. Etersom forslaget innebærer at bestemmelsens annet ledd får et nytt annet og tredje punktum, flyttes denne regelen til *fjerde punktum*.

Til § 18 a

Paragrafen gjelder garantier. Det foreslås på bakgrunn av direktivet artikkel 17 at bestemmelsens *fjerde ledd* gis et nytt annet og tredje punktum.

Det foreslås ikke endringer i fjerde ledd *første punktum*, som fastslår at en garanti er rettslig bindende for garantigiveren på de vilkår som er fastsatt i garantierklæringen og i tilknyttet reklame, og at den ikke begrenser forbrukerens rettigheter etter loven, jf. § 3 første ledd. Som det fremgår, gjelder garantiers rettslig bindende virkning både vilkårene som er fastsatt i garantierklæringen, og vilkårene som følger av tilknyttet reklame. Gjeldende lov regulerer imidlertid ikke tilfeller der det er forskjeller mellom vilkårene i garantierklæringen og i den tilknyttede reklamen. For å oppfylle direktivet artikkel 17 nr. 1 foreslås enkelte nye regler som regulerer denne situasjonen. I *annet punktum* presiseres at dersom vilkårene i garantierklæringen er mindre fordelaktige for forbrukeren enn vilkårene som fremgår av tilknyttet reklame, er garantien bindende på de vilkår som fremgår av den tilknyttede reklamen. Vilråene som er mest fordelaktige for forbrukeren skal altså legges til grunn. Dette gjelder likevel ikke dersom den tilknyttede reklamen før inngåelsen av avtalen er blitt rettet på samme eller tilsvarende måte som den er blitt fremsatt, jf. *tredje punktum*.

Det vises for øvrig til punkt 12.

Til § 19

I *tredje ledd første punktum* er to inkurier rettet.

I *tredje ledd annet punktum* er det bestemt at forbrukeren først kan heve avtalen på grunn av forsinkelse av biforpliktelser hvis forsinkelsen er «vesentlig». Dette er en tilbakeføring av rettstilstanden til slik den var før 2014 og gir anvisning på en vanlig hevingsvurdering i tråd med alminnelige obligasjonsrettslige regler.

Det vises ellers til punkt 11.12.

Til § 26

Særregelen om installasjonsforpliktelser i *tredje ledd tredje punktum* er opphevet. Det skyldes at feil etter uriktig installering anses som en mangel etter § 17. Det som tidligere har fulgt av § 26 tredje ledd tredje punktum, vil fremover være regulert av § 17, jf. § 3.

Til § 27

Det foreslås endringer i *annet ledd* som gir regler om absolutt reklamasjonsfrist. Bestemmelsen er nærmere behandlet i punkt 9.

Forslaget om videreføring av absolutt reklamasjonsfrist i loven innebærer i utgangspunktet ikke endringer i tidsfristene for når reklamasjon må skje. Direktivet anses ikke å nødvendiggjøre endringer i disse reglene. De gjeldende reglene anses å være i tråd med direktivet artikkel 10. Imidlertid foreslås visse presiseringer av hvordan disse reglene skal anvendes for bl.a. ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse.

Etter gjeldende annet ledd *første punktum* må reklamasjon skje senest to år etter at forbrukeren overtok tingen. Det foreslås at reklamasjonsfristen i stedet for overtakelsestidspunktet regnes fra tingen ble levert. Som hovedregel vil dette ikke utgjøre noen forskjell, jf. lovforslaget § 7. Se nærmere om bakgrunnen for endringsforslaget i punkt 9.3.

Det foreslås ikke endringer i regelen om at dersom tingen eller deler av den ved vanlig bruk er ment å vare vesentlig lenger, er fristen for å reklamere fem år. Direktivet gir adgang til å opprettholde en fem års reklamasjonsfrist i slike tilfeller. Regelen videreføres i annet ledd *annet punktum*.

I *tredje punktum* foreslås en ny regel om reklamasjon for oppdateringer og digitale ytelser som etter avtalen skal leveres løpende over en lengre periode. Forslaget innebærer at i disse tilfellene er fristen for å reklamere like lang som perioden oppdateringene eller de digitale ytelsene skal leveres. Forslaget må bl.a. sees i sammenheng med reglene i direktivet artikkel 10 nr. 2 om selgerens ansvarsperiode for slike ytelser som leveres løpende over en periode.

I gjeldende tredje og fjerde punktum angis tilfeller der de absolutte reklamasjonsfristene ikke gjelder. Disse reglene videreføres i *fjerde punktum* med visse mindre tilpasninger, bl.a. at tredje og fjerde punktum slås sammen og at henvisningen til bestemmelsen om rettsmangler (§ 15 annet ledd bokstav g) endres til § 16 første ledd bokstav d, der reglene om denne typen mangler foreslås inntatt.

Til § 29

Første ledd er en videreføring av dagens § 29 første ledd første punktum.

Annet ledd første punktum gjennomfører direktivets artikkel 13 nr. 2 og er en videreføring av dagens § 29 første ledd annet punktum. Ordlyden er endret fra «urimelig» til «uforholdsmessig» for å få tydeligere frem at utgangspunktet for vurderingen er forholdet mellom kostnadene ved de to beføyelsene. Både forholdstallet mellom kostnadene ved de ulike beføyelsene og forskjellen i kroner og øre ligger innenfor ordlyden.

Annet ledd annet punktum gjennomfører direktivets artikkel 13 nr. 2 bokstav a til c og er en videreføring av dagens § 29 annet ledd. Uttrykket «urimelige» er i tråd med endringen i første punktum byttet ut med «uforholdsmessige». En annen mindre endring er at «og om andre beføyelser» i tidligere annet ledd er endret til «og om den andre beføyelsen». En slik formulering er bedre i samsvar med artikkel 13 nr. 2 bokstav c, som bruker formuleringen «den alternative beføyelse». Dette synliggjør at det er ulempene ved retting eller omlevering som er relevante i denne vurderingen.

Tredje ledd gjennomfører direktivets artikkel 13 nr. 3. I *første punktum* er uttrykket «urimelige» beholdt som grensen for selgerens avhjelpsplikt. Dette bidrar til å synliggjøre at det er en viss forskjell mellom vurderingene etter annet

og tredje ledd. I tillegg fanger uttrykket opp at det ikke er forholdet mellom retting og omlevering som står i fokus etter tredje ledd.

Vurderingene etter annet og tredje ledd har mye til felles. Begge leddene gir anvisning på en bred skjønnsmessig vurdering i tråd med artikkel 13 nr. 2 og 3, hvor det heter at vurderingen skal skje «under hensyn til alle omstendigheter». I tillegg skal det dels legges vekt på de samme retningslinjene begge steder. Høyesterett la i Rt. 2006 s. 179 (støvlethældommen) vekt på både miljøhensyn og bredere samfunnsmessige interesser i vurderingen etter dagens § 29 første ledd. Dette må fortsatt være relevant.

I *fjerde ledd* er det gjort noen mindre endringer som neppe vil ha stor betydning. I *første punktum* er kravet om at selgerens tilbud må komme uten opphold, sløyfet, siden dette kravet ikke har noen parallell i direktivet.

Nytt *femte ledd* gir forbrukeren i visse situasjoner en mulighet til umiddelbart å heve eller kreve prisavslag. Regelen gjennomfører direktivets artikkel 13 nr. 4 bokstav c. Spørsmålet er om det er rimelig å forvente at forbrukeren skal godta et avhjelpstilbud. Utgangspunktet for vurderingen er mangelen og dens karakter. Fortalens punkt 52 viser at en sentral retningslinje er om forbrukeren kan ha tillit til at selgeren kan avhjelpe mangelen.

For øvrig vises til punkt 11.3 og 11.4.

Til § 30

Paragrafen har regler om hvordan avhjelp skal gjennomføres, og er nærmere behandlet i punkt 11.3.

Første ledd stiller krav om hvordan avhjelp skal skje, og gjennomfører direktivet artikkel 14 nr. 1 bokstav a til c. Regelen er i all hovedsak en videreføring av gjeldende rett, men det er presisert at fristen for å gjennomføre avhjelp begynner å løpe idet forbrukeren har reklamert over mangelen.

I vurderingen av om avhjelpen er til vesentlig ulempe for forbrukeren, må det særlig legges vekt på varens art og forbrukerens formål med varen, jf. artikkel 14 nr. 1 bokstav c.

Kravet til rimelig tid vil blant annet bero på varens art og kompleksitet, mangelens art og hvilken innsats som er nødvendig for å avhjelpe mangelen, jf. fortalens punkt 55.

Kravene i første ledd er grunnleggende for hvordan avhjelp skal gjennomføres. Blant annet vil antall avhjelpsforsøk selgeren har krav på, og hvor selgeren kan kreve at forbrukeren skal stille tingen til disposisjon, rammes inn av disse kravene.

Annet ledd første og annet punktum gjennomfører artikkel 14 nr. 2. I *første punktum* er det stilt krav om at forbrukeren medvirker til avhjelp ved å stille tingen til rådighet for selgeren. Hvor tingen skal stilles til rådighet, blir i utgangspunktet opp til partene, men det må være i samsvar med kravene i første ledd. Etter *annet punktum* må selgeren sørge for at den omleverte tingen tas tilbake. *Tredje punktum* er en videreføring av tidligere § 49 tredje ledd.

Tredje ledd gjennomfører direktivets artikkel 14 nr. 3. I *første punktum* er det bestemt at dersom det er nødvendig for avhjelp, omfatter selgerens avhjelpsplikt det å demontere og installere en rettet eller ny ting. Hvis selgeren ikke selv sørger for dette, kan forbrukeren kreve kostnadene ved det erstattet etter §§ 33 og 52.

Annet punktum begrenser dette. Plikten etter første punktum gjelder likevel bare hvis tingen er installert i samsvar med sin art og formål før mangelen ble synlig. Det er ikke noe krav om at tingen opprinnelig er installert av selgeren.

Ordlyden stiller ikke nødvendigvis et krav om at bruksanvisningen er fulgt til punkt og prikke. Departementet antar at forbeholdet har sin bakgrunnen i at selgeren må forvente å demontere eller bekoste demontering av ting som er installert på en mer eller mindre normal måte. Dette hadde selgeren grunn til å forvente ved avtaleinngåelsen hvis ytelsen var mangelfull.

Det at tingen ikke er installert i samsvar med sin art og formål, innebærer ikke at den ikke kan være mangelfull. Dette har bare som konsekvens at selgeren ikke må stå for demontering og installering.

Det kreves ikke at forbrukeren har sett mangelen – det er tilstrekkelig om den er synlig. Hva som er synlig, beror til en viss grad på øynene som ser. Departementet antar at det avgjørende må være om mangelen er synlig for en gjennomsnittlig forbruker.

Regelen kommer bare til anvendelse der det er «nødvendig» for avhjelp. Kan forbrukeren selv enkelt løsne eller fjerne den mangelfulle gjenstanden, kan han eller hun ikke kreve at selgeren gjør det eller bekoster det. Det samme gjelder om forbrukeren kan installere den omleverte eller rettede tingen.

Til § 31

Første ledd bidrar til å gjennomføre direktivets artikkel 13 nr. 4 bokstav a til d. Det er tilføyd der at forbrukeren kan kreve prisavslag eller heving også hvis det er klart at mangelen ikke vil avhjelpest i samsvar med §§ 29 til 30. Dette forslaget gjennomfører artikkel 13 nr. 4 bokstav d.

At selgeren ikke vil gjennomføre avhjelp i samsvar med reglene om det, kan komme til uttrykk på forskjellige måter. Direktivets artikkel 13 nr. 4 bokstav d nevner at selgeren enten har erklært det, eller at det er klart basert på omstendighetene for øvrig. Dette kan være tilfellet hvis selgeren ikke besvarer forbrukerens henvendelser. Et annet eksempel er der selgeren utviser slik sendrektighet at det blir klart at avhjelp ikke kan skje innen rimelig tid. Forbrukeren behøver da ikke vente til tidspunktet for rimelig tid har passert.

Bestemmelsens *nåværende annet ledd* foreslås opphevet ettersom direktivet ikke synes å åpne for å opprettholde en slik bestemmelse om alternativ fastsettelse av prisavslag (lik mangelens betydning for forbrukeren). Dette må imidlertid sees i sammenheng med forslaget om en ny bestemmelse som i stedet gir forbrukeren mulighet til å kreve erstatning i slike tilfeller, jf. forslaget om et nytt annet ledd i § 33. Formålet er at forbrukens vern ikke svekkes sammenliknet med gjeldende rett.

Nåværende tredje ledd blir etter dette *nytt annet ledd*.

Reglene i § 31 er nærmere behandlet i punkt 11.4 og 11.5.

Til § 32

Det foreslås en presisering om at det er opp til selgeren å bevise at mangelen er uvesentlig i samsvar med direktivet artikkel 13 nr. 5. Når det gjelder beviskravet, er det ikke grunn til å fravike overvektsprinsippet.

Endringen skal ikke gi grunnlag for antitetiske slutninger om hvordan bevisbyrdespørsmål i loven for øvrig skal løses. Det vises ellers til punkt 11.6.

Til § 33

Bestemmelsen gjelder forbrukerens krav om erstatning for tap han eller hun lider som følge av at tingen har en mangel.

I *nytt annet ledd* i bestemmelsen foreslås inntatt at dersom særlige grunner taler for det, kan forbrukeren kreve erstatning for konkrete og ikke ubetydelig ulemper han eller hun påføres som følge av at tingen har en mangel.

Om bakgrunnen for forslaget vises til alminnelige merknader punkt 11.5.3 og 11.7.

De foreslåtte vilkårene er ment å gjenspeile at retten til erstatning for ulemper som følge av en mangel er en nokså snever unntaksregel. Utgangspunktet er at forbrukeren bare kan få dekket økonomisk tap som følge av en mangel, slik at det krever «særlige grunner» å få dekket noe utover dette. Videre må det etter forslaget være tale om «konkrete og ikke ubetydelige ulemper». Det må altså dreie seg om ulemper som er av en viss betydning for forbrukeren, og vilkåret avgrenser også mot mer generell irritasjon på grunn av en mangel. Utmålingen av en slik erstatning må nødvendigvis må bli nokså skjønnsmessig.

Til § 49

Første og annet ledd er en videreføring av tidligere første ledd og annet ledd første punktum.

Nytt *tredje ledd* presiserer hvordan ytelsene skal tilbakeføres, slik annet ledd fastsetter at de skal. Tredje ledd *første punktum* gjennomfører direktivets artikkel 16 nr. 3 bokstav a. Regelen bestemmer at det kan bli opp til forbrukeren å sende eller levere tingen til selgeren. Samtidig er det selgeren som skal bære kostnadene ved dette hvor hevingen skyldes hans eller hennes kontraktsbrudd, og slike kostnader kan forbrukeren kreve erstattet etter § 33.

Tredje ledd *annet punktum* bestemmer når selgeren skal betale tilbake kjøpesummen. Regelen gjennomfører artikkel 16 nr. 3 bokstav b.

Tredje ledd *tredje punktum* viderefører tidligere annet ledd annet punktum. Regelen utfyller tredje ledd første og annet punktum og innebærer at hver av partene ikke behøver å oppgi rådigheten over tingen eller pengene før motparten gjør det.

Tredje ledd *fjerde punktum* er en videreføring av tidligere annet ledd annet punktum.

Det vises ellers til punkt 11.8.

Til § 50

Nytt *tredje ledd* regulerer forbrukerens krav på renter av kjøpesummen hvis det heves på grunn av selgerens forsinkelse, se nærmere punkt 11.8. Regelen tilsvarende kjøpsloven § 65 annet ledd.

Til § 51

Første ledd første punktum oppstiller en verdierstatningsplikt for forbrukeren der tingen ikke kan returneres i vesentlig samme stand og mengde som den ble mottatt. Som omtalt i punkt 11.9.3 er dette langt på vei en videreføring av tidligere

§ 51 annet ledd. Vilkåret om «vesentlig samme stand og mengde» innebærer at selgeren, som i dag, har den økonomiske risikoen for mindre skader. Forbrukeren skal erstatte verdien av tingen hvis den er gått til grunne. Er den bare ødelagt, skal forbrukeren erstatte den verdireduksjonen tingen har hatt.

Bokstav a til c oppstiller unntak fra dette utgangspunktet. Skyldes forringelsen noen av årsakene som er nevnt der, behøver ikke forbrukeren å betale erstatning. *Bokstav a* og *bokstav b* er videreført uendret. *Bokstav c* er tilpasset direktivet artikkel 14 nr. 4. Forbrukeren kan benytte tingen under forutsatt bruk helt frem til omlevering og heving uten å måtte erstatte det verdiminuset som da oppstår. For øvrig er også bokstav c en videreføring av gjeldende rett.

Siden paragrafen ikke lenger vil oppstille negative vilkår for heving og omlevering, foreslås det også å endre paragrafoverskriften.

Det vises ellers til punkt 11.9.

Til § 57

Første ledd første punktum viderefører dagens § 57 første ledd første punktum og vil ta opp i seg det som tidligere var regulert av § 58 første ledd. Regelen gjennomfører også hovedregelen i direktivet artikkel 16 nr. 2, som bestemmer at forbrukeren i utgangspunktet må nøye seg med å heve for den delen av det solgte som er mangelfull. Dette følger også forutsetningsvis av § 57 annet ledd.

Første ledd annet punktum viderefører dagens § 57 annet ledd. Regelen passer godt som nytt første ledd annet punktum, siden den bestemmer hvordan kontraktsbrudd ved deler av det solgte skal betraktes.

Annet ledd gir forbrukeren på nærmere vilkår adgang til også heve for den delen av det solgte som det ikke knytter seg noe kontraktsbrudd til. Mens første ledd gjelder samtlige misligholdssanksjoner, omhandler annet ledd bare heving.

Regelen i annet ledd tar opp i seg nåværende § 57 første ledd annet punktum og § 58 tredje ledd, men endrer vurderingstemaet i tråd med direktivet artikkel 16 nr. 2. Spørsmålet fremover blir om forbrukeren med rimelighet kan forventes å beholde bare de kontraktsmessige delene av det solgte. Dette gir anvisning på en bred skjønnsmessig vurdering, hvor det blant annet må ses hen til hvilken interesse forbrukeren vil ha av å bare beholde de kontraktsmessige delene.

Uttrykket «en del av det solgte» i både første og annet ledd må i prinsippet forstås i samsvar med hva som anses som én eller flere varer etter direktivet artikkel 16 nr. 2. Som omtalt i punkt 11.11 antar departementet at det kan tas utgangspunkt i den samme vurderingen man foretar i dag for å avgjøre om en ting er delelig eller ikke, se Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 97. For øvrig antas det at man må se hen til hvordan det kan deles, hvor nær sammenheng det er mellom de forskjellige delene, og hvilken verdi og funksjon det har som selvstendige deler. Er ikke tingen delelig, må spørsmålet om hele kjøpet kan heves vurderes etter hovedregelen i § 32.

Se for øvrig punkt 11.11.

Til markedsføringsloven § 23

På bakgrunn av direktivet artikkel 17 nr. 2 foreslås en endring i *tredje ledd*. Bestemmelsen foreslås endret slik at garantivilkårene skal utleveres til forbrukeren

på et varig medium senest ved levering av varen eller ytelsen. Etter den gjeldende bestemmelsen er det ikke noe ubetinget krav om utlevering av garantivilkårene, men bare en rett forbrukeren skal opplyses om, slik at utlevering av vilkårene forutsetter at forbrukeren ber om det. Forslaget er nærmere behandlet i punkt 12.

16 Lovforslag

Forslag til lov om endringer i forbrukerkjøpsloven

I

I lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp gjøres følgende endringer:

§ 2 skal lyde:

§ 2 *Lovens anvendelse i noen særlige forhold*

Loven gjelder for

- a) bestilling av ting som skal tilvirkes (tilvirkningskjøp)
- b) levering av vann
- c) kjøp av fordringer eller rettigheter
- d) avtale med et nettselskap om overføring av elektrisk energi

e) digitale ytelser som skal leveres sammen med tingen etter kjøpsavtalen, og som er sammenknyttet med tingen på en slik måte at ytelsene er nødvendig for tingens funksjon. Dette gjelder uavhengig av om ytelsene skal leveres av selgeren eller en tredjeperson. Dersom det er tvil om levering av de digitale ytelsene omfattes av kjøpsavtalen, legges det til grunn at ytelsene er omfattet av avtalen.

Loven gjelder ikke for

- a) kjøp av fast eiendom
- b) avtale om oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom
- c) avtale med en kraftleverandør om levering av elektrisk energi. Kapittel 5 om forsinkelse gjelder likevel ved forsinket oppstart av levering av elektrisk energi
- d) avtale som pålegger den part som skal levere tingen, også å utføre et arbeid eller annen tjeneste, dersom dette utgjør den overveiende del av hans eller hennes forpliktelser
- e) avtale om levering av digitale ytelser som ikke er omfattet av første ledd bokstav e*
- f) kjøp av fysiske medier som etter avtalen utelukkende brukes til levering av digitalt innhold. §§ 6, 7 og 23 gjelder likevel for levering og forbrukerens krav ved forsinket levering av slike fysiske medier.*

§ 3 første ledd skal lyde:

Loven kan ikke fravikes ved avtale til skade for en forbruker. Denne bestemmelsen påvirker ikke gyldigheten av avtaler som inngås etter at forbrukeren har gitt melding om et kontraktsbrudd.

§ 7 skal lyde:

§ 7 *Leveringen*

Levering skjer når tingen overtas av forbrukeren.

For ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse, kreves det i tillegg at den digitale ytelsen er gjort tilgjengelig for forbrukeren. For ting som etter avtalen skal installeres av eller på vegne av selgeren, kreves det i tillegg at tingen er installert.

§ 14 første og annet ledd skal lyde:

Risikoen går over på forbrukeren når tingen er *overtatt av forbrukeren*. Hvis *overtakelsestidspunktet* er kommet og forbrukeren unnlater å overta en ting som er stilt til hans eller hennes rådighet, har forbrukeren likevel risikoen for tap eller skade som skyldes egenskaper ved tingen selv, for eksempel forråtnelse.

Skal forbrukeren hente tingen på et annet sted enn hos selgeren, går risikoen over når *overtakelsestidspunktet* er kommet og forbrukeren er kjent med at tingen er stilt til hans eller hennes rådighet på leveringsstedet.

§ 15 skal lyde:

§ 15 *Tingens egenskaper*

Tingen skal være i samsvar med de krav til art, mengde, kvalitet, *funksjonalitet* og andre egenskaper som følger av avtalen. *Tingen skal leveres med innpakning og alt tilbehør som følger av avtalen. Det samme gjelder veiledning, herunder veiledning om installasjon, og eventuelle oppdateringer. Tingen skal passe til særlige formål som forbrukeren senest på tidspunktet for avtaleinngåelsen har gjort selgeren kjent med, dersom selgeren har akseptert dette.*

Tingen skal også være i samsvar med kravene som følger av tredje og fjerde ledd, med mindre forbrukeren ved inngåelsen av avtalen ble særlig opplyst om at en bestemt egenskap ved tingen ville avvike fra disse kravene og uttrykkelig og særskilt aksepterte dette avviket.

Hvis det ikke er avtalt noe annet etter annet ledd, skal tingen

- a) passe for de formål som tilsvarende ting vanligvis brukes til
- b) svare til den mengde og ha de egenskaper og andre funksjoner, blant annet med hensyn til holdbarhet, funksjonalitet og sikkerhet, som er vanlige for ting av samme type, og som forbrukeren med rimelighet kan forvente ved kjøp av en slik ting
- c) være av den kvalitet og tilsvare beskrivelsen av en prøve eller modell som selgeren har gjort tilgjengelig for forbrukeren før inngåelsen av avtalen
- d) leveres med relevant tilbehør, slik som innpakning, installeringsveiledning, bruksanvisning eller annen veiledning, som forbrukeren med rimelighet kan forvente å få

e) være i samsvar med offentligrettslige krav som stilles i lovgivningen eller offentlig vedtak i medhold av lov på den tid kjøpet inngås, hvis ikke forbrukeren har til hensikt å anvende tingen på en slik måte at kravet er uten betydning.

For ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse, skal selgeren sikre at forbrukeren får informasjon om og får levert oppdateringer, herunder sikkerhetsoppdateringer, som er nødvendige for at tingen fortsetter å være i samsvar med lovens krav. Dersom det i avtalen er fastsatt en enkelt levering av den digitale ytelsen, gjelder selgerens plikter etter første punktum i den tidsperioden som forbrukeren med rimelighet kan forvente ut fra typen og formålet med tingen og de digitale ytelsene og under hensyn til avtalens omstendigheter og art. Dersom det i avtalen er fastsatt en løpende levering av den digitale ytelsen, gjelder selgerens plikter etter første punktum i en tidsperiode på to år etter leveringen av tingen. Er det avtalt en løpende levering av ytelsen i mer enn to år, varer tidsperioden så lenge det er avtalt levering.

Selgeren er ikke ansvarlig for mangler som utelukkende skyldes at forbrukeren innen rimelig tid unnlater å installere oppdateringer som nevnt i fjerde ledd. Dette gjelder bare dersom selgeren har informert forbrukeren om at oppdateringen var tilgjengelig og om følgene av at denne ikke installeres, og den manglende installasjonen ikke skyldes feil i installeringsveiledningen som er levert til forbrukeren.

§ 16 skal lyde:

§ 16 *Mangel*

Tingen har en mangel dersom

- a) den ikke er i samsvar med ett eller flere av kravene i § 15, *med mindre det i samsvar med § 15 annet ledd er avtalt unntak fra kravene*
- b) selgeren ved kjøpet har forsømt å opplyse om forhold ved tingen eller dens bruk som han eller hun burde kjenne til, og som forbrukeren hadde grunn til å regne med å få, dersom unnlåtelsen kan antas å ha virket inn på kjøpet
- c) den ikke svarer til opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen eller dens bruk, dersom selgeren ikke viser at opplysningene før kjøpet er rettet på *samme eller tilsvarende måte som de ble fremsatt*, eller at de ikke kan ha innvirket på kjøpet
- d) *bruken av tingen hindres eller begrenses som følge av krenkelse av en tredjepersons rett i tingen, for eksempel eiendomsrett, panterett eller immaterialrett, om ikke annet er avtalt.*

Første ledd bokstav c gjelder tilsvarende for opplysninger noen annen enn selgeren har gitt på tingens innpakning, i annonse eller annen markedsføring på vegne av selgeren eller tidligere salgssledd. *Dette gjelder likevel ikke dersom selgeren viser at han eller hun verken kjente til eller med rimelighet kunne ha kjent til opplysningene.*

Forbrukeren kan ikke gjøre gjeldende som en mangel noe som har sin årsak i materialer som er levert av forbrukeren. Dette gjelder likevel ikke dersom selgeren på grunn av materialenes uegnethet burde ha frarådet bruken av dem.

§ 17 skal lyde:

§ 17 *Mangel som skyldes uriktig installering*

Feil ved tingen som skyldes uriktig installering, anses som en mangel dersom

a) installering er del av kjøpsavtalen og ble utført av selgeren eller under selgerens ansvar, eller

b) installeringen var ment å utføres av forbrukeren og ble utført av ham eller henne, og den uriktige installeringen skyldes mangler i installasjonsveiledningen som ble levert av selgeren. For ting som i samsvar med § 2 første ledd bokstav e skal leveres sammen med en digital ytelse, gjelder dette også der installasjonsveiledningen ble levert av tilbyderens av den digitale ytelsen.

§ 18 skal lyde:

§ 18 *Tidspunktet for mangelsbedømmelsen*

Ved bedømmelsen av om tingen har en mangel, skal tidspunktet for leveringen av tingen, legges til grunn, selv om mangelen først viser seg senere. For digitale ytelser som skal leveres løpende over en periode, jf. § 2 første ledd bokstav e, skal bedømmelsen skje ut fra tidspunktet eller perioden ytelsene ble eller skulle blitt levert. Det samme gjelder oppdateringer etter § 15 fjerde ledd.

Hvis ikke noe annet bevises, skal en mangel som viser seg innen ett år etter leveringen av tingen, formodes å ha eksistert ved leveringen. For digitale ytelser som etter avtalen skal leveres løpende over en periode, formodes selgeren å være ansvarlig for mangler som oppstår eller viser seg innen to år fra leveringen av ytelsene startet, med mindre noe annet bevises. Dersom ytelsene etter avtalen skal leveres i en lengre periode enn to år, formodes selgeren å være ansvarlig for mangler som oppstår eller viser seg innen hele perioden det er avtalt levering. Første til tredje punktum gjelder likevel ikke dersom slike formodninger er uforenlige med varens eller mangelens art.

Selgeren svarer også for en mangel som oppstår senere, dersom den skyldes kontraktsbrudd fra hans eller hennes side.

§ 18 a fjerde ledd skal lyde:

En garanti er rettslig bindende for garantigiveren på de vilkår som er fastsatt i garantierklæringen og i tilknyttet reklame, og den begrenser ikke forbrukerens rettigheter etter loven her, jf. § 3 første ledd. Dersom vilkårene i garantierklæringen er mindre fordelaktige for forbrukeren enn vilkårene som fremgår av tilknyttet reklame, er garantien bindende på de vilkår som fremgår av den tilknyttede reklamen. Dette gjelder likevel ikke dersom den tilknyttede reklamen før inngåelsen av avtalen er blitt rettet på samme eller tilsvarende måte som den er blitt fremsatt.

§ 19 tredje ledd skal lyde:

Dersom selgeren ikke i tide oppfyller sine plikter ellers etter kjøpet, gjelder bestemmelsene om forsinkelse tilsvarende så langt de *passer*. *Forbrukeren kan likevel først heve avtalen ved forsinkelse av slike plikter hvis forsinkelsen er vesentlig. Partene kan avtale en annen løsning.*

§ 26 tredje ledd tredje punktum oppheves.

§ 27 annet ledd skal lyde:

Reklamasjon må senest skje to år etter at *tingen ble levert*. Dersom tingen eller deler av den ved vanlig bruk er ment å vare vesentlig lenger, er fristen for å reklamere fem år. *For oppdateringer og digitale ytelser som etter avtalen skal leveres løpende over en lengre periode, er fristen for å reklamere like lang som denne perioden. Fristene i dette leddet gjelder ikke der selgeren ved garanti eller annen avtale har påtatt seg ansvar for mangler i lengre tid, eller der det foreligger en mangel etter § 16 første ledd bokstav d.*

§ 29 skal lyde:

§ 29 *Retting og omlevering (avhjelp)*

Forbrukeren kan velge mellom å kreve at selgeren sørger for retting av mangelen eller leverer tilsvarende ting (omlevering).

Dette gjelder ikke hvis den valgte beføyelsen er umulig eller vil påføre selgeren uforholdsmessige store kostnader. Ved avgjørelsen av om kostnadene er uforholdsmessige, skal det særlig legges vekt på verdien av en mangelfri ting, mangelens betydning og om den andre beføyelsen kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for forbrukeren.

Hvis både retting og omlevering er umulig eller vil påføre selgeren kostnader som er urimelige store, kan selgeren avvise å avhjelpe mangelen. Ved avgjørelsen av om kostnadene er urimelige, skal det særlig legges vekt på verdien av en mangelfri ting og mangelens betydning.

Selv om forbrukeren verken krever retting eller omlevering etter loven, kan selgeren tilby retting eller *omlevering*. Dersom selgeren sørger for slik retting eller omlevering i samsvar med loven, kan forbrukeren ikke kreve prisavslag eller heving.

Forbrukeren kan likevel kreve prisavslag eller heving umiddelbart hvis mangelen etter sin art er så alvorlig at det ikke er rimelig å forvente at forbrukeren skal godta et tilbud om avhjelp.

§ 30 skal lyde:

§ 30 *Gjennomføring av avhjelp*

Avhjelp skal skje uten kostnad, *uten vesentlig ulempe for forbrukeren og innen rimelig tid etter at forbrukeren har reklamert over mangelen.*

Forbrukeren skal ved avhjelp stille tingen til rådighet for selgeren. Skal tingen omleveres, skal selgeren for egen regning sørge for at den omleverte tingen tas tilbake. Forbrukeren kan holde tilbake det han eller hun har mottatt, inntil omlevering skjer.

Dersom det er nødvendig for avhjelp, skal selgeren demontere den mangelfulle tingen og installere en rettet eller omlevert ting. Dette gjelder likevel bare dersom tingen er installert i samsvar med sin art og sitt formål før mangelen ble synlig.

Dersom det ikke foreligger en mangel, kan selgeren bare kreve betaling for undersøkelser som har vært nødvendige for å avgjøre om det foreligger en mangel, og betaling for reparasjon av tingen, dersom selgeren har gjort forbrukeren uttrykkelig oppmerksom på at han eller hun selv må dekke slike kostnader.

§ 31 skal lyde:

§ 31 *Prisavslag*

Dersom mangelen ikke rettes eller tingen omleveres i samsvar med §§ 29 til 30, *eller det er klart at dette ikke vil skje*, kan forbrukeren kreve *et prisavslag* slik at forholdet mellom nedsatt og avtalt pris svarer til forholdet mellom tingens verdi i mangelfull og kontraktsmessig stand på leveringstiden.

Forbrukeren kan ikke kreve prisavslag ved salg av brukte ting på auksjon hvor han eller hun har anledning til å være til stede.

§ 32 skal lyde:

§ 32 *Heving*

I stedet for prisavslag etter § 31 kan forbrukeren heve avtalen *med mindre selgeren beviser at mangelen er uvesentlig.*

§ 33 nytt annet ledd skal lyde:

Dersom særlige grunner taler for det, kan forbrukeren kreve erstatning for konkrete og ikke ubetydelig ulemper han eller hun påføres som følge av at tingen har en mangel.

Nåværende annet og tredje ledd blir nytt tredje og fjerde ledd.

§ 49 skal lyde:

§ 49 *Virkninger av heving*

Når kjøpet heves, faller partenes plikt til å oppfylle kjøpet bort.

Er kjøpet helt eller delvis oppfylt fra noen av sidene, kan det mottatte kreves *tilbakeført.*

Forbrukeren skal sørge for at tingen leveres til selgeren. Selgeren skal tilbakebetale kjøpesummen når tingen mottas eller forbrukeren har dokumentert at den er sendt. En part kan likevel holde tilbake det som er mottatt, inntil den andre parten gir tilbake det han eller hun har fått. Tilsvarende gjelder når parten har krav på erstatning eller rente, og betryggende sikkerhet ikke blir stilt.

Hevingen har ingen betydning for avtalevilkår om forretningshemmeligheter, om løsning av tvister eller om partenes rettigheter og plikter som følge av hevingen.

§ 50 nytt tredje ledd skal lyde:

Ved forsinkelse skal selgeren betale renter fra den dag betalingen ble mottatt.

§ 51 skal lyde:

§ 51 *Tingens tilstand ved heving og omlevering*

Hvis forbrukeren ved heving eller omlevering ikke kan levere tilbake tingen i vesentlig samme stand og mengde som da han eller hun mottok den, skal forbrukeren erstatte verdien eller den verdireduksjonen tingen har hatt. Dette gjelder likevel ikke dersom

- a) årsaken til at det er umulig å tilbakelevere tingen i vesentlig samme stand og mengde, er tingens egen beskaffenhet eller annet forhold som ikke beror på forbrukeren
- b) tingen er helt eller delvis gått til grunne eller forringet som følge av en handling som trengs for å undersøke om tingen har en mangel, eller
- c) tingen helt eller delvis er forbrukt eller forandret av forbrukeren under forutsatt bruk før heving eller omlevering.

§ 57 skal lyde:

§ 57 *Kontraktsbrudd ved del av tingen*

Omfatter selgerens kontraktsbrudd bare en del av det solgte, gjelder reglene om mangler og forsinkelse i kapittel 5 og 6 for denne delen. *Må selgeren antas å ha avsluttet sin levering enda ikke alt er levert, gjelder reglene om mangler.*

Hever forbrukeren for en del av det solgte, kan forbrukeren også heve for andre deler som han eller hun ikke med rimelighet kan forventes å beholde.

§ 58 oppheves.

II

I lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. skal § 23 tredje ledd lyde:

Garantivilkårene skal utleveres til forbrukeren på et varig medium senest ved levering av varen eller ytelsen.

III

1. Loven gjelder fra det tidspunktet Kongen bestemmer. De enkelte bestemmelsene i loven kan settes i kraft til ulik tid.
2. Loven gjelder ikke avtaler som er inngått før lovens ikrafttredelse.