



Det juridiske fakultet

Kan kjøpsloven § 19 (1) fravikes helt eller delvis ved alminnelig forbehold?

Hvilken adgang har partene i en kjøpsavtale til å avtale at kjøpsloven § 19 (1) ikke kommer til anvendelse ved alminnelig forbehold?

Hilde Alme

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, Desember 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling.....	3
1.2	Metode.....	4
1.3	Avgrensninger	6
1.4	Videre fremstilling	7
2	Nærmere om kjøpsloven § 19 (1).....	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Kjøpslovens virkeområde.....	7
2.3	Kjøpsloven § 19 (1)s funksjon	8
2.4	Det materielle innholdet i kjl. § 19 (1)	10
2.4.1	Innledning.....	10
2.4.2	Uriktig opplysning.....	10
2.4.3	Manglende opplysning	11
2.4.4	Vesentlig dårligere stand	13
3	Hvilke forbehold rammes av kjl. § 19 (1)?	15
3.1	«Som den er» eller «liknende alminnelig forbehold»	15
3.2	Grensen mellom alminnelige og spesifiserte forbehold.....	16
4	Adgangen til å fravike kjl. § 19 (1)	18
4.1	Innledning.....	18
4.2	Kan selger fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a?.....	18
4.2.1	Kan selger fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a når han er i ond tro?	19
4.2.2	Kan selger fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a når han er i god tro?	23
4.3	Kan selger fraskrive seg ansvaret for mangelfulle opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav b?.....	33

4.4	Kan selger fraskrive seg ansvaret for skjulte mangler etter kjl. § 19 (1) bokstav c?	34
5	Avsluttende bemerkninger	46
5.1	Avhandlingens hovedfunn.....	46
5.2	Bør det fremgå av lovteksten at kjl. § 19 (1) bokstav a og b er preseptorisk?	47
5.3	Bør kjl. § 19 (1) bokstav c gjøres preseptorisk?.....	48
	Referanseliste	50
	Norske lover	50
	Forarbeider og lovvedtak.....	50
	Rettspraksis	51
	Praksis fra forbrukerklageutvalget	52
	Litteratur	53
	Nettsider og artikler.....	53

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Problemstillingen som ligger til grunn for avhandlingen er om partene i en kjøpsavtale kan avtale at Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (heretter kjøpsloven eller kjl.) § 19 (1) ikke kommer til anvendelse ved alminnelig forbehold. Det skal undersøkes om selger har adgang til å ta et alminnelig forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1), eller om slike forbehold settes til side i praksis. Hvis ethvert slikt forbehold settes til side, er bestemmelsen preseptorisk.

Kjøpsloven § 19 (1) angir når det foreligger en mangel ved en gjenstand som er solgt «som den er» eller med liknende alminnelig forbehold. Et alminnelig forbehold kjennetegnes ved at ansvarsfraskrivelsen ikke retter seg mot en konkret risiko ved tingen, men søker å fritta selger for ethvert mangelansvar.¹ I praksis formuleres slike forbehold gjerne som at salgsgjenstanden selges «som den er»,² eller «uten ansvar for mulige feil og mangler».³

Ettersom kjøpsloven er deklarasjonsrett etter kjl. § 3, kan kjl. § 19 (1) tilsynelatende fravikes ved avtale. Forbrukerklageutvalget har imidlertid lagt til grunn i det nylig fattede vedtaket FKU-19/886 at private parter ikke kan fravike kjl. § 19 (1) ved et alminnelig forbehold. Både Hagstrøm og Krüger har stilt spørsmål ved om kjl. § 19 (1) kan fravikes.⁴ Dette kan tyde på at løsningen ikke er så opplagt som kjl. § 3 lest isolert tilsier. Heller ikke rettspraksis har avklart om partene kan fravike kjl. § 19 (1) ved alminnelig forbehold.

Spørsmålet vil imidlertid ha stor betydning når selger har fraskrevet seg ansvaret etter kjl. § 19 (1) ved et alminnelig forbehold. Dersom et slikt forbehold aksepteres, vil det føre til at kjøper ikke kan gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende etter kjøpsloven. Hvis forbeholdet settes til side, vil ikke selger være fritatt for alt mangelansvar.

¹ Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2011 s. 341 fremholder at selger ved et alminnelig forbehold søker å «frasi seg enhver risiko for egenskaper ved ytelsen uansett hva som måtte inntre».

² Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980 s. 61.

³ Bergem, John Egil og Stein Rognlien, *Kjøpsloven med kommentarer*, 4.utg., Gyldendal 2020 s. 124.

⁴ Hagstrøm (2011) s. 344 uttaler at «[d]et kan sies at § 19 etter sitt innhold er preseptiv, og at en fraskrivelse derfor ikke står seg», men at løsningen må anses som usikker. Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, 4.utg., Alma Mater 1999 s. 241 stiller spørsmål ved om adgangen til å fravike kjl. § 19 (1) bokstav c (og de tilsvarende bestemmelser i kontraktlovgivningen) er *reell*.

Det må antas at selger ofte tar alminnelige forbehold på kjøpslovens område. Forbrukerrådet har publisert flere standardkontrakter for kjøp av løsøre, som gir mulighet til å ta «som den er»-forbehold.⁵ Det er trolig mange som selgere benytter seg av denne muligheten. Det må presiseres at kjøper ikke fraskriver seg rettighetene han har etter kjl. § 19 (1) dersom partene avtaler at tingen selges «som den er».

Det må likevel antas at flere selgere ønsker å fraskrive seg mangelansvar så langt det lar seg gjøre, og at de vil fravike kjl. § 19 (1) dersom de har adgang til dette. I og med at det oppstår mange konflikter på kjøpsrettens område, kan det få betydning for mange saker om kjl. § 19 (1) er fravikelig.⁶

1.2 Metode

Den gjeldende kjøpsloven videreførte lov 24. mai 1907 nr. 2 om kjøb (heretter kjøpsloven av 1907). I kjøpsloven av 1907 regulerte § 45 b når det forelå mangler ved forbrukerkjøp når tingen var solgt «som den er». Bestemmelsen ble tilføyd ved lov 14 juni 1974 nr. 36. Den tidligere kjl. § 45 b ble videreført og utvidet til å gjelde alle kjøp i kjøpsloven av 1988. Den nåværende kjl. § 19 tilsvarer den tidligere kjl. § 45 b.⁷

I NOU 1976: 34 viser kjøpslovsutvalget til departementets bemerkninger i Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) i de spesielle merknadene til § 48 (lovens § 19). Departementets uttalelser i ot.prp. nr. 25 (1973–1974) er derfor relevant for forståelsen av kjl. § 19 (1).

Ettersom kjl. § 45 b ble ansett å være en kodifisering av gjeldende rett på daværende tidspunkt, kan Høyesterettsdommer avsagt før vedtakelsen av den tidligere kjl. § 45 b ha betydning for forståelsen av den nåværende kjl. § 19 (1) bokstav a.⁸

⁵ Se for eksempel punkt 6 i Forbrukerrådet, «bruktbilkontrakt», 2020. <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2015/09/bruktbilkontrakt-bm-2019.pdf>, Punkt 3 i Forbrukerrådet, «Kontrakt ved kjøp av fritidsbåt mellom private», 2018. <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/12/fritidsbaatkontrakt-bm-05des2018.pdf>, og punkt 3 i Forbrukerrådet, «Kontrakt ved kjøp av ting», 2018. <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2015/09/tingkontrakt-bm.pdf>.

⁶ Til illustrasjon fikk forbrukerrådet i 2018 over 15 000 henvendelser som trolig gjelder kjøpsrett eller forbrukerkjøpsrett (kategoriene brukte biler, innredning og møbler, klær og skotøy, større husholdningsapparater, nye biler, næringsmidler, smykker m.v.), jf. Forbrukerrådet, *Henvendelsesstatistikk*, u.å. <https://www.forbrukerradet.no/henvendelsesstatistikk/>.

⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 61.

⁸ Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) Om lov om endringer i kjøpsloven 24 mai 1907 nr. 2, særlig med sikte på forbrukervern s. 41. Departementet uttalte at det etter gjeldende rett var grunn til å anta at det fantes begrensninger i hva kjøper måtte akseptere, selv om selger hadde tatt alminnelig forbehold. Krüger (1999) s. 231 uttaler også at kjl. § 45 b i loven fra 1907 var en kodifisering av eldre rettspraksis.

Kjøpsloven er en obligasjonsrettslig lov. Obligasjonsrett er en samlebetegnelse rettsdisiplinen som omhandler læren om skyldforhold.⁹ Innenfor obligasjonsretten finnes flere rettsdisipliner som regulerer ulike kontraktstyper, for eksempel kjøpsrett, husleierett og avhendingsrett. De ulike obligasjonsrettslige lovene bygger på flere av de samme hensynene og prinsippene, tilpasset de ulike kontraktstypene.¹⁰ Andre obligasjonsrettslige lover med tilhørende forarbeider og rettspraksis kan derfor være relevant ved tolkningen av kjl. § 19 (1).

Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (heretter avhendingslova eller avhl.) § 3-9 er en parallellbestemmelse til kjl. § 19 (1). Avhendingslova § 3-9 har i stor grad likt innhold og lik ordlyd som kjl. § 19 (1), hvilket tilsier at bestemmelsene skal harmoniseres.¹¹ Departementet uttalte i avhendingslovas forarbeider at flere av lovens materielle løsninger tilsvarer kjøpslovens løsninger, men at dette ikke gjelder på områder hvor kjøp av fast eiendom skiller seg fra løsørekjøp.¹² Forarbeider og rettspraksis tilknyttet avhl. § 3-9 kan derfor være relevant ved tolkningen av kjl. § 19 (1), i den utstrekning bestemmelsene er ment å ha det samme materielle innholdet.

Forarbeidene Prop. 44 L (2018–2019) gjelder en vedtatt og kunngjort endring i avhendingslova, som ikke trådt i kraft enda.¹³ Forarbeidene vil ha stor betydning for tolkningen av avhendingslova når endringen trer i kraft, og kan følgelig ha betydning for forståelsen av kjl. § 19 (1). Prop 44 L (2018–2019) vil imidlertid være etterarbeider til kjøpsloven, og må tillegges mindre vekt enn kjøpslovens forarbeider.¹⁴

Også Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (heretter husleieloven) § 2-5 er en parallellbestemmelse til kjl. § 19 (1). Departementet har søkt å harmonisere husleieloven og kjøpsloven.¹⁵ Husleieloven § 2-5 og dens forarbeider kan derfor være relevant for tolkningen av kjl. § 19 (1).

⁹ Hagstrøm (2011) s. 25.

¹⁰ Se Hov og Høgberg (2017) s. 31 flg. og s. 43.

¹¹ Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) s. 92.

¹² Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) s. 19.

¹³ Lovvedtak 57 (2018–2019) om Endringer i avhendingslova (tryggere bolighandel).

¹⁴ Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004 s. 203.

¹⁵ Ot.prp. nr. 82 (1997–1998) Om lov om husleieavtaler (husleieloven) s. 15.

Avhandlingen vil se hen til praksis fra Forbrukerklageutvalget (heretter FKU) når denne er relevant. FKU er et domstolliknende forvaltningsorgan som blant annet behandler klager på kjøp av ting mellom to private parter.¹⁶ FKUs vedtak får virkning som rettskraftig dom dersom vedtaket ikke bringes inn for domstolene.¹⁷ Forbrukerklageutvalget het tidligere Forbrukertvistutvalget, men endret navn da Lov 17. februar 2017 nr. 7 om Forbrukerklageutvalget (forbrukerklageloven) trådte i kraft 1. mars 2017.¹⁸ Når det henvises til vedtak avsagt før 1. mars 2017, vil derfor referansen «FTU» brukes.

Dersom FKU har en fast tolkningspraksis tilknyttet et rettsspørsmål, vil denne tillegges en viss vekt, jf. Rt. 2007 s. 1274 avsnitt 45. For øvrig er det ikke helt klart hvilken vekt utvalgets praksis har.¹⁹

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljесerklæringer (heretter avtaleloven eller avtl.) er et resultat av nordisk lovsamarbeid, og den avtalerettslige lovgivningen i de nordiske landene er derfor svært lik. Forarbeider, rettspraksis og teori om avtalelovgivningen i andre nordiske land kan derfor få betydning for tolkningen av den norske avtaleloven.²⁰

Avhandlingen tar utgangspunkt i alminnelig juridisk metode.

1.3 Avgrensninger

Det avgrenses mot tilfeller hvor kjøper har gitt selger uriktige opplysninger eller tilbakeholdt informasjon på en måte som strider mot lojalitetsprinsippet. Dette skyldes at kjl. § 19 (1) oppstiller et vern for kjøper, og at selgers vern derfor faller utenfor problemstillingen oppgaven skal behandle.

Avhandlingen vil ikke redegjøre grundig for det materielle innholdet i kjl. § 19 (1). Dette skyldes både plasshensyn og at det faller utenfor avhandlingens hovedtema. Det vil imidlertid gis en kort redegjørelse av det materielle innholdet i punkt 2.4.4.

¹⁶ Lov 17. februar 2017 nr. 7 om forbrukerklageutvalget (heretter forbrukerklageloven) § 1 (1) bokstav a jf. § 1 (2) andre punktum.

¹⁷ Forbrukerklageloven § 7 (5).

¹⁸ Forbrukerklageloven som trådte i kraft 1. mars 2017 opphevet den tidligere Lov 28. april 1978 nr. 18 om behandling av forbrukertvister.

¹⁹ Nygaard (2004) s. 216.

²⁰ Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utg., Universitetsforlaget, 2014 s. 24, Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9. utg., Gyldendal Juridisk 2014 s. 44.

Avhandlingen vil bare behandle spørsmål om bruk av alminnelige forbehold som har direkte betydning for anvendelsen av kjl. § 19 (1).

1.4 Videre fremstilling

I punkt 2 skal det redegjøres kort for kjøpslovens virkeområde. Det skal også redegjøres for hvilken funksjon kjl. § 19 (1) har i kjøpsloven, og det materielle innholdet i bestemmelsen. I punkt 3 skal det undersøkes nærmere hvilke forbehold som rammes av kjl. § 19 (1). I punkt 4 skal det undersøkes om partene i en kjøpsavtale har adgang til å fravike kjl. § 19 (1) ved et alminnelig forbehold. I punkt 5 skal det redegjøres kort for oppgavens hovedfunn, og vurderes om kjl. § 19 (1) bør endres delvis.

2 Nærmere om kjøpsloven § 19 (1)

2.1 Innledning

I dette kapittelet skal det først redegjøres for når kjøpsloven kommer til anvendelse. Det vil deretter forklares hvilken funksjon kjl. § 19 (1) har i kjøpsloven. Til slutt vil det redegjøres for bestemmelsens materielle innhold.

2.2 Kjøpslovens virkeområde

Kjøpsloven § 19 (1) får bare direkte anvendelse i saker som faller innenfor kjøpslovens virkeområde. Det må derfor undersøkes når kjøpsloven kommer til anvendelse.

Kjøpsloven regulerer «kjøp» dersom ikke annet er bestemt i lov, jf. kjl. § 1 (1) første punktum. Forbrukerkjøp faller utenfor loven, jf. kjl. § 1 (1) annet punktum. Loven kommer følgelig bare til anvendelse dersom kjøpsavtalen er inngått av enten to private parter, to næringsdrivende parter, eller en privat selger og en næringsdrivende kjøper.

Det fremgår av forarbeidene at loven skal «gjelde generelt for kjøp av ting».²¹ Kjøp av fast eiendom faller utenfor loven, jf. kjl. § 1 (1) tredje punktum. Loven må følgelig omfatte løsørekjøp, og kjøp av aksjer og rentebærende fordringer, jf. kjl. §§ 80 og 81.

²¹ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 3

Verken kjøpsloven eller forarbeidene definerer begrepet «kjøp».²² Det fremgår imidlertid av juridisk teori at kjøpsbegrepet forutsetter at det skjer en permanent overdragelse av en eksisterende eiendomsrettighet i et formuesgode mot et pengevederlag.²³

Kjl. § 19 (1) kommer altså til anvendelse når det foreligger en permanent overdragelse av eiendomsretten til løsøre eller aksjer og rentebærende fordringer mot pengevederlag, og selger har tatt et alminnelig forbehold mot ansvar for mangler.

2.3 Kjøpsloven § 19 (1)s funksjon

I utgangspunktet regulerer kjl. § 17 når en solgt ting har en mangel. Hvis selger har fraskrevet seg ansvaret for mangler etter kjl. § 17 ved et alminnelig forbehold, et såkalt «som den er»-forbehold, er det kjl. § 19 (1) som regulerer mangelspørsmålet.

Dersom et alminnelig forbehold tas på ordet, vil ikke kjøperen under noen omstendigheter kunne rette mangelskrav mot selgeren etter kjøpsloven. Ettersom tingen er solgt «som den er», kan den per definisjon ikke ha en mangel – den vil alltid være «i samsvar med de krav [...] som følger av avtalen», jf. kjl. § 17 (1). Forbeholdet beskriver da salgsgjenstandens egenskaper, slik at alle feil som utgangspunkt anses som en avtalt egenskap.²⁴

Lovgiver har ikke funnet en slik løsning ønskelig, og har derfor valgt å pålegge selger et visst ansvar for mangler selv om tingen er solgt «som den er» eller med liknende alminnelig forbehold. Loven stenger ikke for at selger kan ta et alminnelig forbehold. En sentral del av avtalefriheten er at avtalepartene kan bestemme innholdet i avtalen de inngår, og det vil være et innhugg i avtalefriheten om partene ikke kan avtale at tingen selges «som den er».²⁵ Selger kan også ha et legitimt behov for å fraskrive seg mangelansvaret som følger av kjl. § 17, for eksempel fordi han har lite kunnskap om salgstingen, eller fordi et mangelskrav vil gripe hardt inn i hans økonomi.²⁶

²² Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 23. Departementet unnlater å trekke opp eksakte grenser for hva som regnes som kjøp.

²³ Bergem og Rognlien (2020) s. 36–37.

²⁴ Hauge, Hilde. ««som den er»- forbehold: Særlig om hvilke objektive avvik ved kontraktsgjenstanden som kvalifiserer for kjøpsrettslig mangel» *Jussens venner* nr. 4 (2010) s. 255–293, s. 268–269.

²⁵ Giertsen (2014) 6.

²⁶ Hauge, Hilde. ««som den er»- forbehold: Særlig om hvilke objektive avvik ved kontraktsgjenstanden som kvalifiserer for kjøpsrettslig mangel» *Jussens venner* nr. 4 (2010) s. 255–293, s. 259.

Det er imidlertid nødvendig å beskytte avtaleparter mot misbruk av avtalefriheten,²⁷ og det er ikke ubetenkelig å tillate bruk av alminnelige forbehold. Når forbeholdet ikke gir kjøper særlig oppfordring til å undersøke konkrete forhold ved tingen, vil kjøperen ha begrenset anledning til å ta høyde for spesifikke svakheter ved tingen når han gir bud.²⁸ Det kan føre til urimelige resultater dersom kjøper ikke har noen adgang til å rette krav mot selger etter kjøpsloven når selger har tatt alminnelig forbehold mot ansvar for mangler.

Kjøpsloven § 19 (1) fastslår derfor at visse omstendigheter i forbindelse med kjøpet skal føre til at salgstingen regnes som mangelfull selv om selger har tatt alminnelig forbehold mot ansvar for mangler.²⁹ Bestemmelsen fastslår at det foreligger en mangel dersom selger har gitt uriktige opplysninger, jf. bokstav a, dersom selger har forsømt å gi vesentlige opplysninger om tingen som kjøper hadde grunn til å regne med å få, jf. bokstav b, eller dersom tingen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med, jf. bokstav c.

Disse mangelgrunnene er utslag av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Selgers opplysningsansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav a og b er et utslag av det kontraktsrettslige lojalitetsprinsippet, som er utviklet i samspill mellom lovgivning, teori og rettspraksis.³⁰ Prinsippet har fått utslag i flere obligasjonsrettslige lover.³¹ Selgers ansvar for tingens stand etter kjl. § 19 (1) bokstav c er også utslag av et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. Flere obligasjonsrettslige lover inneholder bestemmelser som fastslår at det foreligger en mangel dersom ytelsen er vesentlig dårligere enn kjøper hadde grunn til å regne med etter omstendighetene.³²

²⁷ Giertsen (2014) s. 7.

²⁸ Prop. 44 L (2018–2019) Endringer i avhendingslova (tryggere bolighandel) s. 18.

²⁹ Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) s. 40 jf. NOU 1976: 34 lov om kjøp s. 80.

³⁰ Dette er blant annet kommet til uttrykk i Rt. 1988 s. 1078 A, hvor Høyesterett uttalte at det i kontraktsforhold «må stilles krav til aktsom og lojal opptreden» mellom partene. Se også Hov og Høgberg (2017) s. 34–35.

³¹ Se kjl. § 18 (1), Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven) §§ 18 (1) og 19, avhl. §§ 3-7 og 3-8, Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bostad m.m. (bustadsoppføringslova) §§ 26 og 27, Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (heretter forbrkjl). §16 (1) bokstav b og c, husll. §§ 2-3 og 2-4.

³² Se forbrkjl. § 17 (1), avhl. § 3-9 annet punktum, husleieloven § 2-5 annet punktum, hvtjl. § 17 (2).

2.4 Det materielle innholdet i kjl. § 19 (1)

2.4.1 Innledning

I dette punktet skal det redegjøres kort for det materielle innholdet i kjl. § 19 (1). Formålet med redegjørelsen er ikke å gjøre et dypdykk i bestemmelsens materielle innhold.

Redegjørelsen er ment å gi en oversikt over innholdet, slik at drøftelsen av bestemmelsens fravikelighet i punkt 4 er lettere å følge.

2.4.2 Uriktig opplysning

Etter kjl. § 19 (1) bokstav a foreligger det en mangel dersom «tingen ikke svarer til opplysninger selgeren har gitt om tingen, dens egenskaper eller bruk», hvis disse opplysningene «kan antas å ha innvirket på kjøpet».

Ordlyden tilsier at et alminnelig forbehold ikke er til hinder for at kjøper kan gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende når selger har gitt uriktige opplysninger som har fått betydning for kjøpet. Det følger av forarbeidene at bestemmelsen er ment å ha samme rekkevidde som kjl. § 18 (1), som regulerer selgeres ansvar for uriktige opplysninger når han ikke har tatt alminnelig forbehold.³³

Etter kjl. § 18 (1) har tingen en mangel dersom den «ikke svarer til opplysninger selger i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen, dens egenskaper eller bruk», hvis det kan antas at opplysningene har innvirket på kjøpet. Ordlyden i kjl. § 18 (1) taler isolert sett for at enhver opplysning selger har gitt, kan danne grunnlag for et mangelskrav hvis opplysningen virket inn på avtalen. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at generelle, vage opplysninger ikke kan danne grunnlag for mangelskrav rettet mot selger.³⁴ Det kreves at opplysningene er «konkrete, og i en viss utstrekning spesifiserte», hvilket taler for at opplysningene må gjelde bestemte forhold ved en nærmere angitt del av tingen.³⁵

Upresis, svevende ros av salgstingen, for eksempel at en eiendom omtales som en «sjarmerende perle», kan normalt ikke føre til at det foreligger en mangel.³⁶ Til illustrasjon hadde selger av en hoteleiendom i saken Rt. 1932 s. 835 A reklamert med «vakker utsikt over

³³ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 62.

³⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 60.

³⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 60.

³⁶ Hagstrøm (2011) s. 145.

Tyrifjorden og Ringerike mot Norefjell»³⁷, men Høyesterett fremholdt at slike reklameprospekter «ikke kan opfattes som eksakte kontraktstilbud», hvilket kjøper måtte være klar over.³⁸

Det fremgår videre av forarbeidene at det kan foreligge en mangel selv om selgeren ikke visste at opplysningene han ga var uriktige.³⁹ Ansvar for kjøpsrettslige mangler er rent objektivt, og rammer også selgere som er i aktsom god tro.⁴⁰

Ordlyden «kan antas å ha virket inn på kjøpet» medfører at bestemmelsen bare rammer opplysninger som har hatt betydning for kjøpers avgjørelse om å kjøpe tingen, og hvilke vilkår han aksepterer. Det stilles med andre ord krav om årsakssammenheng mellom de uriktige opplysningene og avtalens inngåelse eller vilkår.

2.4.3 Manglende opplysning

Det fremgår av kjl. § 19 (1) bokstav b at en ting som er solgt «som den er» eller med liknende alminnelig forbehold har en mangel dersom selgeren ved kjøpet har «forsømt å gi opplysning» om «vesentlige forhold ved tingen eller dens bruk» som han «måtte kjenne til» og som «kjøperen hadde grunn til å rekne med å få», såfremt unnlatelsen «kan antas å ha innvirket på kjøpet». Bestemmelsen oppstiller altså en opplysningsplikt selger ikke kan fraskrive seg ved et «som den er»-forbehold.

Formuleringen «kan antas å ha virket inn på kjøpet» oppstiller et krav om årsakssammenheng mellom fortielsen og avtalens inngåelse eller innhold, jf. punkt 2.4.2.

Opplysningsplikten gjelder bare forhold selgeren «måtte kjenne til». Ordlyden tilsier at bestemmelsen rammer forhold selgeren vanskelig kan ha vært uvitende om. Det fremgår av forarbeidene at opplysningsplikten omfatter «forhold som selgeren ikke har noen rimelig

³⁷ Rt. 1932 s. 835 A på s. 843.

³⁸ Rt. 1932 s. 835 A på s. 838

³⁹ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 61.

⁴⁰ Hagstrøm (2011) s. 144, Martinussen, Roald, *Kjøpsrett*, 6. utg., Cappelen Damm Akademisk 2012 s. 137, Bergem og Rognlien (2020) s. 119, Krüger (1999) s. 177.

unnskyldning for å være uvitende om».⁴¹ Det presiseres at det ikke er nok «at selgeren *burde* vite; det kreves at han *måtte* vite» om forholdet.⁴²

Verken lovens ordlyd eller forarbeider avklarer om vilkåret «måtte kjenne til» er en bevisregel som krever klar sannsynlighetsovervekt, eller et normativt begrep som oppstiller en aktsomhetsnorm.

Høyesterett har i Rt. 2002 s. 696 A lagt til grunn at ordlyden «måtte kjenne til» i avhl. § 3-7, som også regulerer opplysningsplikt, skal forstås som «et normativt begrep, og ikke som en bevisregel».⁴³ Innholdet i selgers opplysningsplikt etter kjl. § 19 (1) bokstav b og avhl. § 3-7 er langt på vei det samme, hvilket taler for at Rt. 2002 s. 696 A også har betydning for forståelsen av kjl. § 19 (1) bokstav b.⁴⁴ Hagstrøm har uttalt at dommen kan få betydning for forståelsen av formuleringen «måtte kjenne til» i flere obligasjonsrettslige bestemmelser, herunder kjl. § 19 (1) bokstav b.⁴⁵ Han uttaler videre at det er «rimelig å anta at skyldkravet nærmest er grov uaktsomhet[...]», hvilket harmonerer godt med forarbeidenes uttalelser om at selger *måtte* vite om forholdet.⁴⁶ Formuleringen «måtte kjenne til» i kjl. § 19 (1) bokstav b må derfor være et normativt begrep, ikke en bevisregel.

Selger har etter ordlyden plikt til å gi opplysninger om «vesentlige forhold med tingen eller dens bruk» som «kjøperen har grunn til å regne med å få».

Ordlyden «vesentlige forhold» innebærer at opplysninger som normalt kan være utslagsgivende for kjøpers vurdering om hvorvidt han skal kjøpe tingen, og hvilke vilkår han aksepterer, omfattes.

Ordlyden «opplysning [...] kjøperen hadde grunn til å regne med å få», kan tolkes som at den understreker at opplysningen må gjelde «vesentlige forhold» for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Dersom en slik tolkning legges til grunn, vil ikke vilkåret ha stor selvstendig betydning. Ordlyden kan imidlertid også tolkes som at bare opplysninger kjøperen til en viss

⁴¹ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 62.

⁴² Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 62.

⁴³ Rt. 2002 s. 696 A på s. 702.

⁴⁴ Departementet uttaler i Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) s. 88 at kjøpsloven § 19 (1) bokstav b «langt på veg» inneholder samme regel som avhl. § 3-7.

⁴⁵ Hagstrøm (2011) s. 162.

⁴⁶ Hagstrøm (2011) s. 163.

grad er avhengig av å få fra selgeren omfattes. En slik forståelse støttes av forarbeidene, hvor det uttales at «bestemmelsen må sees i sammenheng med kjøperens undersøkelsesplikt etter § 20»,⁴⁷ og at selgerens opplysningsplikt normalt ikke vil omfatte forhold kjøper kunne oppdaget ved en vanlig undersøkelse av tingen.⁴⁸

Opplysningene kjøper har grunn til å regne med å få av selger vil etter dette være opplysninger som ikke kan avdekkes ved undersøkelse, for eksempel opplysninger om at en bil har vært kollisjonsskadd.⁴⁹

2.4.4 Vesentlig dårligere stand

Det følger av kjl. § 19 (1) bokstav c at en ting solgt «som den er» eller med liknende alminnelig forbehold har en mangel dersom den er «vesentlig dårligere stand» enn kjøperen hadde «grunn til å rekne med» sett i lys av «kjøpesummens størrelse og forholdene ellers». Bestemmelsen er i stor utstrekning en kodifisering av tidligere rettspraksis.⁵⁰

Ordlyden «vesentlig dårligere stand» taler for at avviket mellom kjøpers berettigede forventninger til tingens tilstand og tingens faktiske tilstand må være betydelig. Terskelen for hva som utgjør et betydelig avvik vil være høyere når selger tar alminnelig forbehold enn ellers, ettersom forbeholdet gir kjøper et signal om at tingen kan være i dårligere stand enn vanlig.⁵¹ Dersom man kjøper en ting «som den er», må man regne med at kvaliteten kan avvike noe fra forventningene man gjør seg på forhånd.⁵²

Det fremgår av forarbeidene til kjl. § 19 (1) bokstav c at misforholdet mellom tingens faktiske tilstand og tilstanden kjøper hadde grunn til å forvente «må være utvilsomt».⁵³ Forarbeidene legger med andre ord opp til en høy terskel for når tingen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 62.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 62.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 62.

⁵⁰ Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 62 sammenholdt med Hagstrøm (2011) s. 343.

⁵¹ Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) s. 43, Bergem m.fl. (2007) s. 105.

⁵² Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) s. 43.

⁵³ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 62.

Ordlyden «grunn til å rekne med» tyder på det skal foretas en objektiv vurdering av hvilke forventninger kjøper hadde grunn til å ha, heller enn en subjektiv vurdering av hvilke forventninger kjøper faktisk hadde. En slik forståelse er lagt til grunn i juridisk teori.⁵⁴ Ved vurderingen av hva kjøper hadde grunn til å regne med, må det både sees hen til generelle erfaringssetninger, for eksempel at en bil som har kjørt veldig mange kilometer kan bli ødelagt etter relativt kort tid, og til de konkrete omstendighetene i saken og opplysningene som ble gitt ved avtaleinngåelsen.⁵⁵

Ved vurderingen av om tingen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å forvente, har «kjøpesummens størrelse» og «forholdene ellers» betydning. Ordlyden gir anvisning på en helhetsvurdering hvor alle forhold rundt avtaleinngåelsen som kan ha påvirket kjøpers berettigede forventninger, er relevant. Herunder vil tingens alder, hvordan tingen har vært brukt, hvordan selger har beskrevet tingen, om feilen knytter seg til kjerneegenskaper, og om feilen knytter seg til en konkret risiko som var kjent da avtalen ble inngått, ha betydning.⁵⁶

Selgers ansvar for mangler etter kjl. § 19 (1) bokstav c må balanseres mot kjøpers undersøkelsesplikt. Etter kjl. § 20 (1) kan ikke kjøper gjøre gjeldende som mangel «noe han kjente eller måtte kjenne til ved kjøpet». Tingen har altså ikke en mangel hvis kjøper ved avtaleinngåelsen hadde positiv kunnskap om feilene, eller ikke har noen rimelig grunn til å være uvitende om dem.⁵⁷

Dersom vilkårene i kjl. § 20 (1) er oppfylt, utelukker det altså at det kan foreligge en mangel etter kjl. § 19 (1) bokstav c. En slik løsning følger også til en viss grad av kjl. § 19 (1) bokstav c. Hvis en feil kunne ha blitt oppdaget ved undersøkelse, og kjøper ikke har etterkommet selgers oppfordring om å undersøke tingen, vil feilen objektivt sett lettere være påregnelig for kjøper. Det samme vil gjelde dersom kjøper har foretatt en dårlig undersøkelse, og ikke oppdaget en feil.⁵⁸ Hvis det derimot er tale om en skjult mangel som ikke kan oppdages ved

⁵⁴ Bergem og Rognlien (2020) s. 126, Hauge (2010) s. 276, Krüger (1999) s. 228.

⁵⁵ Hauge (2010) s. 276.

⁵⁶ Hauge (2010) s. 278–280.

⁵⁷ Det fremgår av Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 63 jf. s. 59 at uttrykket «måtte kjenne til» i kjl. § 20 (1) innebærer at selger ikke må ha noen rimelig unnskyldning for å ikke vite om feilene.

⁵⁸ Se for eksempel Rt. 2002 s. 696 A, hvor det ble lagt vekt på at risikoen for mangelen som hadde oppstått var synbar.

en vanlig undersøkelse, vil tingen lettere anses å være i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med.⁵⁹

3 Hvilke forbehold rammes av kjl. § 19 (1)?

Kjøpsloven § 19 (1) kommer bare til anvendelse dersom selger har tatt et alminnelig forbehold ved avtaleinngåelsen. Motstykket til alminnelige forbehold er spesifiserte forbehold, altså et forbehold som gjelder «bestemte forhold» ved salgsgjenstanden som «kjøperen har blitt gjort særskilt oppmerksom på». ⁶⁰

Partene i en kjøpsavtale kan fravike kjl. § 19 (1) ved å ta spesifiserte forbehold mot feil som ellers rammes av bestemmelsen.⁶¹ Forbeholdet anses da i utgangspunktet som en avtalt egenskap, slik at mangelspørsmålet reguleres av kjl. § 17.⁶² Det avgjørende for om kjl. § 19 kommer til anvendelse er altså om selgers forbehold er et alminnelig eller et spesifisert forbehold.

Det vil i det videre redegjøres for hvilke forbehold som er alminnelige forbehold, og følgelig faller inn under kjl. § 19 (1). Det vil først gjøres rede for hva som ligger i ordlyden «som den er» eller «liknende alminnelig forbehold». Deretter vil det drøftes hvor skillet mellom alminnelige og spesifiserte forbehold går.

3.1 «Som den er» eller «liknende alminnelig forbehold»

Det følger av ordlyden i kjl. § 19 (1) at forbehold om at tingen selges «som den er» omfattes av bestemmelsen.

Bestemmelsen rammer også «liknende alminnelig forbehold». Formuleringen «liknende alminnelig forbehold» viser tilbake til formuleringen «som den er». Det er derfor nærliggende å legge til grunn at alminnelige forbehold med samme formål som «som den er»-forbehold rammes. En slik tolkning støttes forarbeidene til den tidligere kjøpsloven § 45 b, hvor det

⁵⁹ Se for eksempel Rt. 1982 s. 1357 A (s. 1365), hvor forbeholdet ble tolket som at det bare omfattet mangler av tradisjonell karakter, som ofte undersøkes eller kontrolleres ved befaring.

⁶⁰ Prop. 44 L (2018–2019) s. 17.

⁶¹ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 61–62 uttaler at det kan tas et spesifisert forbehold mot mangler som er nevnt i kjl. § 19 (1). Dette er også lagt til grunn i NU 1984: 5 Nordiska köplagar: förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning s. 234, som er et forslag til revisjon av de nordiske kjøpslovene skrevet av en nordisk arbeidsgruppe. Forslaget ligger til grunn for de nordiske kjøpslovene, og er derfor relevant for norsk rett, jf. Bergem og Rognlien (2020) s. 24.

⁶² Hauge (2010) s. 268–269.

uttales at formuleringen «liknende forbehold» var ment å ramme «formuleringer som innholdsmessig tar sikte på det samme».⁶³ Dette forstås som at et forbehold som søker å frita selger for ethvert ansvar for feil, heller enn ansvaret for en konkret feil, vil være et «liknende alminnelig forbehold». Eksempelvis vil «as-is»-klausuler,⁶⁴ og vilkår om at tingen selges «uten ansvar for skjulte feil og mangler» være et «liknende alminnelig forbehold».⁶⁵

Det avgjørende for om man står ovenfor et alminnelig forbehold som rammes av kjl. § 19 (1), blir da om forbeholdet søker å frita selger for ethvert ansvar for feil ved salgstingen.

3.2 Grensen mellom alminnelige og spesifiserte forbehold

I dette punktet skal det undersøkes hva som skal til for at et forbehold er spesifisert, slik at det faller utenfor kjl. § 19 (1).

Det fremgår av kjøpslovens forarbeider at kjl. § 19 (1) kan fravikes ved spesifiserte forbehold, men forarbeidene gir ikke veiledning for hvordan grensen mellom alminnelige og spesifiserte forbehold skal trekkes.⁶⁶

Husleieloven § 2-5 inneholder en parallellbestemmelse til kjl. § 19 (1).⁶⁷ Det fremgår av husleielovens forarbeider at «spesifiserte forbehold der utleieren reserverer seg mot presist angitte omstendigheter som kan tenkes å stå i veien for den avtalte bruk» faller utenfor bestemmelsen.⁶⁸ Uttrykket «presist angitte omstendigheter» tyder på at i hvert fall tydelige og konkrete forbehold faller utenfor bestemmelsen.

Avhendingslova har en parallellbestemmelse til kjl. § 19 (1) i avhl. § 3-9 som kan få betydning for forståelsen av kjl. § 19 (1).⁶⁹ Det fremgår av avhendingslovas forarbeider at kjøperen ved spesifiserte forbehold «gis en reell oppfordring til å undersøke nærmere og eventuelt ta høyde for risikoen gjennom å tilby en lavere pris».⁷⁰ Dersom et forbehold ikke er

⁶³ Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) s. 42.

⁶⁴ Se LA-2018-190828 s. 7

⁶⁵ Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) s. 92.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 61–62 og NU 1984:5 s. 234.

⁶⁷ Jf. punkt 1.2.

⁶⁸ NOU 1993: 4 Lov om husleieavtaler s. 109, gjengitt i Ot.prp. nr. 82 (1997–1998) s. 156.

⁶⁹ Jf. punkt 1.2.

⁷⁰ Prop. 44 L (2018–2019) s. 57.

ledsaget av konkrete opplysninger, gir det ikke kjøpere flest en oppfordring til å foreta nærmere undersøkelser eller ta høyde for feil i prisen, ettersom risikoen fremstår som teoretisk.⁷¹ Slike forbehold skal derfor behandles som et alminnelig forbehold.⁷²

Uttalelsene i husleielovens og avhendingslovas forarbeider harmonerer godt med hensynene som ligger bak kjl. § 19 (1). Formålet med kjl. § 19 (1) er å unngå at selger kan fraskrive seg alt ansvar for feil ved tingen, uten at kjøper får noen klar oppfordring til å undersøke eller ta hensyn til konkrete forhold når han gir bud.⁷³ Dersom et forbehold ikke gir kjøper en klar, reell oppfordring til å undersøke presist angitte forhold ved tingen, tilsier formålet med kjl. § 19 (1) at man står ovenfor et alminnelig forbehold.

Det kan stilles spørsmål ved om selgere kan omgå kjl. § 19 (1) ved å rutinemessig ta spesifiserte forbehold mot typiske mangler ved salgstingen. Satt på spissen kan det tenkes at selger av en bil tar forbehold om at det kan være feil med motoren, clutchen, lysene, dekkene osv, slik at enhver eller de fleste feil omfattes av et av forbeholdene. Departementet har i Prop. 44 L (2018-2019) trukket frem at dersom selger rutinemessig tar spesifiserte forbehold mot typiske mangler, vil disse regnes som alminnelige forbehold dersom de ikke ledsages av konkrete risikopplysninger.⁷⁴

Tilsvarende må trolig gjelde etter kjøpsloven. Dersom selger tar flere forbehold mot typiske feil, uten å mistenke at den konkrete salgstingen har disse feilene, må forbeholdet anses som et alminnelig forbehold. I slike tilfeller vil ikke forbeholdene lenger gi kjøper en særlig oppfordring til å undersøke bestemte forhold ved tingen. Til illustrasjon la flertallet i FKU-19/886 vekt på at forbeholdet selger hadde tatt var del av en standardkontrakt. Forbeholdet knyttet seg da til kjøp av hund generelt, ikke til kjøp av den aktuelle hunden.⁷⁵ Hvis slike forbehold anses som spesifiserte forbehold, kan det føre til en uthuling av kjl. § 19 (1).

Dersom selger tar forbehold mot konkrete feil fordi feilene er typisk for kontraktsgjenstanden, uten at selger mistenker at salgstingen kan ha slike feil i større grad enn andre gjenstander av samme art, anses dette altså som et alminnelige forbehold.

⁷¹ Prop. 44 L (2018–2019) s. 57.

⁷² Prop. 44 L (2018–2019) s. 57.

⁷³ Hagstrøm (2011) 341–342 inneholder uttalelser om hvorfor alminnelige forbehold anses som problematiske.

⁷⁴ Prop. 44 L (2018–2019) s. 57.

⁷⁵ FKU-19/886 s. 8.

I praksis vil det være en glidende overgang mellom alminnelige og spesifiserte forbehold.⁷⁶ Det avgjørende for om et forbehold faller utenfor kjl. § 19 (1), må etter dette være om forbeholdet gir kjøper en særlig oppfordring til å undersøke presist angitte forhold ved den konkrete tingen.

4 Adgangen til å fravike kjl. § 19 (1)

4.1 Innledning

Som nevnt i punkt 1.1, er det uklart om kjl. § 19 (1) kan fravikes ved alminnelig forbehold. I dette punktet skal det undersøkes om partene i en kjøpsavtale har adgang til å avtale at kjl. § 19 (1) ikke kommer til anvendelse ved alminnelig forbehold.

Adgangen til å fravike de ulike bokstavene i kjl. § 19 (1) vil drøftes hver for seg. Det vil først tas stilling til om selger kan fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a. Deretter skal det vurderes om selger kan fraskrive seg ansvaret for mangelfulle opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav b. Til slutt skal det vurderes om selger kan fraskrive seg ansvaret for feil som medfører at tingen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med etter kjl. § 19 (1) bokstav c.

Drøftelsen vil ta utgangspunkt i flertallets votum i vedtaket FKU-19/886, og trekke inn andre relevante rettskilder og hensyn. Målet er ikke å foreta en metodisk analyse av vedtaket, men å bruke premissene som et utgangspunkt for drøftelsen. Mindretallets votum vil ikke drøftes, da mindretallet anså forbeholdene i den konkrete sak for å være spesifiserte forbehold, og derfor anvendte kjl. § 17.

4.2 Kan selger fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a?

Selv om selger har tatt et «som den er»-forbehold, foreligger det en mangel hvis selger har gitt uriktige opplysninger om tingen som kan antas å ha virket inn på kjøpet, jf. kjl. § 19 (1) bokstav a.

I det videre skal det undersøkes om selger har adgang til å fraskrive seg ansvaret som følger av kjl. § 19 (1) bokstav a ved alminnelig forbehold, slik at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse selv om han har gitt uriktige opplysninger som har virket inn på avtalen. Et slikt

⁷⁶ Prop. 44 L (2018–2019) s. 57.

forbehold kan eksempelvis formuleres som at «kjl. § 19 (1) ikke kommer til anvendelse», eller at «kjøper ikke kan holde selger ansvarlig for mangler som følger av kjl. § 19 (1) bokstav a». Det sentrale er at forbeholdet ikke angir hvilke spesifikke opplysninger selger fraskriver seg ansvaret for.

Flertallet i FKU-19/886 har behandlet tilfeller hvor selger er i ond tro, og tilfeller hvor selger er i god tro, hver for seg. Drøftelsen vil følge samme struktur.

4.2.1 Kan selger fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a når han er i ond tro?

Spørsmålet som skal behandles i dette punktet er om kjl. § 19 (1) bokstav a kan fravikes ved alminnelig forbehold når selger forsettlig eller uaktsomt har gitt kjøper uriktige opplysninger som kan antas å ha innvirket på kjøpet.

Flertallet i FKU-19/886 startet sin drøftelse ved å vise til at kjøpsloven i utgangspunktet er deklarasjonsrett etter kjl. § 3, hvilket taler for at partene kan fravike kjl. § 19 (1).⁷⁷ Etter kjl. § 3 gjelder kjøpslovens bestemmelser bare hvis ikke annet følger av «avtalen, etablert praksis mellom partene, eller handelsbruk eller annen sedvane som må anses bindende mellom partene».

Ordlyden i kjl. § 3 taler for at avtalefriheten på kjøpslovens område er absolutt. Det fremgår imidlertid av kjøpslovens forarbeider at dette ikke er tilfellet, ettersom avtalefriheten innskrenkes av preseptoriske regler i annen lovgivning.⁷⁸

Utgangspunktet er altså at kjøpsloven er fravikelig. Dersom det ikke finnes klare holdepunkter for at partene ikke kan fravike kjl. § 19 (1) bokstav a ved et alminnelig forbehold, må man falle tilbake på utgangspunktet om avtalefrihet.

Flertallet i FKU-19/886 viste deretter til at det er bred enighet om at selger ikke kan påberope seg et alminnelig forbehold når han bevisst har gitt uriktige opplysninger.⁷⁹ Det er gjennomgående lagt til grunn i FKU-praksis at kjl. § 19 (1) bokstav a er ufravikelig når selger er i ond tro.⁸⁰

⁷⁷ FKU-19/886 s. 5.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 50.

⁷⁹ FKU-19/886 s. 6.

⁸⁰ Se bl.a. FKU-17/105, FKU-18/230, FKU-18/104, FKU-19/802, FTU-16/2273.

Det følger av kjøpslovens forarbeider at kjl. § 19 (1) kan fravikes utenfor forbrukerkjøp.⁸¹ Forarbeidene uttaler at «det betyr f eks at det – innenfor rammen av alminnelige gyldighetsvilkår – kan avtales et spesifisert forbehold som omfatter de mangler som er nevnt i kjl. § 19 (1)».⁸²

Flertallet i FKU-19/886 tok denne uttalelsen til inntekt for at lovgiver mente at den eneste måten å fravike kjl. § 19 (1) på, er å ta et spesifisert forbehold.⁸³ Det faktum at departementet bare har nevnt spesifiserte forbehold som en mulig måte å fravike kjl. § 19 (1), taler for at denne slutningen er riktig.

Formuleringen «f eks» tilsier imidlertid at bestemmelsen også kan fravikes på andre måter. Forarbeidene gir ingen andre eksempler på hvordan bestemmelsen kan fravikes, og inneholder heller ikke andre uttalelser som tilsier at kjl. § 19 (1) kan fravikes ved alminnelig forbehold.

Det kan late til at departementet ikke har ment å uttale seg om bestemmelsens fravikelighet, men heller har ment å påpeke at kjl. § 19 (1) ikke begrenser partenes adgang til å avtale spesifiserte forbehold. Under departementets alminnelige merknader i kjøpslovens forarbeider, stiller departementet spørsmål ved om noen av kjøpslovens regler bør være ufravikelig utenfor forbrukertilfeller. Det uttaler imidlertid at spørsmålet må utredes nærmere, og fremmer derfor ikke forslag om ufravikelighet utenfor forbrukerkjøpsforhold.⁸⁴

Departementet har med andre ord ikke uttrykkelig tatt stilling til om kjl. § 19 (1) skal være fravikelig i forarbeidene. Forarbeidene kan dermed vanskelig tas til inntekt for at kjl. § 19 (1) er fravikelig, men de kan heller ikke klart tas til inntekt for at bestemmelsen er ufravikelig.

Kjøpsloven § 19 (1) har som nevnt linjer til avtalelovens ugyldighetsregler. Hvis en avtale vil kjennes ugyldig når selger gir uriktige opplysninger i ond tro, taler det mot at bestemmelsen kan fravikes.

⁸¹ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 61-62.

⁸² Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 62.

⁸³ FKU-19/886 s. 7.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 23–24.

Etter avtaleloven § 33 er en avtale ugyldig dersom det vil stride mot «redelighet eller god tro» å gjøre den gjeldende på grunn av omstendigheter som forelå ved avtaleinngåelsen, som det må antas at løftemottakeren kjente til. Avtaleloven § 33 er ufravikelig.⁸⁵

Det må derfor undersøkes om en avtale vil være ugyldig etter avtl. § 33 hvis selger i ond tro har gitt uriktige opplysninger som rammes av kjl. § 19 (1) bokstav a.

Selgers ansvar for uriktige opplysninger er objektivt, og omfatter følgelig tilfeller hvor selger bevisst eller uaktsomt har gitt uriktige opplysninger.⁸⁶ Spørsmålet blir om avtl. § 33 rammer både tilfeller hvor selger bevisst har gitt uriktige opplysninger, og tilfeller hvor selger har vært uaktsom.

Det er på det rene at avtl. § 33 rammer tilfeller hvor selger bevisst har gitt kjøper uriktige opplysninger, ettersom dette vil være en omstendighet som medfører at det strider mot god tro og redelighet å gjøre avtalen gjeldende.⁸⁷

Det er mer tvilsomt om avtl. § 33 rammer tilfeller hvor selger uaktsomt har gitt uriktige opplysninger. Ordlyden «kjendte til» tilsier at selger må ha hatt positiv kunnskap om at opplysningene var uriktige. Det er imidlertid lagt til grunn i rettspraksis og juridisk teori at avtl. § 33 også rammer tilfeller hvor selger er uaktsom.⁸⁸ Både kjl. § 19 (1) bokstav a og avtl. § 33 vil altså ramme tilfeller hvor selger bevisst eller uaktsomt gir kjøper uriktige opplysninger. Begge bestemmelsene krever årsakssammenheng mellom de uriktige opplysningene og inngåelse av kjøpsavtalen.⁸⁹

Parallellen til avtl. § 33 taler for at kjl. § 19 (1) bokstav a ikke kan fravikes når selger har gitt uriktige opplysninger i ond tro.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempningsregel) s. 9.

⁸⁶ Se punkt 2.3.2.

⁸⁷ Giertsen (2014) s. 181–182.

⁸⁸ I Rt. 1935 s. 1079 A (s. 1082) sluttet Høyesterett seg til byrettens uttalelse om at selgerne «burde ha Skjønt» at kjøper hadde uriktige forutsetninger om salgstingens lønnsomhet, hvilket selger hadde plikt til å opplyse om. Også Rt. 1984 s. 225 A (s. 233) og Rt. 1984 s. 28 A (s. 34) inneholder uttalelser som tilsier at uaktsomhet rammes. Det er i juridisk teori lagt til grunn at avtl. § 33 rammer uaktsomhet, jf. Woxholth (2014) s. 270, Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Papinian 2009 s. 370, Giertsen (2014) s. 175. Se motsatt: Bruserud, Herman, «*Villfarelse som ugyldighets- og forpliktelsesgrunnlag*», Marfus nr. 401 2011. 24 flg.

⁸⁹ I kjl. § 19 (1) a er dette formulert som at bruddet på opplysningsplikten må kunne «antas å ha innvirket på kjøpet» for at det skal foreligge en mangel. Etter avtl. § 33 må de aktuelle omstendighetene ha virket motiverende for det avgitte løftet, jf. Woxholth (2014) s. 366.

Kjøpsloven § 19 (1) bokstav a er et utslag av lojalitetsplikten som påhviler selgeren ved inngåelse av en kjøpsavtale.⁹⁰ Det vil klart stride mot denne lojalitetsplikten hvis selger kan fraskrive seg ansvaret for uredelig og svikaktig opptreden. Det vil også stride mot alminnelig rettsfølelse hvis en selger som gir uriktige opplysninger i ond tro kan tjene på dette. Selger har ikke et beskyttelsesverdig behov for å fraskrive seg ansvaret i slike tilfeller. Dette taler mot at kjl. § 19 (1) bokstav a kan fravikes når selger er i ond tro.

Sett under ett, taler rettskildene klart for at et alminnelig forbehold mot ansvar for uriktige opplysninger vil settes til side når selger er i ond tro. Slik loven er utformet nå, fremgår det ikke av kjl. § 19 (1) bokstav a at bestemmelsen er ikke kan fravikes i slike tilfeller. Det er derfor ikke klart om rettsanvender må bruke avtl. § 33 som hjemmel for å sette et forbehold mot ansvar til side, eller om kjl. § 19 (1) bokstav a kan brukes som hjemmel, slik flertallet i FKU-19/886 gjorde.

Hensynet til harmoni mellom rettsreglene tilsier at kjl. § 19 (1) bokstav a harmoniseres med avtl. § 33, slik at også kjl. § 19 (1) bokstav a anses som preseptorisk. Kjøpslovens misligholdsbeføyelser er mer fleksible enn rettsvirkningene av avtl. § 33. Dersom en avtale er ugyldig etter avtl. § 33, faller hele avtalen bort. Dette kan være en uheldig løsning i praksis. Det vil gjerne være mer gunstig for kjøper at det for eksempel utmåles et prisavslag, enn at avtalen faller bort og partene må tilbakelevere ytelsene.

Dersom bestemmelsene harmoniseres, kan kjøper velge om han vil bygge sitt krav på kjøpslovens misligholdregler eller avtalelovens ugyldighetsregler. Ettersom den rådende oppfatning er at kontraktlovgivningen ikke konsumerer ugyldighetsreglene når begge regelsettene kommer til anvendelse, er det ikke problematisk å harmonisere kjl. § 19 (1) bokstav a og avtl. § 33.⁹¹ Bestemmelsene bør derfor harmoniseres, slik at kjl. § 19 (1) bokstav a er preseptorisk når selger er i ond tro.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) s. 40 jf. s. 41.

⁹¹ Det var tidligere omdiskutert i juridisk teori om kjøper skulle ha en valgrett mellom avtaleloven og kontraktlovgivningen når begge regelsettene kom til anvendelse. Hagstrøm mener at det neppe foreligger et konsumpsjonsprinsipp i kjøp etter gjeldende rett, selv om reklamasjonsregler og erstatningsregler er ulike etter de to regelsettene, jf. Hagstrøm (2011) s. 150. Også Woxholth mener at regelsettene ikke konsumerer hverandre, jf. Woxholth (2014) s. 240.

Selger kan ikke kan fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a når han er i ond tro. Denne konklusjonen samsvarer med flertallets konklusjon i FKU-19/886.

4.2.2 Kan selger fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a når han er i god tro?

Spørsmålet som skal behandles i dette punktet er om kjl. § 19 (1) bokstav a kan fravikes når selger i god tro har gitt kjøper uriktige opplysninger som kan antas å ha innvirket på kjøpet.

I utgangspunktet er kjøpsloven deklatorisk, og det kreves derfor klare holdepunkter for å påstå at kjl. § 19 (1) bokstav a ikke kan fravikes.⁹²

Flertallet i FKU-19/886 konkluderte med at kjl. § 19 (1) bokstav a ikke kan fravikes selv om selger er i aktsom god tro. Flertallets resultat bygde på at selger er nærmest til å bære risikoen for de uriktige opplysningene. De viste til at selger har flere handlingsalternativer når han er usikker på om opplysningene han gir er riktige. Han kan ta et spesifisert forbehold om at opplysningene kan være uriktig, eller la være å gi opplysningene.⁹³

Dette argumentet taler klart for at selger må bære risikoen når han er usikker på om opplysningene er riktige. Argumentet svikter imidlertid når selger *ikke* mistenker at han gir uriktige opplysninger. Hvis selger oppriktig tror at han gir riktige opplysninger, har han heller ingen grunn til å handle annerledes. Argumentet taler i så fall ikke for at kjl. § 19 (1) bokstav a er ufravikelig.

Det neste momentet flertallet i FKU-19/886 trakk frem er at det er mest rimelig å plassere risikoen hos selger, ettersom det er han som står nærmest til å forhindre at de uriktige opplysningene gis.⁹⁴ En slik betraktning har gode grunner for seg. En av årsakene til at kjl. § 19 (1) bokstav a ikke skiller mellom tilfeller hvor selger er i god og ond tro, er at selger uansett står nærmest til å bære risikoen for uriktige opplysninger han selv har gitt.⁹⁵ Både for private parter og for næringsdrivende vil det være mer rimelig at selger bærer risikoen for egne uriktige opplysninger, enn at ansvaret legges over på kjøper.

⁹² Se punkt 4.2.1.

⁹³ FKU-19/886 s. 6.

⁹⁴ FKU-19/886.

⁹⁵ Se Hauge (2010) s. 273.

Kjøpslovens forarbeider gir ikke veiledning for om kjl. § 19 (1) kan fravikes, jf. punkt 4.2.1.

Høyesterett tok stilling til gyldigheten av et alminnelig forbehold mot ansvar for uriktige opplysninger i Rt. 1924 s. 91 A. Dommen ble avsagt under den tidligere kjøpsloven av 1907, men kan likevel være relevant for forståelsen av den nåværende kjl. § 19 (1) bokstav a, jf. punkt 1.2.

Spørsmålet i saken var om det forelå en mangel ved et solgt skip. Begge partene var næringsdrivende. Selger hadde i et prospekt med informasjon om skipet inkludert en alminnelig bemerkning om at opplysningene var formodet å være korrekte, men at selger ikke garanterte for dette. Høyesterett la enstemmig til grunn at bemerkningen ikke kunne medføre at selger var helt uten ansvar for at skipet i det vesentlige svarte til den beskrivelsen prospektet inneholdt.⁹⁶ Høyesteretts premisser inneholder ingen uttalelser om selgers tro, men overretten la til grunn at selger hadde vært «helt ut i god tro».⁹⁷ Underretten la også til grunn at selger ikke hadde handlet i ond tro eller vært uaktsom, og det må derfor legges til grunn at selger var i aktsom god tro.⁹⁸

Rt. 1924 s. 91 taler for at selger ikke kan fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger ved et alminnelig forbehold, selv om han er i god tro. Dommen er avsagt før alminnelige forbehold og opplysningsplikt var regulert i kjøpsloven, men den behandler et typetilfelle som fortsatt er uavklart. Dette taler for at dommen bør vektlegges. Dommen er imidlertid gammel, og det bør derfor utvises forsiktighet ved å tillegge den for mye vekt.

Som ledd i vurderingen av om kjl. § 19 (1) bokstav c er ufravikelig, viser flertallet i FKU-19/886 til avhendingslovas forarbeider.⁹⁹ Avhendingslovas forarbeider kan også være relevant for forståelsen av kjl. § 19 (1) bokstav a. Avhl. § 3-9 regulerer når det foreligger en mangel ved eiendom solgt «som den er», og er en parallellbestemmelse til kjl. § 19 (1), jf. punkt 3.2.

Avhendingslova tillater ikke at selger fraskriver seg ansvaret for uriktige opplysninger i forbrukerforhold, jf. avhl. § 1-2 (2) annet punktum jf. avhl. § 3-9 første punktum.

Forbrukerbegrepet i avhendingslova omfatter en privatperson som kjøper fast eiendom fra en

⁹⁶ Rt. 1924 s. 91 A på s. 92.

⁹⁷ Rt. 1924 s. 91 A på s. 96.

⁹⁸ Rt. 1924 s. 91 A på s. 95.

⁹⁹ FKU-19/886 s. 7.

annen privatperson, jf. avhl. § 1-2 (3).¹⁰⁰ Også utenfor forbrukerkjøp mener departementet at det vil «være lite rom for å fravike en føresegn som [§ 3-9]», og at det mest praktiske er å fastsette mer presise forbehold i avtalen.¹⁰¹ Denne uttalelsen kan tas til inntekt for at lovgiver er skeptisk til alminnelige forbehold, også når kjøper er næringsdrivende. Uttalelsen kan også tyde på at lovgiver mener bestemmelsen etter sin karakter er ufravikelig, slik det i juridisk teori har vært stilt spørsmål ved.¹⁰²

Avhendingslovas regler om opplysningsplikt er nær beslektet med kjøpslovens regler om opplysningsplikt.¹⁰³ Både kjl. § 19 (1) bokstav a og avhl. § 3-9 første punktum er utslag av det obligasjonsrettslige prinsippet om opplysningsplikt, og baserer seg på de samme hensynene. Selger har neppe et mer beskyttelsesverdig behov for å fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger på kjøpslovens område enn på avhendingslovas område. Når avhl. § 3-9 er ufravikelig ved avtale mellom private parter, og forarbeidene tilsier at det er lite rom for næringsdrivende til å fravike bestemmelsen, taler det for at kjl. § 19 (1) bokstav a ikke kan fravikes.

Dersom avtalelovens ugyldighetsregler rammer tilfeller hvor selger har gitt uriktige opplysninger i god tro, taler det mot at partene kan fravike kjl. § 19 (1) bokstav a ved et alminnelig forbehold.

Det er ikke aktuelt å vurdere ugyldighet avtl. § 33, ettersom denne bestemmelsen bare kommer til anvendelse når selger har handlet forsettlig eller uaktsomt.¹⁰⁴

Uriktige opplysninger som ikke rammes av avtl. § 33 har tradisjonelt blitt drøftet under forutsetningslæren. Etter at avtl. § 36 ble vedtatt kan det imidlertid reises spørsmål om denne bestemmelsen kan brukes som hjemmel.

Rettspraksis tyder på at en avtale kan lempes etter avtl. § 36 hvis selger har gitt uriktige opplysninger i god tro. Høyesterett vurderte i Rt. 2013 s. 388 S og Rt. 2012 s. 1926 A om

¹⁰⁰ Dette er også sagt uttrykkelig i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) om lov om forbrukerkjøp s. 49, Innst.O. nr. 71 (1991–1992) Innstilling fra justiskomiteen om lov om avhendelse av fast eiendom (avhendelseslova) punkt 4.3.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) s. 92.

¹⁰² Hagstrøm (2011) s. 344 uttaler at det kan sies at kjl. § 19 etter sitt innhold er preseptiv, men at løsningen må anses som usikker.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) s. 90.

¹⁰⁴ Jf. punkt 4.2.1.

uriktige opplysninger gitt av den ene parten tilsa at avtalen var urimelig etter avtl. § 36.¹⁰⁵ Dommene tyder på at avtl. § 36 kan brukes som hjemmel når selger gir uriktige opplysninger i god tro.

Det er også antatt i juridisk teori at uriktige opplysninger gitt i god tro kan behandles under avtl. § 36.¹⁰⁶ Kjøper bør ikke ha et svakere vern etter avtl. § 36 enn etter forutsetningslæren.¹⁰⁷ Forutsetningslæren vil derfor kunne fungere som retningslinje ved anvendelsen av avtl. § 36.¹⁰⁸

Avtaleloven § 36 kan altså brukes som hjemmel når selger har gitt uriktige opplysninger i god tro. Det neste som må undersøkes, er om et alminnelig forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav a vil lempes etter avtl. § 36 når selger har gitt uriktige opplysninger i god tro.

Det følger av avtl. § 36 første ledd at en avtale «helt eller delvis» kan settes til side eller endres dersom det ville virke «urimelig» eller være «i strid med god forretningsskikk» å gjøre den gjeldende. Det fremgår av bestemmelsens andre ledd at «avtalens innhold», «partenes stilling», «forholdene ved avtalens inngåelse», «senere inntrådte forhold» og «omstendighetene for øvrig» vil være relevante momenter ved urimelighetsvurderingen.

Ordlyden «urimelig» tilsier at terskelen for lemping er høy. En slik tolkning har støtte i forarbeidene, hvor det uttales at «et vilkår må være positivt urimelig» for at det skal kunne lempes.¹⁰⁹ En tilsvarende forståelse er lagt til grunn i rettspraksis.¹¹⁰ Ordlyden «omstendighetene for øvrig» innebærer at det må bero på en helhetsvurdering om det er urimelig å gjøre avtalen gjeldende.¹¹¹

¹⁰⁵ I Rt. 2013 s. 388 A avsnitt 129 la Høyesterett vekt på at informasjonsmaterialet forbrukeren fikk fra banken, «inneholdt direkte misvisende opplysninger om vesentlige parametere», og at dette antakelig hadde betydning for avtaleinngåelsen. Høyesterett tok ikke stilling til om banken var i god tro. I Rt. 2012 s. 1926 A hadde banken gitt uriktige opplysninger, men Høyesterett tillot ikke dette vekt ved vurderingen av om avtalen kunne lempes etter avtl. § 36, fordi opplysningene ikke hadde innvirket på avtalen, jf. avsnitt 24.

¹⁰⁶ Hauge (2009) s. 170, Hagstrøm (2011) s. 321, Woxholth (2014) s. 319.

¹⁰⁷ Hauge (2009) s. 170.

¹⁰⁸ Hagstrøm (2011) s. 321.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 30.

¹¹⁰ Se for eksempel Rt. 2012 s. 1537 A avsnitt 46 og Rt. 2000 s. 806 A på s. 815.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 41, Hov og Høgberg (2017) s. 409.

Dersom et avtalevilkår strider mot deklarasjonisk lovgivning, kan det tale for revisjon etter avtl. § 36.¹¹² Det er naturligvis ingen automatikk i at avvik fra deklarasjonisk rett taler for ugyldighet, ettersom deklarasjoniske lover tillater at partene avtaler andre løsningsformer enn de som følger av loven. Det er imidlertid holdt frem i teorien at dersom et vilkår er i strid med nye, godt gjennomarbeidede lover som for eksempel kjøpsloven, kan dette være et moment i en helhetsvurdering som taler for at vilkåret er urimelig.¹¹³ Hvis partene avtaler at kjl. § 19 (1) bokstav a ikke kommer til anvendelse, vil dette være et markert avvik fra bakgrunnsretten. Det vil tale for avtalerevisjon etter avtl. § 36.

Momentet «partenes stilling» medfører at styrkeforholdet mellom partene kan få betydning ved rimelighetsvurderingen. I kommersielle avtaler mellom næringsdrivende er urimelighetstærskelen spesielt høy.¹¹⁴ Høyesterett har i slike avtaler vurdert om avtalen eller avtalevilkårene er «kvalifisert urimelig».¹¹⁵ Avtaleloven § 36 har bare blitt brukt til å lempe kommersielle avtaler mellom likevektige, profesjonelle parter i tilfeller hvor det forelå særegne omstendigheter som gjorde avtalen urimelig.¹¹⁶ Dette taler mot at avtl. § 36 vil ramme forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav a når kjøper er næringsdrivende. Avtaleloven § 36 tar i følge forarbeidene «primært sikte på ren innholdssensur»,¹¹⁷ men bestemmelsen kan også fange opp omstendigheter ved avtalens tilblivelse som ikke er alvorlige nok til å rammes av de andre ugyldighetsreglene.¹¹⁸ Dette eksemplifiseres med at avtl. § 36 kan fange opp tilblivelsesmangler som ikke fanges opp av avtl. § 33.¹¹⁹ I NOU 1979: 32 uttales det at det kan være aktuelt å ta direkte hensyn til den svake part, for eksempel en innvandrer som på grunn av språkvansker ikke har forstått innholdet i en kontrakt, mens

¹¹² Hov og Høgberg (2017) s. 417.

¹¹³ Hov og Høgberg (2017) s 417, Woxholth s. 314.

¹¹⁴ Rt. 2012 s. 1537 A avsnitt 46.

¹¹⁵ Rt. 2003 s. 1132 A avsnitt 46, gjengitt i Rt. 2012 s. 1537 A avsnitt 46.

¹¹⁶ I Rt. 2008 s. 1365 lempet Høyesterett en avtale mellom to likeverdige, næringsdrivende parter fordi den ene parten hadde opptrådt grovt svikaktig og illojalt. Partene hadde inngått avtale om likedeling av fortjenesten av et solgt maleri, men den ene parten holdt skjult hvor stor fortjenesten egentlig var, slik at han kunne beholde store deler av den selv. Se også Rt. 2012 s. 393 A. Eksemplene er hentet fra Woxholth (2014) s. 297.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 9.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 33.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 33

den andre part har vært i aktsom god tro.¹²⁰ Dette tyder på at tilblivelsesmangler som går klar av avtl. § 33 kan føre til revisjon etter avtl. § 36, dersom omstendighetene i saken gjør det urimelig å gjøre avtalen gjeldende.

Rettspraksis forut for vedtakelsen av avtl. § 36 inneholder flere eksempler på en avtalepart har blitt ansvarlig for uriktige opplysninger han har gitt, selv om han ikke har vært uaktsom.¹²¹ Ettersom avtl. § 36 ikke er ment å svekke avtalepartenes vern mot urimelige avtalevilkår, taler denne rettspraksisen for at avtl. § 36 vil føre til revisjon av avtalen når selger gir uriktige opplysninger i god tro.

Det har i juridisk teori vært tatt til orde for uriktige opplysninger selger gir i god tro, kan føre til lemping etter avtl. § 36. Hauge fremholder at «den omstendigheten at villfarelsen er fremkalt av løftemottaker normalt vil være tilstrekkelig for å plassere risikoen for den uriktige forutsetningen hos løftemottaker», hvis opplysningen er av en slik art at løftegiver har grunn til å bygge på den.¹²² Også Hagstrøm har uttalt at dersom løftemottaker selv har fremkalt en motiverende feiltro hos løftegiveren, vil dette være i hans disfavør selv om han ikke kan klandres.¹²³ Hov og Høgberg har uttalt at en adressat som «har fremkalt villfarelsen i *fullstendig god tro*, f.eks. ved å gi opplysninger han selv mente var riktige, men som likevel viser seg å være gale», ikke kan gjøre avtalen gjeldende.¹²⁴

Ettersom avtl. § 36 gir anvisning på en konkret helhetsvurdering, kan det ikke legges til grunn at avtl. § 36 vil ramme ethvert tilfelle hvor selger gir uriktige opplysninger i god tro.

For private parter tilsier likevel både vurderingsmomentene i avtl. § 36, rettspraksis og uttalelser i juridisk teori at forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav a vil lempes etter avtl. § 36 også når selger er i god tro.

For næringsdrivende tilsier den høye urimelighetsterskelen at avtl. § 36 ikke kommer til anvendelse like ofte som kjl. § 19 (1) bokstav a. Tilvarende må trolig gjelde dersom en

¹²⁰ NOU 1979: 32 Formuerettslig lempningsregel s. 50.

¹²¹ Rt. 1916 s. 390 A, Rt. 1920 s. 188 A, Rt. 1922 s. 689 A.

¹²² Hauge (2009) s. 169–170.

¹²³ Hagstrøm (2011) s. 267.

¹²⁴ Hov og Høgberg (2009) s. 379.

næringsdrivende kjøper påberoper seg at en avtale med en privat selger er urimelig, ettersom næringsdrivende er kyndig og derfor har mindre behov for vern.

Det finnes imidlertid eksempler i rettspraksis på at selger i en kommersiell avtale mellom næringsdrivende har blitt ansvarlig for uriktige opplysninger gitt i god tro.¹²⁵ Dette tyder på at den høye urimelighetsterskelen ikke er til hinder for at et forbehold mot ansvar for uriktige opplysninger lempes etter avtl. § 36. Dette støttes av Giertsen, som mener at den generelt høye terskelen for lemping passer best for avtalens innhold, ikke tilblivelsesmangler.¹²⁶ Det må derfor legges til grunn at et forbehold mot ansvar for uriktige opplysninger kan lempes etter avtl. § 36, selv om kjøper er næringsdrivende og selger er i god tro.

Dette vil neppe gjelde uten unntak. Dersom det for eksempel fremgår tydelig av partenes avtale at uriktige opplysninger ikke skal føre til revisjon etter avtl. § 36, kan saken stille seg annerledes.

Det må imidlertid legges til grunn at forbeholdet normalt kan lempes etter avtl. § 36 hvis selger i god tro har gitt uriktige opplysninger som har virket inn på avtalen. Dette taler for at kjl. § 19 (1) bokstav a ikke kan fravikes når selger er i god tro, verken for private eller næringsdrivende parter.

Praksis fra FKU gir ikke et klart svar på om kjl. § 19 (1) bokstav a kan fravikes når selger er i god tro. Forbrukerklageutvalget har uttalt i flere vedtak at det ikke er like opplagt at bestemmelsen er ufravikelig når selger er i god tro, som det er når selger er i ond tro.¹²⁷ I noen vedtak legges det til grunn at kjl. § 19 (1) bokstav a er fravikelig når selger er i god tro.¹²⁸ Praksis fra FKU kan således trekke i retning av at kjl. § 19 (1) bokstav a er fravikelig når selger er i god tro. Dette bør imidlertid ikke tillegges betydelig vekt, da praksisen ikke er klar eller entydig.

Formålet med kjl. § 19 (1) er å begrense rekkevidden av alminnelige forbehold, ettersom de ikke gir kjøper særlig oppfordring til å ta hensyn til konkrete forhold eller svakheter ved tingen når han gir sitt bud.¹²⁹ Når lovgiver har valgt å begrense rekkevidden av alminnelige

¹²⁵ Se Rt.1916 s. 390 A, Rt. 1924 s. 91 A.

¹²⁶ Giertsen (2014) s. 255.

¹²⁷ Se bl.a. FKU-18/1312, FTU-16/2273, FKU-17/105, FTU-16/2427.

¹²⁸ FKU-18/230 jf. FKU-18/104.

¹²⁹ Hagstrøm (2011) s. 342.

forbehold ved kjl. § 19 (1), har det formodningen mot seg at denne begrensningen kan settes til side av et annet alminnelig forbehold. En slik løsning vil harmonere dårlig med hensynene som begrunner kjl. § 19 (1).

Dersom bestemmelsen er fravikelig, kan det også føre til en uthuling av vernet kjl. § 19 (1) gir kjøper. Når selger tar et alminnelig forbehold, er det fordi han ønsker å fraskrive seg ansvar for feil så langt det lar seg gjøre. Det må antas at selgere i stor grad vil benytte seg av muligheten til å fraskrive seg ansvaret etter kjl. § 19 (1), dersom en slik adgang eksisterer. I praksis vil man da risikere at kjl. § 19 (1) ofte fravikes, og at kjøpers vern mot alminnelige forbehold svekkes.

På den annen side kan et alminnelig forbehold mot ansvar for uriktige opplysninger være et virkemiddel partene bruker for å fordele risiko. Risikofordeling kan være en sentral del av en kjøpsavtale, spesielt i kommersielle avtaler. Hensynet til avtalefrihet og forutberegnelighet står ekstra sterkt ved slike avtaler.¹³⁰ Dette taler for at kjl. § 19 (1) bokstav a må kunne fravikes når selger er i god tro, spesielt hvis partene er næringsdrivende.

Videre kan selger ha et legitimt behov for å fraskrive seg ansvar for uriktige opplysninger. Hauge har trukket frem at et mangelskrav fremsatt i etterkant av et salg kan gripe hardt inn i selgeres økonomi, spesielt hvis salgstingen er verdifull.¹³¹ En privat selger har gjerne behov for å investere pengene fra salget i noe annet, for eksempel kjøp av ny bil. En næringsdrivende selger vil ha behov for å investere fortjenesten i bedriften. Dette taler for at selger bør kunne fraskrive seg ansvaret etter kjl. § 19 (1) bokstav a.

Det er ingen iboende styrkeforskjell mellom partene i en kjøpsavtale som reguleres av kjøpsloven. Kjøpsloven skiller seg på dette området fra forbrukerkjøpsloven, hvor selger har en sterkere stilling enn kjøper. Det er derfor ingen selvfølge at kjøper har et særlig behov for vern som tilsier at kjl. § 19 (1) bokstav a er ufravikelig. Departementet uttalte i avhendingslovas forarbeider at det ikke vil «være rett å leggje til grunn at kjøparen alltid er den underlegne som treng særskilt vern i form av ufråvikelege lovreglar».¹³² Ettersom uttalelsen knytter seg til salg mellom to forbrukere etter avhendingslova, er den relevant for forståelsen av private parters behov for vern etter kjl. § 19 (1).

¹³⁰ Woxholth (2014) s. 344.

¹³¹ Hauge (2010) s. 259.

¹³² Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) s. 31.

Et alminnelig forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav a kan være et signal til kjøper om at han bør ta høyde for at selgers opplysninger er uriktige, enten ved å foreta egne undersøkelser eller ved å tilpasse budet sitt. Dersom kjøper aksepterer et slikt avtalevilkår, har han i utgangspunktet akseptert risikoen det medfører.

En slik forståelse vil imidlertid føre til at kjøper må stille spørsmål ved alle opplysninger han får fra selger. Dette kan svekke tillitten mellom partene, og gjøre det mer ressurskrevende og tungvint å inngå avtaler. Videre vil kjøpers reelle mulighet til å overprøve opplysningene trolig være begrenset, ettersom opplysninger om salgstingen ikke alltid er allment tilgjengelig. Det vil også være vanskelig for kjøper å avpasse budet etter forbeholdet, ettersom han ikke vet hvilke feil han bør ta høyde for.

Videre har flertallet i FKU-19/886 trukket frem at private parter normalt ikke vil kunne overskue konsekvensene av et forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav a.¹³³ Det vil antakelig være overraskende for privatpersoner uten juridisk kunnskap om selger kan fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger han selv gir ved et alminnelig forbehold. En slik løsning vil utgjøre et markant avvik fra både bakgrunnsretten og alminnelig rettsfølelse, hvilket taler for kjl. § 19 (1) bokstav a ikke kan fravikes.

De autorative rettskildene på området gir ikke et klart svar på om kjl. § 19 (1) bokstav a kan fravikes. Det avgjørende for om bestemmelsen er fravikelig, må være om partene har en reell mulighet til å fravike den.

Sett under ett, taler rettskildene for at selger i en avtale mellom to private parter ikke kan fraskrive seg ansvaret etter kjl. § 19 (1) bokstav a, selv om han er i god tro. En slik løsning harmonerer godt med lovens system, og bidrar til harmoni i den obligasjonsrettslige lovgivningen. Løsningen vil imidlertid medføre en innskrenkning av partenes avtalefrihet, og innebære at en mindre kyndig selger mister muligheten til å fraskrive seg ansvar for uriktige opplysninger. Dette kan likevel ikke føre til at et forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav a står seg i praksis. Når selger har gitt uriktige opplysninger, bør han ikke fritas for ansvar på grunn av et alminnelig forbehold. Eldre rettspraksis tilsier at slike forbehold vil settes til side av rettsanvender. Sammenholdt med de nyere obligasjonsrettslige reglene om ansvar for uriktige opplysninger, tyder rettspraksisen på at det finnes et generelt prinsipp i norsk rett om at partene må bære ansvaret for uriktige opplysninger de gir. Når avtl. § 36 i

¹³³ FKU-19/886 s. 6.

stor utstrekning vil føre til revisjon når selger gir uriktige opplysninger, og konsekvensbetraktninger taler for at et slikt forbehold må settes til side, må det legges til grunn at gjeldende rett ikke åpner for at private parter kan fravike kjl. § 19 (1) bokstav a ved alminnelig forbehold.

Dersom kjøper er næringsdrivende er løsningen mer tvilsom. Næringsdrivende har bedre forutsetninger for å forstå konsekvensene av et forbehold mot ansvar for uriktige opplysninger. Avhl. § 3-9 er ikke ufravikelig for næringsdrivende, og en kort uttalelse i avhendingslovas forarbeider er ikke tilstrekkelig til å utelukke at selger kan fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a. Hensynet til avtalefrihet og forutberegnelighet står sterkere for næringsdrivende enn for privatpersoner, og risikoplassering er viktig i kommersielle avtaler. Dette taler for at kjl. § 19 (1) bokstav a kan fravikes ved alminnelig forbehold når selger er i god tro.

Eldre rettspraksis tilsier imidlertid at slike forbehold vil settes til side av rettsanvender selv om partene er næringsdrivende. Også næringsdrivende er nærmest til å bære risikoen for egne uriktige opplysninger. En annen løsning vil virke urimelig, og kan svekke tillitten mellom partene. Sett i sammenheng med at avtl. § 36 etter omstendighetene vil medføre lemping også mellom næringsdrivende, må det legges til grunn at et forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav a vil bli sensurert i praksis. Kjl. § 19 (1) bokstav a kan derfor ikke fravikes når kjøper er næringsdrivende, selv om selger er i god tro.

Kjøpsloven § 19 (1) bokstav a er altså ufravikelig også når selger er i god tro. Hensynet til harmoni i lovverket tilsier at bestemmelsen i seg selv må være preseptorisk, slik at rettsanvender kan bruke kjl. § 19 (1) bokstav a direkte, fremfor å bruke avtl. § 36, jf. punkt 4.2.1. Avtaleloven § 36 er en fleksibel ugyldighetsbestemmelse som åpner for å helt eller delvis endre eller sette til side en avtale. Når partene har inngått en kjøpsavtale, vil det likevel være bedre å anvende kjøpsloven direkte. Kjl. § 19 (1) bokstav a må derfor anses som preseptorisk også når selger er i god tro.

Selger kan ikke kan fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a når han er i god tro. Denne konklusjonen samsvarer med flertallets konklusjon i FKU-19/886.

Konklusjonen blir at selger ikke kan fraskrive seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a.

4.3 Kan selger fraskrive seg ansvaret for mangelfulle opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav b?

Selv om selger har tatt et «som den er»-forbehold, foreligger det en mangel dersom selger har forsømt å gi opplysninger om vesentlige forhold ved tingen eller dens bruk, som kjøper hadde grunn til å regne med å få, såfremt forsømmelsen har innvirket på kjøpet, jf. kjl. § 19 (1) bokstav b.

Selgers opplysningsplikt gjelder bare forhold han «måtte kjenne til», hvilket innebærer at selger enten forsettlig må ha tilbakeholdt vesentlige opplysninger, eller at hans uvitenhet er grovt uaktsom, jf. punkt 2.4.3. Det er altså ikke mulig for selger å fortie opplysninger i god tro. Det har ikke betydning at selger rent faktisk ikke hadde kunnskap om forholdet, ettersom bestemmelsen oppstiller en aktsomhetsnorm, ikke et beviskrav, jf. punkt 2.4.3.

Det vil i det videre drøftes om selger kan fraskrive seg ansvaret kjl. § 19 (1) bokstav b pålegger ham ved et alminnelig forbehold.

Flertallet i FKU-19/886 avviser at kjl. § 19 (1) bokstav b kan fravikes ved avtale, og begrunner sitt standpunkt ved å vise til at det er bred enighet om dette.¹³⁴

Partene har i utgangspunktet avtalefrihet etter kjl. § 3, men denne avtalefriheten er ikke absolutt, jf. punkt 4.2.1. Forarbeidene gir ikke svar på om kjl. § 19 (1) er fravikelig, jf. punkt 4.2.1.

Dersom kjl. § 19 (1) bokstav b har en parallell til avtalelovens ugyldighetsregler, taler dette for at bestemmelsen er ufravikelig, jf. punkt 4.2.1. Det må undersøkes om avtl. § 33 og kjl. § 19 (1) bokstav b rammer de samme tilfellene.

Kjl. § 19 (1) bokstav b rammer tilfeller hvor selger forsettlig eller grovt uaktsomt har forsømt å gi opplysning om vesentlige forhold ved tingen og dens bruk, jf. punkt 2.4.3.

Dersom selger forsettlig holder tilbake vesentlig informasjon om salgstingen, vil dette være en omstendighet som medfører at det strider mot redelighet eller god tro å gjøre avtalen gjeldende etter avtl. § 33.¹³⁵ Tilsvarende vil gjelde dersom selger har vært uaktsom, jf. punkt 4.2.1.

¹³⁴ FKU-19/886 s. 6.

¹³⁵ Giertsen (2014) s. 182–183.

Begge bestemmelsene rammer altså tilfeller hvor selger forsettlig eller grovt uaktsomt har fortiet vesentlige opplysninger. Det er også lagt til grunn i juridisk teori at avtl. § 33 og kjl. § 19 (1) bokstav b har sammenfallende anvendelsesområde.¹³⁶ Dette taler for at kjl. § 19 (1) bokstav b er ufravikelig.

Det er gjennomgående lagt til grunn i FKU-praksis at kjl. § 19 (1) bokstav b er ufravikelig.¹³⁷ Det vil stride mot både lojalitetsplikten selger har ovenfor kjøper og alminnelig rettsfølelse dersom selger ved et alminnelig forbehold kan fraskrive seg ansvar for opplysninger han forsettlig eller grovt uaktsomt fortier.

Sett under ett, taler rettskildene klart for at kjl. § 19 (1) bokstav b ikke kan fravikes ved avtale. En slik løsning støttes av Hauge, som har uttalt at det må «gjelde en viss preseptivitet knyttet til opplysningssvikt av mer graverende karakter», og at selger ikke i alminnelighet kan «fraskrive seg ansvar for opplysningssvikt som kvalifiserer til avtalerettslig ugyldighet».¹³⁸

Kjøpsloven § 19 (1) bokstav b bør harmoniseres med avtl. § 33, slik at kjl. § 19 (1) bokstav b anses preseptorisk, jf. punkt 4.2.1. Rettsanvender vil altså kunne bruke kjl. § 19 (1) bokstav b direkte, selv om partene har fraveket den ved avtale.

Konklusjonen blir at selger ikke kan fraskrive seg ansvaret for mangelfulle opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav b. Flertallet i FKU-19/886 kom til det samme resultatet.

4.4 Kan selger fraskrive seg ansvaret for skjulte mangler etter kjl. § 19 (1) bokstav c?

Selv om selger har tatt et «som den er»-forbehold, foreligger det en mangel hvis salgstingen er i «vesentlig dårligere stand» enn kjøper hadde «grunn til å rekne med» etter «kjøpesummens størrelse» og «forholdene ellers», jf. kjl. § 19 (1) bokstav c.

I dette punktet skal det vurderes om kjl. § 19 (1) bokstav c kan fravikes ved alminnelig forbehold, slik at selger ikke blir ansvarlig for mangler etter kjøpsloven uansett hvor dårlig stand tingen viser seg å være i.

Forarbeidene gir ikke veiledning for om bestemmelsen er fravikelig, jf. punkt 4.2.1.

¹³⁶ Hagstrøm (2011) s. 149, Hauge (2009) s. 372, Hov og Høgberg (2009) s. 388, Woxholth (2014) s. 272.

¹³⁷ Se bl.a. FKU-18/230, FKU-18/104, FTU-16/2427, FKU-18/1312.

¹³⁸ Hauge (2010) s. 258.

Flertallet i FKU-19/886 fremholder at det problematiske med å tillate at kjl. § 19 (1) fravikes, er at alminnelige forbehold ikke gir kjøper særlig oppfordring til å ta høyde for spesifikke svakheter ved tingen.¹³⁹ Ettersom kjl. § 19 (1) bokstav c har som formål å begrense virkningen av alminnelige forbehold, har det formodningen mot seg at bestemmelsen kan fravikes ved et alminnelig forbehold. Det kan derfor spørres om en slik løsning strider mot lovens system, slik flertallet i FKU-19/886 har gjort.

En slik betraktning kan være grunnen til at FKU i flere vedtak har uttalt at det kan argumenteres for at kjl. § 19 (1) bokstav c er en kjøpsrettslig generalklausul som ikke kan fravikes.¹⁴⁰ Det kan stilles spørsmål ved om bestemmelsen oppstiller et minstekrav til tingens kvalitet, som ikke kan fravikes. Bestemmelsen gir uttrykk for et grunnleggende hensyn i kjøpsretten og avtaleretten: at det skal foreligge et minimum av balanse mellom partenes ytelser, med mindre ubalanse er tilsiktet. Bestemmelsen tar ikke hensyn til skyld hos selger. Det kan derfor argumenteres for at bestemmelsen må anses som en kjøpsrettslig generalklausul som ikke kan fravikes.

På den annen side er ikke kjl. § 19 (1) bokstav c omtalt som en generalklausul verken i rettspraksis eller kjøpslovens forarbeider, og det bør derfor utvises forsiktighet med å trekke en slik slutning. Bestemmelsen gir likevel uttrykk for sentrale obligasjonsrettslige hensyn, hvilket taler for at den kan være ufravikelig.

Flertallet i FKU-19/886 tok avhendingslovas forarbeider til inntekt for at kjl. § 19 (1) bokstav c er ufravikelig.¹⁴¹ Avhendingslova § 3-9 er en parallellbestemmelse til kjl. § 19 (1).¹⁴²

Hvis partene er privatpersoner, tillater ikke avhendingslova at selger fraskriver seg ansvaret avhl. § 3-9 annet punktum pålegger ham, jf. avhl. § 1-2 (2) annet punktum. Avhendingslovas forarbeider tyder på at lovgiver er skeptisk til alminnelige forbehold også mellom næringsdrivende, og kan også tyde på at lovgiver mener bestemmelsen etter sin karakter er ufravikelig, jf. punkt 4.2.2.

¹³⁹ FKU-19/886 s. 7.

¹⁴⁰ FKU-19/802, FKU-19/886, FKU-19/767.

¹⁴¹ FKU-19/886 s. 7.

¹⁴² Se punkt 1.2.

Dersom avhendingslovas løsninger skal ha betydning for tolkningen av kjl. § 19 (1) bokstav c, må hensynene som begrunner avhendingslovas regler også gjøre seg gjeldende for kjøpsloven.

Departementet fremholder i Prop. 44 L (2018-2019) at boligsalg er en transaksjon av stor økonomisk betydning, og at rettsreglene derfor må sikre at salget skjer på en betryggende måte. Tvister som oppstår etter et salg medfører økonomisk usikkerhet, og kan virke belastende for partene.¹⁴³

Kjøpsloven regulerer alt fra salg av en brukt spade, til salg av verdifulle offshore-installasjoner. Et salg som reguleres av kjøpsloven kan med andre ord gjelde både betydelig mindre og betydelig større verdier enn salg som reguleres av avhendingslova. Det er derfor viktig at også kjøpslovens regler sikrer at salget skjer på en betryggende måte. Hvis det viser seg at tingen har en feil etter at avtalen er inngått, kan dette være en stor økonomisk belastning for partene hvis tingen er verdifull.

Det kan tenkes at behovet for å ta forbehold mot skjulte mangler er mindre på avhendingslovas område enn på kjøpslovens område. Ved salg av fast eiendom kan selgeren innhente en tilstandsrapport, som kan avdekke feil eller svakheter som ikke kan oppdages ved en normal undersøkelse.¹⁴⁴ Jo flere feil som oppdages før avtaleinngåelsen, jo mindre er sjansen for at det foreligger en skjult mangel som gjør at boligen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å forvente.

Ved salg av løsøre har selger til dels mulighet til å innhente en tilstandsrapport før salget, for eksempel ved salg av bil eller båt. Ved salg av mindre verdifulle ting, vil det imidlertid kunne være vanskelig eller uforholdsmessig dyrt å innhente en tilstandsrapport fra en fagkyndig. Selger vil da ha et mer legitimt behov for å fraskrive seg ansvaret for skjulte mangler.

Ettersom hensynene som ligger til grunn for reglene i avhendingslova ikke fullt ut gjør seg gjeldende for avtaler som reguleres av kjøpsloven, bør det ikke legges avgjørende vekt på lovgiverviljen avhendingslova gir uttrykk for. Avhendingslovas løsninger må imidlertid kunne tillegges en viss vekt som støttemoment, slik flertallet gjorde i FKU-19/886.

¹⁴³ Prop. 44 L (2018–2019) s. 5.

¹⁴⁴ Prop. 44 L (2018-2019) s. 23.

Forbrukerklageutvalget har i flere vedtak uttrykt tvil om kjl. § 19 (1) bokstav c er ufravikelig.¹⁴⁵ Flertallet av vedtakene fra FKU anser imidlertid kjl. § 19 (1) som fravikelig.¹⁴⁶ Praksisen er ikke så entydig og klar at den kan tillegges avgjørende vekt, men den taler for at kjl. § 19 (1) bokstav c er fravikelig.

Flertallet i FKU-19/886 trekker frem at vesentlighetsvurderingen i kjl. § 19 (1) bokstav c har en viss parallell til urimelighetsvurderingen i avtl. § 36. Dersom terskelen for at tingen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å forvente legges tilstrekkelig høyt, kan den tangere urimelighetsterskelen i avtl. § 36.¹⁴⁷

Det må derfor undersøkes om kjl. § 19 (1) bokstav c og avtl. § 36 rammer de samme tilfellene. Hvis vilkårene for henholdsvis urimelighet og mangel er de samme, taler det for at kjl. § 19 (1) bokstav c ikke kan fravikes.

Etter avtl. § 36 første ledd kan en avtale «helt eller delvis» kan settes til side eller endres dersom det ville virke «urimelig» eller være «i strid med god forretningsskikk» å gjøre den gjeldende. Det fremgår av bestemmelsens andre ledd at «avtalens innhold», «partenes stilling», «forholdene ved avtalens inngåelse», «senere inntrådte forhold» og «omstendighetene for øvrig» vil være relevante momenter ved rimelighetsvurderingen.

Ordlyden «urimelig» i avtl. § 36 medfører at terskelen for å anvende bestemmelsen er høy.¹⁴⁸ Ordlyden «vesentlig dårligere stand» i kjl. § 19 (1) bokstav c innebærer at avviket mellom tingens påregnelige tilstand og tingens faktiske tilstand må være utvilsomt.¹⁴⁹ Det er altså en høy terskel for at begge bestemmelsene kommer til anvendelse. Dette taler for at bestemmelsene vil ramme de samme tilfellene.

Begge bestemmelsene gir anvisning på en helhetsvurdering.¹⁵⁰ Momentene som listes opp i bestemmelsene er ikke uttømmende.¹⁵¹

¹⁴⁵ FKU-19/802, FTU-15/1423, FKU-19/767.

¹⁴⁶ FKU-19/1040, FKU-18/1312, FKU-18/230, FKU-18/117, FKU-17/105, FTU-16/2427 m.fl legger til grunn at § 19 (1) bokstav c er fravikelig. FKU-19/802 og FTU-15/1423 uttrykker tvil om § 19 (1) bokstav c er fravikelig, men tar ikke stilling til dette. FKU-19/886 legger til grunn at bestemmelsen er ufravikelig.

¹⁴⁷ FKU-19/886 s. 6–7.

¹⁴⁸ Jf. punkt 4.2.2.

¹⁴⁹ Jf. punkt 2.4.4.

¹⁵⁰ Jf. punkt 2.4.4 (kjl. § 19 (1) bokstav c) og punkt 4.2.2 (avtl. § 36).

¹⁵¹ Jf. formuleringene «forholdene ellers» i kjl. § 19 (1) bokstav c og «omstendighetene for øvrig» i avtl. § 36

«Avtalens innhold» vil være et sentralt moment i urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36. Det er nettopp innholdet i avtalen - misforholdet mellom partenes ytelse - som gjør at det foreligger en mangel etter kjl. § 19 (1) bokstav c.

Dersom det foreligger en mangel som medfører at prisen selger har betalt blir urimelig, vil avtalens innhold normalt være urimelig etter avtl. § 36.¹⁵² Misforholdet mellom den reelle markedsværdien og prisen kjøper har betalt må i utgangspunktet være stort, ettersom terskelen for lemping etter avtl. § 36 er høy. På dette punktet samsvarer avtl. § 36 med kjl. § 19 (1) bokstav c. Siden prisen har betydning for kjøpers berettigede forventninger, krever kjl. § 19 (1) bokstav c som utgangspunkt et betydelig misforhold mellom tingens reelle verdi og kjøpesummen. Dette er likevel bare et utgangspunkt, ettersom andre omstendigheter rundt avtaleinngåelsen kan medføre at vesentlighets- og ugyldighetsvilkåret er oppfylt.

Dersom et avtalevilkår er i strid med deklarasjonsrett, kan dette tale for lemping etter avtl. § 36.¹⁵³ Hvis selger fraskriver seg ansvaret for mangler etter kjl. § 19 (1) bokstav c, vil dette være et markert avvik fra bakgrunnsretten, hvilket taler for lemping etter avtl. § 36.

Avtaleloven § 36 annet ledd nevner partenes stilling som et relevant moment. Styrkeforholdet mellom partene vil være et moment i helhetsvurderingen hvis det har påvirket avtalens innhold.¹⁵⁴

Dersom avtalen er inngått mellom to næringsdrivende parter, kreves det kvalifisert urimelighet etter avtl. § 36.¹⁵⁵ Et krav om kvalifisert urimelighet kan virke strengere enn kravet i kjl. § 19 (1) bokstav c om at misforholdet mellom kjøpers berettigede forventninger og tingens tilstand må være utvilsomt. Det har imidlertid også betydning for vesentlighetsvurderingen etter kjl. § 19 (1) bokstav c om kjøper er næringsdrivende. En næringsdrivende med kunnskap og erfaring vil ha større innsikt i hvilke skjulte mangler tingen kan ha, enn en ukyndig privatperson vil ha. Feil ved tingen vil derfor lettere anses som påregnelig, slik at vesentlighetsterskelen etter kjl. § 19 (1) bokstav c blir særlig høy for næringsdrivende.

¹⁵² Hov og Høgberg (2017) s. 413.

¹⁵³ Jf. punkt 4.2.2.

¹⁵⁴ Rt. 2005 s. 1112 A avsnitt 53, Hov og Høgberg (2009) s. 411.

¹⁵⁵ Jf. punkt 4.2.2.

Det er imidlertid ikke holdepunkter for å fastslå at tersklene etter bestemmelsene overlapper helt. Det kan ikke utelukkes at terskelen for revisjon etter avtl. § 36 er høyere enn terskelen for mangel etter kjl. § 19 (1) bokstav c når kjøper er næringsdrivende, slik at et alminnelig forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c kan stå seg.

Når avtalen er inngått mellom to private parter, er det ingen iboende styrkeforskjell mellom partene som tilsier at kjøper har særlig behov for vern etter avtl. § 36.¹⁵⁶ I Høyesterettspraksis finnes det bare tre eksempler på at Høyesterett har lempet avtaler mellom private parter, og i disse hadde selger opptrådt kritikkverdig eller illojalt.¹⁵⁷ Dette kan med første øyekast tyde på at terskelen for å konstatere ugyldighet mellom privatpersoner er høy, men det er ikke nødvendigvis tilfellet. En betydelig del av avtaler privatpersoner inngår reguleres av kontraktlovgivningen, og behandles derfor normalt under spesialbestemmelser i den aktuelle loven fremfor avtl. § 36. Dersom flere saker hadde blitt subsumert under avtl. § 36 fremfor særbestemmelser i kontraktlovgivningen, må det antas at tallet hadde vært høyere.

Partenes stilling kan få likevel få betydning for mangelvurderingen etter kjl. § 19 (1) bokstav c, dersom den har påvirket kjøpers berettigede forventninger. Eksempelvis kan det tenkes at selger er mer kunnskapsrik enn kjøper, og at kjøper derfor får en forventning om at selger kjenner til alle vesentlige feil ved tingen. Til illustrasjon la lagmannsretten ved vesentlighetsvurderingen i LA-2008-104716 vekt på at kjøperne opplevde selger som seriøs, og at de derfor fikk tillitt til opplysningene han ga.¹⁵⁸

I praksis vil trolig dette momentet gjøre seg gjeldende på lik linje for begge bestemmelsene. Dersom kjøper har fått en berettiget forventning om tingens tilstand som følge av partenes stilling, vil det trolig påvirke hans oppfatning av risiko, og dermed også hvilke avtalevilkår han aksepterer. Momentet «partenes stilling» taler altså for at et forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c vil rammes av avtl. § 36.

Dersom et avtalevilkår er et resultat av en avtalt risikofordeling som kan slå ut begge veier, taler det mot lemping etter avtl. § 36.¹⁵⁹ Dette argumentet gjør seg mest gjeldende for

¹⁵⁶ Hagstrøm (2011) s. 304.

¹⁵⁷ Rt. 1993 s. 1497 A, Rt. 2008 s. 1365 A, Rt. 2012 s. 393 A, jf. Giertsen (2014) s. 232.

¹⁵⁸ Se LA-2008-104716 side 8. Lagmannsretten konkluderte med at tingen hadde mangel etter kjl. § 19 (1) c.

¹⁵⁹ Hagstrøm (2011) s. 311, Woxholth (2014) s. 334.

næringsdrivende.¹⁶⁰ Det er i avtalelovens forarbeider fremholdt at «den ene part i forretningsmessige forhold ofte bevisst påtar seg en betydelig risiko, men mot vederlag».¹⁶¹

En forutsetning for at et alminnelig forbehold *kan* slå ut begge veier, er at vederlaget er tilpasset forbeholdet slik at kjøper kan gjøre en god handel hvis tingen viser seg å være i bedre stand enn forventet. Dersom kjøper bevisst påtar seg stor risiko, vil dette påvirke hvilke berettigede forventninger han kan ha til tingen etter kjl. § 19 (1) bokstav c. Når kjøper er klar over risikoen ved tingen, og tilpasser vederlaget, skal det derfor mye til for at tingen er i vesentlig dårligere stand enn han hadde grunn til å regne med. Dersom det likevel foreligger en mangel etter kjl. § 19 (1) bokstav c, taler det for at avtalen er urimelig etter avtl. § 36.

Selgers ansvar for mangler etter kjl. § 19 (1) bokstav c er objektivt, og rammer også skjulte mangler selger ikke kan bebreides for.¹⁶² Hagstrøm trekker frem at dersom et avtalevilkår i og for seg er akseptabelt, og parten som påberoper seg vilkåret ikke kan bebreides, er dette «et tungtveiende argument» mot lemping etter avtl. § 36.¹⁶³ Dette kan tilsi at avtl. § 36 ikke rammer de samme tilfellene som kjl. § 19 (1) bokstav c. På den annen side gir også kjl. § 19 (1) anvisning på en helhetsvurdering, hvor man kan ta hensyn til selgers gode eller onde tro. Dette taler for at momentet vil vektlegges etter begge bestemmelsene, og at det derfor ikke er en forskjell. Det kan for øvrig stilles spørsmål ved hvor akseptabelt et vilkår som fratrukker kjøper alle muligheter til å gjøre mangelinnsigelser gjeldende etter kjøpsloven er. Selgers gode tro vil inngå i vesentlighets- og urimelighetsvurderingen etter kjl. § 19 (1) bokstav c og avtl. § 36, og vil trolig få omtrent likt utslag ved vurderingene. Vurderingsmomentet «partenes stilling» tilsier derfor at bestemmelsene rammer de samme tilfellene.

Drøftelsen har vist at vilkårene for revisjon etter avtl. § 36 og mangel etter kjl. § 19 (1) bokstav c i stor grad er sammenfallende. Både kjl. § 19 (1) bokstav c og avtl. § 36 oppstiller en høy terskel for mangel og revisjon, og begge bestemmelsene legger opp til en helhetsvurdering hvor alle forhold rundt avtalen vil være relevant. Hagstrøm trekker frem at vesentlighetsvurderingen etter kjl. § 19 (1) bokstav c og rimelighetsvurderingen etter avtl. §

¹⁶⁰ Andersen, Lennart Lyng, *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihet til urimelighetskontrol*, Ex Tuto 2018 s. 251, tilknyttet den danske aftalelovens § 36. Hagstrøm (2011) s. 311–312 later til å legge tilsvarende løsning til grunn i norsk rett, ettersom partene i rettspraksisen som trekkes frem var næringsdrivende.

¹⁶¹ NOU 1979: 32 s. 48.

¹⁶² Jf. punkt 2.4.4.

¹⁶³ Hagstrøm (2011) s. 305.

36 er «nær beslektet», og at full risikooverføring lettere må underkastes rimelighetssensur enn overføring av en begrenset og klart definert risikooverføring.¹⁶⁴

Det må etter dette legges til grunn at alminnelige forbehold mot ansvar etter kjl § 19 (1) bokstav c i stor grad vil lempes etter avtl. § 36. Det er imidlertid vanskelig å si sikkert om ethvert slikt forbehold vil settes til side, eller om et forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c etter omstendighetene kan gå klar av avtl. § 36. Momentet taler likevel for at kjl. § 19 (1) bokstav c ikke kan fravikes.

Lagmannsrettspraksis har i to tilfeller tatt stilling til om kjl. § 19 (1) bokstav c er fravikelig.

I LF-1993-96 vurderte lagmannsretten om et bruktbilkjøp kunne heves. Bilen ble solgt «som forevist og prøvekjørt», og det forelå følgelig et alminnelig forbehold. I etterkant av overdragelsen oppsto det en teknisk svikt, som selger utbedret. Seks måneder etter overdragelsen avga kjøper etter oppfordring fra selger en erklæring om å ikke fremme ytterligere krav mot selger som følge av feil på bilen.

Lagmannsretten uttalte at kjl. § 19 (1) innebærer en begrensning i selgers adgang til å fraskrive seg ansvar for feil eller mangler ved forbrukerkjøp, «og i noen grad også ved andre kjøp».¹⁶⁵ Lagmannsretten mente at ansvarsfraskrivelsen de sto ovenfor i den konkrete saken, ikke var et slikt forbehold kjl. § 19 (1) skal beskytte kjøper mot. Når erklæringen var avgitt etter avtaleinngåelsen, hadde ikke kjøper et slikt behov for beskyttelse som begrunner at kjl. § 19 (1) bør være ufravikelig.¹⁶⁶ Kjøpers erklæring var derfor bindende.

Lagmannsretten forutsatte altså i sin drøftelse at kjl. § 19 (1) normalt bør være ufravikelig ved avtaleinngåelsen.

I LA-2009-142748 hadde partene avtalt at kjøper ikke hadde reklamasjonsrett, selv hvis det forelå skjulte feil. Lagmannsretten tolket vilkåret som et alminnelig forbehold som falt inn under kjl. § 19 (1). Lagmannsretten uttalte at «det krav om klarhet som må oppstilles for eventuell fraskrivelse også av de forhold som er omtalt i § 19 første ledd a) til c)» under

¹⁶⁴ Hagstrøm (2011) s. 313.

¹⁶⁵ LF-1993-96 side 6

¹⁶⁶ LF-1993-96 side 6

enhver omstendighet ikke var oppfylt.¹⁶⁷ Lagmannsretten forutsetter altså at det eksisterer en adgang til å fravike kjl. § 19 (1).

Lagmannsrettspraksis gir ikke klare holdepunkter for om kjl. § 19 (1) bokstav c kan fravikes. Den nyeste dommen legger riktignok til grunn at kjl. § 19 (1) kan fravikes, men ettersom dette bare er en enkelt dom fra lagmannsretten, kan den ikke tillegges stor vekt.

Både kjøpsloven og avtaleloven tar sikte på å skape gode regler og løsninger i kontraktsforhold, ved å gi regler som skaper en viss balanse i avtaleforholdet, og ivaretar begge partenes interesser så langt det lar seg gjøre. Reelle hensyn kan derfor være relevant for forståelsen av kjl. § 19 (1) bokstav c.

På den ene siden taler hensynet til selger for at kjl. § 19 (1) bokstav c kan fravikes ved alminnelig forbehold. Bestemmelsen pålegger selger et objektivt ansvar, og selger blir derfor ansvarlig selv om han har opptrådt redelig og lojalt, og ikke kan klandres for mangelen. Kjl. § 19 (1) bokstav c skiller seg her fra kjl. § 19 (1) bokstav a, hvor det er selger selv som har fremkalt mangelen. Dersom kjl. § 19 (1) bokstav c ikke kan fravikes, har selger liten mulighet til å sikre seg mot mangelskrav. Dette kan være problematisk siden et mangelskrav fremsatt i etterkant av salget kan gripe hardt inn i selgers økonomi.¹⁶⁸

Som tidligere nevnt er det ingen iboende styrkeforskjell mellom partene som tilsier at kjøper trenger et særlig vern. Dette kan tale mot at kjl. § 19 (1) bokstav c er preseptorisk. Dersom partenes styrkeforhold er ulikt i en konkret sak, og dette har påvirket avtalen, vil avtl. § 36 etter omstendighetene kunne komme til anvendelse. Kjøper står følgelig ikke uten vern mot en sterkere avtalepart dersom kjl. § 19 (1) bokstav c kan fravikes.

På den annen side taler hensynet til kjøper mot at kjl. § 19 (1) bokstav c er fravikelig. Flertallet i FKU-19/886 viste til at det er behov for å korrigere avtaler som viser seg å slå svært skjevt ut etter kort tid, når partene ikke har vært bevisst rekkevidden av forbeholdet. Flertallet tar dette til inntekt for at kjl. § 19 (1) bokstav c er ufravikelig.¹⁶⁹

Dette hensynet taler klart for at bestemmelsen er ufravikelig. Mangler etter kjl. § 19 (1) bokstav c skyldes gjerne skjulte feil som ingen av partene kjente til på avtaletidspunktet. Når

¹⁶⁷ LA-2009-142748 side 6

¹⁶⁸ Jf. punkt 4.4.2.

¹⁶⁹ FKU-19/886 s. 6 og s. 8.

kjøper ikke har mulighet til å oppdage feilene ved en vanlig undersøkelse av tingen, taler det mot å la ham bære tapet. Kjøpsloven § 19 (1) bokstav c oppstiller et vern for kjøper i tilfeller hvor tingens tilstand er klart dårligere enn forventet, som følge av en feil som var upåregnelig for kjøper.¹⁷⁰ Kjøper vil naturligvis ikke ha tatt hensyn til en upåregnelig feil ved utforming av sitt bud, hvilket taler for at kjl. § 19 (1) bokstav c er ufravikelig.

Til dette kan det innvendes at kjøper bør ta høyde for at tingen kan ha store skjulte feil når han fraskriver seg rettighetene han har etter kjl. § 19 (1) bokstav c. Dette argumentet svikter imidlertid når kjøper er en privatperson som ikke forstår rekkevidden av forbeholdet.¹⁷¹ Privatpersoner uten juridisk kunnskap har ikke nødvendigvis forutsetningene for å forstå hvilke konsekvenser et alminnelig forbehold mot mangler etter kjl. § 19 (1) bokstav c kan få, hvilket taler for at de må ha et særlig vern mot slike forbehold. Det må derimot forventes at næringsdrivende forstår konsekvensene av avtalevilkårene de aksepterer.

Som tidligere nevnt, kan et forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) være et virkemiddel partene bruker for å fordele risiko. Dette kan være et sentralt moment i en kjøpsavtale, spesielt mellom næringsdrivende. Også for private parter kan risikofordeling være et sentralt punkt i avtalen. Eksempelvis kan det være viktig for en person som selger en bruktbil å fraskrive seg alt mangelansvar hvis han har hatt store reparasjonsutgifter på bilen.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om selgers ønske om å fraskrive seg ansvar for feil som gjør at tingen er i vesentlig dårligere stand enn påregnelig, er beskyttelsesverdig. I kjøpslovens forarbeider ble det uttalt at selv om bruktbilbransjen hadde et behov for å ta alminnelige forbehold om ansvarsfrihet ved salg av biler, kunne de «umulig ha en berettiget interesse i ansvarsfritt å kunne omsette bruktbiler som f.eks. «er i vesentlig dårligere stand» enn prisen skulle tilsi».¹⁷²

Uttalelsen knytter seg til forbehold ved forbrukerkjøp, men gjør seg også gjeldende for andre kjøp. Når tingen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å forvente, har kjøper som hovedregel betalt overpris for den. Selger har da fått betalt som om tingen er i vesentlig bedre stand enn den faktisk er, mens kjøper må bære hele tapet. Et slikt resultat er uheldig,

¹⁷⁰ Hauge (2010) s. 260.

¹⁷¹ Prop. 44 L (2018–2019) s. 6 fremholder at det er grunn til å tro at kjøpere ikke tar høyde for ekstra risiko ved «som den er»-forbehold, fordi de ikke forstår hva regelen innebærer. Dette må også gjelde ved en fullstendig ansvarsfraskrivelse fra ansvar etter kjl. § 19.

¹⁷² Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) s. 42.

spesielt med tanke på at de fleste privatpersoner ikke forstår konsekvensene av et alminnelig forbehold. De reelle hensyn som gjør seg gjeldende, taler derfor mot at private parter kan avtale at kjl. § 19 (1) bokstav c ikke kommer til anvendelse.

Dette gjelder til dels også for næringsdrivende. Hagstrøm har uttalt at det er lang tradisjon i norsk rettspraksis for å tolke fraskrivelsesklausuler som ellers ville medført at et betydelig kontraktsbrudd ikke får virkning innskrenkende, også innenfor kommersielle forhold.¹⁷³ Hensynet til forutberegnelighet og avtalefrihet står imidlertid særlig sterkt i kommersielle avtaler, hvilket kan medføre at hensynet til kjøper tillegges mindre vekt.

I juridisk teori er det delte meninger om kjl. § 19 (1) bokstav c kan fravikes ved alminnelig forbehold. Martinussen mener at bestemmelsen neppe kan fravikes som følge av linjene til avtl. § 36.¹⁷⁴ Hauge mener derimot at bestemmelsen kan fravikes.¹⁷⁵

Drøftelsen har vist at de relevante rettskildene ikke gir et klart svar på om kjl. § 19 (1) bokstav c kan fravikes ved et alminnelig forbehold. Dersom bestemmelsen skal kunne karakteriseres som preseptorisk, er det ikke tilstrekkelig at forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c i stor utstrekning vil settes til side. Det kreves at ethvert slikt forbehold vil settes til side.

Ved vurderingen av om kjl. § 19 (1) bokstav c er fravikelig, må private parter og næringsdrivende parter vurderes hver for seg.

Dersom avtalen er inngått mellom to private parter, taler reelle hensyn hovedsakelig for at partene ikke kan fravike kjl. § 19 (1) bokstav c ved alminnelig forbehold. Lovgiverviljen bak de nylige endringene i avhendingslova kan til en viss grad tas til inntekt for en slik løsning. Drøftelsen har vist at det finnes en sterk parallell mellom kjl. § 19 (1) bokstav c og avtl. § 36, hvilket taler for at kjl. § 19 (1) bokstav c ikke kan fravikes.

På den annen side vil det stride mot lovens deklarasjon utgangspunkt, og bryte med en relativt konsekvent praksis fra FKU, dersom kjl. § 19 (1) bokstav c anses som preseptorisk. Det vil også svekke forutberegneligheten i avtaleforholdet hvis domstolene og tvisteløsningsnemder setter forbehold partene har avtalt til side.

¹⁷³ Hagstrøm (2011) s. 654.

¹⁷⁴ Martinussen (2012) s. 153.

¹⁷⁵ Hauge (2010) s. 258–259.

Det avgjørende for om bestemmelsen er preseptorisk, må være om partene har en reell mulighet til å fravike den ved avtale.

Det må antas at uklare alminnelige forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c vil tolkes innskrenkende av rettsanvender, slik at forbeholdet heller anses som et vanlig «som den er»-forbehold. Dersom det er uklart hva som ligger i et avtalevilkår, kan reelle hensyn få betydning for tolkningen.¹⁷⁶ Woxholth har uttalt at hvis ordlyden i et avtalevilkår er uklar, bør den tolkningen som samsvarer med bakgrunnsretten legges til grunn.

Et forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c innebærer en stor risikooverføring fra selger til kjøper, og avviker både fra bakgrunnsretten og alminnelig rettsfølelse. Dette tilsier at uklare alminnelige forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c vil tolkes innskrenkende. Dette støttes av Hauge, som fremholder at et slikt forbehold vil være et så markert avvik fra bakgrunnsretten at det må stilles strenge krav til klarhet, og at selv et klart forbehold kan bli tolket innskrenkende.¹⁷⁷ Dersom forbeholdet er et standardvilkår, må det i tillegg stilles strenge krav til vedtakelsen.¹⁷⁸ Det finnes også flere eksempler i FKU-praksis på at et uklart alminnelig forbehold anses som et «som den er»-forbehold, slik at kjl. § 19 (1) kommer til anvendelse.¹⁷⁹ Uklare forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c vil altså kunne tolkes innskrenkende, slik at kjl. § 19 (1) bokstav c kommer til anvendelse.

Videre vil avtl. § 36 i stor grad føre til lemping av forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c. Det er vanskelig å se for seg et scenario hvor tingen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å forvente, uten at avtalen er urimelig etter avtl. § 36. Drøftelsen har imidlertid ikke kunnet påvise at vurderingene og tersklene etter avtl. § 36 og kjl. § 19 (1) bokstav c er identiske. Det kan derfor ikke utelukkes at et klart formulert forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c kan være gyldig.

¹⁷⁶ Woxholth (2014) s. 404 flg.

¹⁷⁷ Hauge (2010) s 258–259. Se også LA-2009-142748, hvor lagmannsretten mente at forbeholdet som var tatt ikke oppfylte klarhetskravene som må oppstilles for en fravikelse av kjl. § 19 (1).

¹⁷⁸ I Rt. 2004 s. 675 A satt Høyesterett til side en ansvarsbegrensning som fremgikk av et standardvilkår i en avtale mellom næringsdrivende fordi klausulen medførte en «betydelig overføring av risiko fra selger til kjøper», og ikke hadde vært omtalt under partenes forhandlinger (avsnitt 73). Det er vanskelig å si nøyaktig hva som ligger i at kravet til vedtakelse skjerpes. Det sentrale vil trolig være at det er tydelig at forbeholdet medfører en fravikelse av kjl. § 19 (1) bokstav c, slik at det objektivt sett er klart hva konsekvensene vil være.

¹⁷⁹ I FTU-15/1423 ble et forbehold som sa at selger ikke var «ansvarlig for noe reparasjoner» ansett som et vanlig «som den er»-forbehold, slik at kjl. § 19 (1) kom til anvendelse. I FKU-17/1568 var det tatt forbehold som at «vognen selges uten noen form for garanti men garanteres fri for alle heftelser. Heller ingen klagerett». Forbeholdet ble ansett som et «liknende alminnelig forbehold» etter kjl. § 19 (1).

Ettersom det ikke kan fastslås at ethvert alminnelig forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c vil settes til side, kan ikke bestemmelsen karakteriseres som preseptorisk.

Kjøpsloven § 19 (1) bokstav c er etter dette fravikelig for private parter, selv om den reelle adgangen til å fravike bestemmelsen trolig er svært snever. Denne konklusjonen skiller seg fra flertallets konklusjon i FKU-19/886, ettersom flertallet kom til at bestemmelsen var preseptorisk.

Dersom kjøper er næringsdrivende, kan det stille seg annerledes. Drøftelsen har vist at det foreligger en parallell mellom kjl. § 19 (1) bokstav c og avtl. § 36. Det kan likevel ikke sies sikkert at ethvert forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c vil lempes etter avtl. § 36. Hensynet til avtalefrihet og forutberegnelighet står særlig sterkt i kommersielle avtaleforhold. Næringsdrivende må forventes å forstå konsekvensene av avtalevilkårene de aksepterer, og har derfor mindre behov for vern enn private parter har. De reelle hensyn på området taler derfor ikke like klart for at kjl. § 19 (1) bokstav c bør være ufravikelig.

Selv om avtl. § 36 kan føre til revisjon dersom selger tar forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c, har ikke drøftelsen gitt klare nok holdepunkter til å utelukke at et slikt forbehold kan være gyldig. Det bør bemerkes at adgangen til å fravike bestemmelsen neppe er stor. Også når partene er næringsdrivende, vil alminnelige forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) kunne tolkes innskrenkende eller settes til side etter avtl. § 36.

Kjøpsloven § 19 (1) bokstav c kan etter dette fravikes ved alminnelig forbehold dersom kjøper er næringsdrivende.

Konklusjonen blir at selger har en snever adgang til å fraskrive seg ansvaret for skulde mangler etter kjl. § 19 (1) bokstav c.

5 Avsluttende bemerkninger

5.1 Avhandlingens hovedfunn

Drøftelsen i punkt 4.2 og 4.3 har vist at kjl. § 19 (1) bokstav a og bokstav b ikke kan fravikes ved alminnelig forbehold. Partene i en kjøpsavtale kan altså ikke avtale at selger ikke er ansvarlig for uriktige eller mangelfulle opplysninger som rammes av kjl. § 19 (1) bokstav a og b.

Drøftelsen i punkt 4.4 har vist at kjl. § 19 (1) bokstav c ikke er preseptorisk, men at den reelle adgangen til å fravike bestemmelsen er snever. Partene har altså en snever adgang til å avtale

at tingen ikke skal ha en mangel selv om den er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med.

Det kan stilles spørsmål ved om reglene bør være annerledes. Det vil i det videre vurderes om kjøpsloven burde endres. Det vil først vurderes om kjl. § 19 (1) bokstav a og b burde endres slik at det fremgår av lovteksten at bestemmelsen er preseptorisk. Det vil deretter vurderes om kjl. § 19 (1) bokstav c burde gjøres preseptorisk.

5.2 Bør det fremgå av lovteksten at kjl. § 19 (1) bokstav a og b er preseptorisk?

Avhandlingen har vist at selger ikke kan fraskrive seg ansvaret for uriktige og mangelfulle opplysninger ved alminnelig forbehold, og at kjl. § 19 (1) bokstav a og b derfor må anses som preseptoriske. Det kan da stilles spørsmål ved om dette burde fremgå tydelig av ordlyden i kjl. § 19 (1).

Dersom lovteksten tydelig sier at kjl. § 19 (1) bokstav a og b ikke kan fravikes, vil det bidra til å øke forutberegneligheten. Slik kjøpsloven er utformet nå, gir den inntrykk av at bestemmelsen kan fravikes ved avtale, ettersom kjøpsloven i utgangspunktet er deklarasjonsrett etter kjl. § 3. Dette kan for eksempel føre til at en ukyndig selger fraskriver seg ansvaret for uriktige opplysninger etter kjl. § 19 (1) bokstav a, og til gjengjeld får mindre betalt, for senere å oppleve at forbeholdet settes til side. Slike situasjoner kan unngås dersom kjøpsloven gjør det tydelig at slike forbehold ikke står seg. Også for næringsdrivende vil forutberegneligheten styrkes hvis det fremgår klart av kjøpsloven at kjl. § 19 (1) bokstav a og b ikke kan fravikes.

En slik endring kan også gi et klart signal til kjøper om at et alminnelig forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) ikke er til hinder for at han kan bringe saken inn for forbrukerrådet eller domstolene hvis selger har gitt uriktige eller mangelfulle opplysninger.¹⁸⁰ Slik kjøpsloven er utformet nå, er det fare for at en person uten juridiske kunnskaper tror at han har fraskrevet seg enhver rettighet til å rette mangelskrav mot selger hvis selger har tatt et alminnelig forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1). Det er for eksempel fare for at en ung student uten juridiske kunnskaper som kjøper sin første bil, ikke retter krav mot en erfaren selger som påstår at bilen ikke kan ha en mangel på grunn av et alminnelig forbehold mot ansvar etter kjl.

¹⁸⁰ Kjøper må bringe saken inn for forbrukerrådet før saken kan behandles av FKU, jf. forbrukerklageloven § 4 (1). Hvis kjøper vil bringe saken inn for domstolene, må han gjøre et forsøk på å komme frem til en minnelig løsning, jf. Lov 17. april 2005 nr. 26 om mekling og rettergang i sivile tvister § 5-4. I praksis gjøres gjerne dette med at kjøper bringer saken inn for forbrukerrådet.

§ 19 (1). Hvis kjøpsloven gjør det tydelig at kjl. § 19 (1) bokstav a og b ikke kan fravikes, blir det lettere for ukyndige privatpersoner å forstå hvilke rettigheter de har. Kjøpsavtaler er blant de avtalene som oftest inngås, og det er derfor viktig å ha et klart og tydelig regelverk.¹⁸¹

Jeg mener derfor at det bør fremgå av lovteksten at kjl. § 19 (1) bokstav a og b er preseptorisk.

5.3 Bør kjl. § 19 (1) bokstav c gjøres preseptorisk?

Avhandlingen har konkludert med at kjl. § 19 (1) bokstav c ikke er preseptorisk. Drøftelsen i punkt 4.4 viste imidlertid at flere hensyn taler mot en slik regel. Det kan derfor reises spørsmål ved om kjl. § 19 (1) bokstav c burde gjøres preseptorisk.

Når kjøpsloven § 19 (1) bokstav c er deklarasorisk, gir den i realiteten kjøper et dårlig vern. Mangler etter bestemmelsen skyldes upåregnelige feil, som kjøper ikke har hatt mulighet til å ta hensyn til ved avtaleinngåelsen.¹⁸² Dersom partene har avtalt at kjl. § 19 (1) ikke kommer til anvendelse, har ikke kjøper kjøper mulighet til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende etter kjøpsloven. Dette er ikke en god løsning når kjøper er en privat part uten de juridiske kunnskaper som kreves for å forstå konsekvensene av et slikt forbehold. Hvis kjl. § 19 (1) bokstav c gjøres ufravikelig for privatpersoner, kan det bidra til å styrke kjøpers vern.

Dersom kjøpers vern styrkes, vil dette gå på bekostning av selgers interesser. Det er imidlertid ikke spesielt beskyttelsesverdig at selger fraskriver seg ansvaret for en ting som er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å forvente. Kjøper vil da som utgangspunkt ha betalt betydelig mer for tingen enn den er verdt. Det vil ikke være rettferdig om kjøper må bære tapet alene, spesielt med tanke på at kjøper har begrenset mulighet til å oppdage skjulte feil. Selv om selger kan ha behov for å fraskrive seg alt mangelansvar, vil det føre til urettferdige resultater. Dette gjelder både for private parter, og for næringsdrivende. Slik lovgivningen er utformet nå, kan det spørres om den å prioriterer selgers lite beskyttelsesverdige behov for å fraskrive seg ansvar, fremfor kjøpers behov for vern.

Hensynet til forutberegnelighet taler også for at kjl. § 19 (1) bokstav c bør være ufravikelig. Drøftelsen i punkt 4.4 viste at alminnelige forbehold mot ansvar for skjulte mangler i stor grad vil tolkes innskrenkende eller lempes etter avtl. § 36. Dersom kjøpsloven gjør kjl. § 19

¹⁸¹ Martinussen (2012) s. 16.

¹⁸² Se punkt 4.4.

(1) bokstav c preseptorisk, vil man unngå at det kommer overraskende på selger at forbeholdet settes til side. Kjøpskontrakter er blant de vanligste kontraktene som inngås, og handel mellom private parter vil muligens øke som følge av det økende fokuset på bærekraft og gjenbruk i samfunnet. Det er derfor viktig at kjøpslovens regler er tydelige og forståelige. Videre vil det utgjøre en minimal innskrenkning av avtalefriheten dersom kjl. § 19 (1) bokstav c gjøres preseptorisk. Allerede etter gjeldende rett er adgangen til å ta alminnelige forbehold mot ansvar etter kjl. § 19 (1) bokstav c snever, både for private parter og næringsdrivende. Kjøpsloven § 19 (1) bokstav c gir anvisning på en konkret helhetsvurdering hvor alle omstendigheter rundt avtalen kan få betydning. Det er derfor ikke mer betenkelig å gjøre denne bestemmelsen preseptorisk, enn det er at avtl. § 36 er preseptorisk. Jeg er derfor av den oppfatning at også kjl. § 19 (1) bokstav c burde gjøres preseptorisk. Dersom en slik endring gjøres, bør det fremgå tydelig av kjøpslovens lovtekst at bestemmelsen er ufravikelig.

Referanseliste

Norske lover

- 1918 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
- 1977 Lov 14. juni 1974 nr. 36 om endringer i kjøpsloven 24. mai 1907 nr. 2 særlig med sikte på forbrukervern
- 1978 Lov 28. april 1978 om behandlingen av forbrukertvister (forbrukertvistloven)
- 1988 Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)
- 1989 Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven)
- 1992 Lov 2. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova)
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bostad m.m. (bustadsoppføringslova)
- 1999 Lov 26. mars 1999 nr. 19 om husleieavtaler (husleieloven)
- 2002 Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)
- 2005 Lov 17. april 2005 nr. 26 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- 2017 Lov 17. februar 2017 nr. 7 om Forbrukerklageutvalget (forbrukerklageloven)

Forarbeider og lovvedtak

- NU 1984: 5 Nordiska köplagar: förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning
- NOU 1976: 34 Lov om kjøp
- NOU 1979: 32 Formuerettslig lempingsregel
- NOU 1993:4 Lov om husleieavtaler
- Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) Om lov om endringer i kjøpsloven 24 mai 1907 nr. 2, særlig med sikte på forbrukervern
- Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4 m.m. (generell formuerettslig lempningsregel)

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

Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

Ot.prp. nr. 82 (1997–1998) Om lov om husleieavtaler (husleieloven)

Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Prop. 44 L (2018–2019) Endringer i avhendingslova (tryggere bolighandel)

Innst.O. nr. 71 (1991–1992) Innstilling fra justiskomiteen om lov om avhendelse av fast eiendom (avhendelseslova)

Lovvedtak 57 (2018-2019) om Endringer i avhendingslova (tryggere bolighandel)

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1916 s. 390 A

Rt. 1920 s. 188 A

Rt. 1922 s. 689 A

Rt. 1924 s. 91 A

Rt. 1932 s. 835 A

Rt. 1935 s. 1079 A

Rt. 1982 s. 1357 A

Rt. 1984 s. 28 A

Rt. 1984 s. 225 A

Rt. 1988 s. 1078 A

Rt. 1993 s. 1497 A

Rt. 2000 s. 806 A

Rt. 2002 s. 696 A

Rt. 2003 s. 1132 A

Rt. 2004 s. 675 A

Rt. 2005 s. 1112 A

Rt. 2008 s. 1365 A

Rt. 2012 s. 393 A

Rt. 2012 s. 1537 A

Rt. 2012 s. 1926 A

Rt. 2013 s. 388 S

Underrettspraksis

LF-1993-96

LA-2008-104716

LA-2009-142748

LA-2018-190828

Praksis fra forbrukerklageutvalget

FTU-15/1423

FTU-16/2273

FTU-16/2427

FKU-17/105

FKU-18/104

FKU-18/117

FKU-18/230

FKU-18/1312

FKU-19/767

FKU-19/802

FKU-19/886

FKU-19/1040

Litteratur

Andersen, Lennart Lyngge, *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*, Ex Tuto 2018

Bergem, John Egil, Berte-Elen R. Konow og Stein Rognlien, *Kjøpsloven*, 3. utg., Gyldendal Akademisk 2007.

Bergem, John Egil og Stein Rognlien, *Kjøpsloven med kommentarer*, 4.utg., Gyldendal 2020.

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utg., Universitetsforlaget, 2014.

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2011.

Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Universitetsforlaget 2009.

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Papinian 2009.

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Papinian 2017.

Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, 4.utg., Alma Mater 1999

Martinussen, Roald, *Kjøpsrett*, 6. utg., Cappelen Damm Akademisk 2012.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004.

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9. utg., Gyldendal Juridisk 2014.

Nettsider og artikler

Bruserud, Herman, «*Villfarelse som ugyldighets- og forpliktelsesgrunnlag*», MarIus nr. 401 2011.

Hauge, Hilde. ««som den er»- forbehold: Særlig om hvilke objektive avvik ved kontraktsgjensstanden som kvalifiserer for kjøpsrettslig mangel» *Jussens venner* nr. 4 2010 s. 255–293

Forbrukerrådet, «*bruktbilkontrakt*», 2020. <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2015/09/bruktbilkontrakt-bm-2019.pdf>. Hentet 10.12.2020

Forbrukerrådet, «*Kontrakt ved kjøp av fritidsbåt mellom private*», 2018. <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/12/fritidsbaatkontrakt-bm-05des2018.pdf>. Hentet 10.12.2020

Forbrukerrådet, «*Kontrakt ved kjøp av ting*», 2018. <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2015/09/tingkontrakt-bm.pdf>. Hentet 10.12.2020

Forbrukerrådet, *Henvendelsesstatistikk*, u.å.

<https://www.forbrukerradet.no/henvendelsesstatistikk/>. Hentet 10.12.2020

