

Kjøpelyte – markedets reaksjon på retting av mangel

Professor dr. juris Lasse Simonsen

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	2
1.1	Problemstillingen	2
1.2	Nærmere om begrepet «kjøpelyte»	3
2	Primærforholdet - retting av en mangel	5
3	Sekundærforholdet - adgangen til å få kompensert for kjøpelyte	7
3.1	Eldre rettspraksis	7
3.2	Overgangsphenomenen - Rt. 1998 s. 1510 <i>Ekte hussopp</i>	8
3.3	Avhendingslova	9
4	Vilkårene for å få kompensert kjøpelyte	10
4.1	Vurderingsmodellen.....	10
4.2	Vilkår om en objektiv risiko	11
4.3	Sannsynlighetsterskelen.....	13
5	Tapsvurderingen ved kjøpelyte	14
5.1	Innledning.....	14
5.2	Beviskravet.....	14
5.2.1	Høyesteretts vurdering.....	14
5.2.2	Kritiske merknader.....	15
5.3	Bedømmelsestidspunktet	16
5.3.1	Innledning.....	16
5.3.2	Skjæringstidspunktet	16
5.3.3	Kunnskapstidspunktet.....	17
	a) Innledning.....	17
	b) Faktuelle bedømmelser	17
	c) Normative vurderinger.....	18
5.4	Utmålingen av et eventuelt tap.....	19

Lasse Simonsen er professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo, Institutt for privatrett. Han dekker et bredt spekter av fagområder innenfor formueretten, men har entrepriserett og avhending av fast eiendom som spesialfelt.

Sammendrag

Etter at det er foretatt reparasjon av en mangel ved en fast eiendom, kan det oppstå spørsmål om utbedringen har vært helt ut vellykket. Markedet vil ofte reagere negativt på den risikoen som dermed oppstår. I denne artikkelen skal det drøftes om norsk rett åpner for å kompensere denne type formuesreduksjon, gjerne benevnt kjøpelyte.

1 INNLEDNING

1.1 PROBLEMSTILLINGEN

Den 6. oktober 1927 kjøpte ingeniør E. Waack en bygård i Oslo (Olso fra 1925). Tre år senere, 1930, ble det oppdaget at kjelleren i gården var angrepet av ekte hussopp og annen ødeleggende sopp. Ved en granskingsforretning samme år ble skadene besiktiget og beskrevet, og deretter foretok murmester P. Kristiansen de nødvendige utbedringer. Kjøper forlangte rettingsomkostningene dekket av selger, noe Høyesterett ga ham medhold i, jf. Rt. 1933 s. 1218. I tillegg til disse kostnadene krevde han «en avfinnelse for den ved sopp-skaden i nogen tid fremover forvoldte reduksjon i eiendommens omsetningsverdi», se dommens side 1224. Det var det såkalte kjøpelyte som på denne måten skulle kompenseres. Høyesterett ga ham medhold også i dette kravet og utmålte prisavslag rent skjønnsmessig.

Dommen fra mellomkrigsårene gir en god illustrasjon på den problemstillingen som skal drøftes i denne artikkelen. I kjølvannet av en reparasjon av en mangel vil det ofte kunne oppstå usikkerhet med hensyn til hvor vellykket utbedringen har vært. Denne tvilen vil kunne redusere omsetningsverdien av eiendommen. Spørsmålet er om avhendingslova åpner for å kompensere et slikt kjøpelyte, og i tilfelle hva som er vilkårene for et prisavslag. Tilsvarende spørsmålsstilling vil kunne oppstå ved salg av løsøre, for eksempel ved reparasjon av en brukt bil som følge av en mangel, men i denne artikkelen vil jeg konsentrere meg om eiendomssalg.

Den umiddelbare foranledningen til å gå inn i problemfeltet om kjøpelyte er HR-2021-668-A *Skjeggkredommen*. Tvisten i denne saken gjaldt krav om prisavslag i kjølvannet av at det var gjennomført skadedyrbekjempelse i en bolig.

Den aktuelle boligen ble kjøpt i januar 2018 med klausulen «som den er», og overtatt 1. mars samme år. Den 5. april reklamerte kjøperne som følge av skjeggkre i boligen. Selgerne foretok nokså umiddelbart undersøkelser ved hjelp av skadedyrfirmaet Pelias. Det ble konstatert skjeggkre, og arbeidene med å bekjempe skadedyrene ble startet den 24. april 2018, først ved varmebehandling og deretter ved hjelp av gift. Allerede ved varmebehandlingen var antallet skjeggkre betydelig redusert, og bortsett fra en såkalt nymfe observert Pelias skjeggkre siste gangen i desember 2018.

Kjøperne krevde avtalen hevet, men fikk ikke medhold i noen av rettsinstansene. De subsidiære kravene om prisavslag førte derimot fram i underinstansene. Det ble krevd prisavslag for to typer forhold; det ene gjaldt verdireduksjonen på grunn av risikoen for at skjeggkrebestanden skulle ta seg opp igjen, og det er dette forholdet som er av interesse her. I dommen er denne risikoen betegnet som restlyte.

Kravet fra kjøper ble ikke tatt til følge av Høyesterett, men dommen gir et godt høve til å drøfte spørsmålet om prisavslag for kjøpelyte med utgangspunkt i et moderne – og mye omtalt – saksforhold, nemlig forekomsten av skjeggkre. Dommens innhold vil fortløpende bli trukket inn i den videre drøftelsen av temaet.

1.2 NÆRMERE OM BEGREPET «KJØPELYTE»

Begrepet «kjøpelyte» har nok for de fleste et noe gammelmodig preg som man ikke tillegger et avgrenset og presist meningsinnhold. Tidvis ser vi at domstolene benytter det som en generell betegnelse på ulike typer ulemper, for eksempel at man ikke får satt opp en støyskjerm, se LG-2001-1506 side 3, eller ubehaget ved å ha en trafokiosk på nabotomten, se Rt. 1975 s. 148.

I denne artikkelen er det bare den spesifikke ulempen som er beskrevet i punkt 1.1, som skal behandles: faren for at markedet reagerer negativt på at det er foretatt reparasjon av en mangel ved eiendommen.

I motsetning til andre typer ulemper som må vurderes etter de alminnelige mangelsreglene, er risikoelementet kjernen i begrepet kjøpelyte. Markedet reagerer negativt på en usikkerhet knyttet til en reparasjon. Dette tilfører mangels- og sanksjonsvurderingen et særegent rettslig aspekt som normalt ikke er til stede ved andre ulemper. Usikkerheten vil dessuten reduseres over tid. Det er derfor primært i en viss periode etter overtakelsen at det er aktuelt å kreve kompensasjon for kjøpelyte. Dette forholdet er påpekt i rettspraksis, se Rt. 1933 s. 1218

side 1224 hvor det snakkes om usikkerheten «i nogen tid fremover», og i Rt. 1998 s. 1510 *Ekte hussopp*, se side 1520, hvor tidsperspektivet er omtalt som «iallfall i en del år fremover».

Grunnstrukturen i fenomenet kjøpelyte består etter dette av to elementer. Det første er primærforholdet, mangelen som repareres, for eksempel soppangrepet, rotteplagen, dreneringssvakheten eller forekomsten av skjeggkre. Det andre er sekundærforholdet – risikoen for at rettingen ikke er vellykket, enten i form av at mangelen ikke er fullstendig fjernet, eller at den vil kunne vende tilbake. Retting av primærforholdet gis det prisavslag for på ordinær måte, jf. avhendingslova § 4-12 andre ledd.¹ Spørsmålet er om sekundærforholdet gir grunnlag for en selvstendig kompensasjon.

Dersom det er overvekt av sannsynlighet for at reparasjonen er mislykket, er det ikke naturlig å benevne forholdet som et kjøpelyte. Kjøper har i disse tilfellene oppfylt beviskravet for tilstedeværelsen av en (fortsatt) mangel, og det foretas utmåling av prisavslag etter de ordinære reglene.² Er det uaktuelt med en fornyet utbedring, vil prisavslaget måtte utmåles etter mangelens pristrykkende effekt på markedet, jf. avhendingslova § 4-12 første ledd. I disse tilfellene er det mer treffende å snakke om «gjenstående mangler» eller «restmangler». Forutsetningen er imidlertid at restene etter primærforholdet er tilstrekkelig sannsynliggjort til å karakterisere det som en mangel.

I HR-2021-668-A *Skjeggkredommen* valgte Høyesterett å betegne risikoen for at bestanden av skjeggkre skulle blomstre opp igjen, som «restlyte», jf. avsnitt 25. Begrepet framstår som en kombinasjon av «restmangel» og «kjøpelyte». I denne artikkelen vil jeg imidlertid holde de to begrepene fra hverandre.³

Hvem som forestår rettingen, er uten betydning. Det kan være at selger iverksetter tiltakene, slik som i HR-2021-668-A *Skjeggkredommen*, eller det er kjøper som får dette gjort. Problemstillingen er den samme.

Teoretisk kan man sågar tenke seg et krav om kompensasjon selv der det ikke er gjennomført noen utbedring. Kjøper forlanger prisavslag etter avhendingslova § 4-12 andre ledd utmålt på bakgrunn av sannsynlige, men ikke faktiske rettekostnader. I tillegg fremmes det en tilleggskompensasjon for det kjøpelyte som ville ha oppstått dersom eiendommen hadde blitt rettet.

¹ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova).

² Se eksempelvis Trygve Bergsåker, *Kjøp av fast eiendom*, 5. utg., Oslo 2013, side 394, med den modifikasjon at «klart» bør dempes ned til «sannsynlighetsovervekt».

³ Harald Benestad Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer*, Oslo 2008, side 288, benytter begrepene «restmangel» og «kjøpelyte» som synonymer.

Selv om den ordinære hendelsessekvensen består i at kjøper først oppdager mangelen, og at den deretter rettes, vil situasjoner hvor reparasjonen skjer før overdragelsen, måtte behandles på samme måte. Selger avdekker primærforholdet og iverksetter en utbedring før avhendelsen gjennomføres, men uten å opplyse om tiltaket. Kjøper blir deretter klar over det inntrufne, se som eksempel saksforholdet i Rt. 1939 s. 104. Dersom primærforholdet hadde blitt bedømt som en mangel om eiendommen var solgt uten at den var blitt utbedret, vil usikkerhet med hensyn til resultatet av rettingsforsøket kunne representere et kjøpelyte ved eiendommen.

Tilsynelatende vil tilsvarende problemstillinger som dem man møter ved kjøpelyte, kunne oppstå uten at det er involvert et rettingsforsøk, nemlig hvor det er uklart om det overhodet foreligger eller vil utvikle seg en mangel. Man kan tenke seg at det foreligger indikasjoner på at bygget er utsatt for setninger, men at dette (foreløpig) ikke er mulig å fastslå med tilstrekkelig grad av sannsynlighet. En slik usikkerhet vil også i disse tilfellene kunne redusere boligens omsetningsverdi. Det er likevel én klar forskjell. Ved kjøpelyte er usikkerheten knyttet til et sekundærforhold skapt av en konstatert mangel (primærforholdet), mens det er primærforholdet som bedømmes i den parallelle situasjonen (risikoen for setninger). Rettspolitisk er ikke dette en liten forskjell. I sistnevnte situasjon er det spørsmål om hvorvidt det foreligger en mangel overhodet, i førstnevnte hva som er følgene av en eksisterende mangel. Selgeren er vesentlig nærmere til å bære tapet når usikkerheten er en følge av en forutgående mangel. Tilfellene må derfor holdes atskilt.

Nedenfor skal det drøftes om norsk rett åpner for å kompensere den type formuesreduksjon som et kjøpelyte kan representere. I den grad dette er tilfellet, er det naturlig å knytte begrepet kjøpelyte til usikkerhet som må antas å gi grunnlag for et særskilt prisavslag. Dermed blir kjøpelyte navnet på et resultat. Hvilke betingelser som må være oppfylt for at termen skal kunne brukes, søkes klarlagt i den videre drøftelsen.

2 PRIMÆRFORHOLDET – RETTING AV EN MANGEL

Innledningsvis kan det være grunn til å minne om grunnvilkåret ved kjøpelyte, at det foreligger en mangel (primærforholdet). Kravet om kompensasjon for kjøpelyte står og faller med at det foreligger retting av en slik mangel.

Det er interessant å konstatere at Høyesterett i HR-2021-668-A overhodet ikke berørte spørsmålet om hvorvidt forekomsten av skjeggkre i en bolig i seg selv utgjør en mangel. I foreliggende sak var heller ikke mangelsspørsmålet et tvistetema. Selgerne iverksatte, som nevnt tidligere, rettingstiltak ganske umiddelbart etter reklamasjonen.

Man skulle kanskje tro at mangelspørsmålet ville ha vært et kjernespørsmål i saken for Høyesterett fordi selger hadde tatt et «*som den er*»-forbehold etter avhendingslova § 3-9. Dermed innføres en vesentlighetsterskel i mangelsvurderingen: Skal det til tross for forbeholdet foreligge en mangel, må eiendommen være i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med, jf. andre punktum. På grunn av andre ganske betydelige mangler ved boligen var imidlertid denne terskelen temmelig klart overskredet. Dermed ble ikke «*as is*»-forbeholdets betydning satt på spissen.

Spørsmålet i «*as is*»-tilfellene er om mangelen etter den abstrakte vurderingen også overskrider vesentlighetsterskelen i avhendingslova § 3-9 andre punktum. I utgangspunktet skal dette avgjøres etter en helhetsvurdering, jf. Rt. 2002 s. 1425 *Bukkeboddommen* side 1429, Rt. 2007 s. 1874 avsnitt 45 og Rt. 2008 s. 963 *Rottedommen* avsnitt 27. Slike skjønnsbaserte vurderinger gir imidlertid partene liten forutberegnelighet. For å gi en sikrere veiledning med hensyn til vesentlighetsvilkåret i avhendingslova § 3-9 andre punktum tok Høyesterett i Rt. 2010 s. 103 *Tertnesdommen* utgangspunkt i en «*prosentlære*»: Forholdet mellom kjøpesummen og størrelsen på kostnadene til å utbedre feilene kan gi «*en viss veiledning*», som det heter i dommen, se avsnitt 43. Størrelsen på forholdstallet angis ikke, men dommen har i ettertid blitt forstått slik at vippepunktet ligger rundt fem prosent av kontraktsvederlaget. Som framholdt i dommen gir dette bare et utgangspunkt, se avsnitt 51. Vurderingen må suppleres med en konkret, kvalitativ bedømmelse av enkeltfaktorer, så som eiendommens alder, opplysninger i salgsmaterialet, mangelens art og tomtens verdi i forhold til selve boligen. Trolig vil kostnadene ved bekjempelse av skjeggkre normalt ligge godt under femprosent-grensen som antydnet i Rt. 2010 s. 103 *Tertnes*. Hvorvidt den kvalitative vurderingen likevel vil føre til at vesentlighetsterskelen er overskredet, kan nok være tvilsomt. Dette har sammenheng med at metodene for bekjempelse av skjeggkre har blitt svært effektive. Ulempene er dermed mindre enn før, og risikoen for oppblomstring av bestanden er også kraftig redusert, se nedenfor.

Fra årsskiftet 1. januar 2022 trer revisjonen av avhendingslova i kraft, og generelle forbehold av type «*as is*» vil i forbrukerforhold anses som uvirksomme, jf. avhendingslova § 3-9 andre ledd.

Selv om generelle forbehold vil bli ansett som uvirksomme for forbrukerforhold i framtiden, vil de ganske sikkert fortsatt bli benyttet ved profesjonelle kjøp. Ifølge Høyesterett sprer skjeggkre seg også til kontor-, handels- og produksjonslokaler. «*Som den er*»-klausuler vil i disse kjøpsforholdene kunne bli utslagsgivende. Mangelsbedømmelsen er imidlertid i mindre grad standardisert, fordi domstolene nok ikke vil ty til en prosentregel som utgangspunkt for vurderingen. Til det er

næringsseidommene for ulike i størrelse, art og verdi. I stedet må man foreta en konkret vurdering av situasjonen.

Vurderingen av hvorvidt forekomsten av skjeggkre utgjør en mangel, må i disse avtaleforholdene skje med utgangspunkt i de alminnelige kravene som kan stilles til en eiendom, jf. avhendingslova § 3-2 første ledd hvor det framholdes at «[e]igedomen har en mangel dersom han ikkje er i samsvar med det kjøparen kunne forvente ut frå mellom anna eigedomens type, alder og synlege tilstand». I samsvar med Hagstrøms terminologi blir normen betegnet som det «individualiserende abstrakte forpliktelsesbegrepet» i lovforarbeidene.⁴

Det kan ikke være særlig tvilsomt at skjeggkre i en bolig representerer en mangel, basert på den beskrevne abstrakte normen. Foreliggende sak i HR-2021-668 demonstrerer med all tydelighet hvilken mental og faktisk ulempe skjeggkre kan medføre for en kjøper. Skjeggkre kan heller ikke anses som så utbredt at en kjøper i alminnelige må være forberedt på fenomenet. I dommen fra Høyesterett anslås det at rundt 40 til 50 prosent av alle boliger i Norge vil ha skjeggkre i løpet av fire til fem år, se avsnitt 30. Fra en kjøpers ståsted vil likevel risikoen være lavere. Når en selger ikke opplyser om at det er skjeggkre i boligen, er det tale om en risiko for ikke oppdagede bestander av skjeggkre. Det kan for øvrig tilføyes at Høyesteretts drøftelse av lytespørsmålet ville ha kommet i et merkelig lys hvis forekomsten av skjeggkre i seg selv ikke ble ansett som en mangel.

3 SEKUNDÆRFORHOLDET - ADGANGEN TIL Å FÅ KOMPENSERT FOR KJØPELYTE

3.1 ELDRE RETTSPRAKSIS

Før ikrafttredelsen av gjeldende avhendingslov den 1. januar 1993 ble tvister om kjøp av fast eiendom løst på grunnlag av ulovfestet rett om mislighold av kontrakter om eiendomskjøp. Rettspraksis utpenslet etter hvert de viktigste prinsippene for mangelsbedømmelsen og sanksjonssystemet ved mislighold. Når det gjaldt prisavslag, tok man utgangspunkt i kjøpslovens system med en forholdsmessig reduksjon av kjøpesummen. Denne beregningsmetoden er imidlertid langt dårligere egnet ved salg av unika enn ved omsetning av artsbestemt løseøre.⁵ Domstolene utviklet derfor en praksis med å legge vekt på

⁴ Prop. 44 L (2018–2019) side 17 venstre spalte.

⁵ Se Trygve Bergsåker, *Kjøp av fast eiendom*, 5 utg., Oslo 2013, side 384; Kåre Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, Oslo 2017, side 298; Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2 utg., Oslo 2011, side 403–404; og Lasse Simonsen, *Prisavslag og erstatning for mangler ved fast eiendom*, Oslo 2018, side 23.

rettekostnadene ved utmålingen av prisreduksjonen.⁶ Det er denne tradisjonen som man bygget på ved innføringen av presumsjonsregelen i avhendingslova § 4-12 andre ledd hvor prisavslaget i utgangspunktet settes til kostnadene ved å rette mangelen.

I tillegg til prisavslag utmålt på grunnlag av rettekostnadene var Høyesterett villig til å kompensere for kjøpelyte. Det er gjerne to dommer fra mellomkrigsårene som trekkes fram i denne forbindelsen. Den ene dommen er det sitert fra innledningsvis, jf. Rt. 1933 s. 1218, den andre er Rt. 1926 s. 791. Begge sakene gjaldt den pristrykkende effekten som utbedring av soppskader måtte antas å ha. Sett i lys av avgjørelsen i Rt 1998 s. 1510 *Ekte hussopp*, som omtales straks nedenfor, må nok disse dommene sies å ha etablert en rettsoppfatning om at et kjøpelyte etter omstendighetene kan kreves kompensert.

Hvorvidt dette representerte en utmålingspraksis særskilt med tanke på fast eiendom, er ikke godt å si. Det foreligger to høyesterettsdommer om kjøpelyte knyttet til salg av *løsøre*. Ingen av dommene kan sies å være avgjørende for spørsmålet. I den ene, Rt. 1967 s. 1059 *Hydraulisk tipp*, fikk kjøper medhold i kravet om heving, og kompensasjon for kjøpelyte kunne da ikke føre fram. I den andre dommen, Rt. 1962 s. 613 *Bulldozer*, fikk kjøper ikke medhold i kravet om kompensasjon for kjøpelyte. Begrunnelsen for avslaget framkommer imidlertid ikke av domsgrunnene: «Krav om erstatning for 'kjøpelyte' i tillegg til erstatning for en forsvarlig reparasjon ble ikke tatt til følge.»

3.2 OVERGANGSFENOMEN – RT. 1998 S. 1510 EKTE HUSSOPP

En langt nyere dom som berørte tematikken, er inntatt i Rt. 1998 s. 1510 *Ekte hussopp*. Dommen er først og fremst kjent for drøftelsen av hevingsspørsmålet og formuleringen av det alminnelige hevingsvilkåret. Høyesterett uttalte seg imidlertid også om antatt kjøpelyte etter sanering av hussoppen, se side 1520:

«Jeg tar også hensyn til omkostninger som trolig vil påløpe [...] og dessuten på usikkerheten knyttet til det kjøpelyte som iallfall i en del år fremover vil hefte ved eiendommen».

Uttalelsen kan vanskelig forstås på annen måte enn at kjøperen ble gitt et tillegg i prisavslaget for det såkalte kjøpelyte, selv om størrelsen på tillegget ikke er oppgitt. For øvrig vitner domsgrunnene om at Høyesterett ikke fant det kontroversielt å tilkjenne en slik kompensasjon.

Umiddelbart skulle man tro at en tvist som ble behandlet i 1998, ble regulert av avhendingslova som trådte i kraft fem år tidligere, 1. januar 1993. Kjøpsavtalen ble imidlertid inngått allerede i 1988, og som

⁶ Se Ot.prp. nr. 66 (1990-91) side 108 venstre spalte.

fastslått av Høyesterett måtte tvisten da løses på bakgrunn av eldre, ulovfestet rett. Dommen er imidlertid en rettskildemessig hybrid fordi Høyesterett trakk veksler på reguleringene i den nye loven (se mer om dette senere). Den gir derfor et innblikk i både hvordan Høyesterett oppfattet eldre rettspraksis, og hvordan denne videreføres inn i det nye lovregimet.

3.3 AVHENDINGSLOVA

Prisavslag er den viktigste sanksjonen som står til kjøpers rådighet ved mangler. Departementet foreslo i sin tid en utforming av prisavslagsregelen helt i tråd med det kjøpsrettslige forbilde, jf. avhendingslova § 4-12 første ledd: «Har eiedomen ein mangel, kan kjøparen krevje eit forholdsmessig prisavslag.» Samtidig erkjente man at en slik utmålingsregel var vanskelig å praktisere ved eiendomshandel, se ovenfor, og framholdt at man i tråd med tidligere rettspraksis måtte legge vekt på rettekostnadene.⁷

I Stortinget ønsket man å styrke forbrukerkjøpers posisjon under forhandlinger om prisavslags størrelse. Man beholdt regelen om det forholdsmessige prisavslaget som det rettslige utgangspunktet, men innførte samtidig en presumsjonsregel i avhendingslova § 4-12 andre ledd som nå gir uttrykk for den faktiske hovedregelen.⁸

Spørsmålet om kompensasjon av kjøpelyte er verken særskilt regulert i loven eller uttrykkelig kommentert i forarbeidene. Dersom meningen hadde vært å gjøre om på en etablert praksis, ville man nok forventet at dette hadde vært berørt i lovmotivene. Tausheten på dette punktet taler for at lovgiver i det minste ikke ønsket å utelukke denne type kompensasjon.

Vektleggingen av kjøpelyte ved utmålingen av prisavslaget i Rt. 1998 s. 1510 *Ekte hussopp* trekker i samme retning. Riktig nok ble tvisten avgjort på grunnlag av eldre, ulovfestet rett, se ovenfor. Høyesterett tok likevel utgangspunkt i en analogi fra blant annet avhendingslova § 4-12, og uttalte at man fant det «naturlig å falle tilbake på prinsippet i avhendingslova § 4-12 (2)». Dersom Høyesterett hadde vært av den oppfatning at denne regelen brøt med tidligere praksis med hensyn til kjøpelyte, ville man ganske sikkert gitt uttrykk for at det var eldre rett som slo igjennom ved kompensasjonen av kjøpelyte.

⁷ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) side 108 venstre spalte.

⁸ Innst. O. nr. 71 (1991-92) side 9 og 10.

Domspremissene i HR-2021-668-A *Skjeggkredommen* føyer seg inn i dette bildet. Høyesterett uttrykte rett nok tvil om den aktuelle risikoen utgjorde en mangel i lovens forstand, jf. avsnitt 31, men dette framstår som en usikkerhet som følge av en konkret vurdering, og ikke som et utslag av en prinsipiell avvisning av kravet, se nærmere om dette i punkt 4.1. Kontrasten til argumentasjonen angående den midlertidige bruksulempen er slående. Også her kom Høyesterett fram til at kravet måtte avslås, denne gangen fordi rettingen hadde skjedd i henhold til lovens krav. På dette punktet fant imidlertid Høyesterett det på sin plass med en reservasjon angående det prinsipielle spørsmålet:

«Slik denne saken ligger an, er det ikke nødvendig å ta standpunkt til om det kan være grunnlag for prisavslag for midlertidige bruksulempen i de tilfellene der retting innebærer en urimelig ulempe for kjøper eller ikke skjer innen rimelig tid.»

På denne bakgrunnen må det være berettiget å anta at avhendingslova i prinsippet åpner for kompensasjon av det såkalte kjøpelyte. En annen sak er at det skal en del til før et slikt krav anses som berettiget (se mer om vilkårene nedenfor).

Det har imidlertid vært anført at avhendingslovas system når det gjelder prisavslag, hindrer kompensasjon av kjøpelyte, se synspunktene til *Harald Anderssen*.⁹ Jeg oppfatter Anderssen slik at det er utmålingsreglene som i tilfelle står i veien. Dette er et standpunkt jeg er uenig i, men problemstillingen drøftes mest naturlig i sammenheng med gjennomgangen av disse reglene (i punkt 5).

Trygve Bergsåker anfører kort at avhendingslova § 4-12 andre ledd er begrenset til reparasjonsutgiftene, og at bestemmelsen derfor ikke gir hjemmel for å kompensere kjøpelyte. Han antar derimot at det er adgang til å få en slik kompensasjon etter første ledd dersom «det er klart at en utbedring ikke er fullgod».¹⁰ Etter min mening er det tvilsomt om bevisterskelen kan settes så høyt, noe som drøftes nærmere nedenfor.

4 VILKÅRENE FOR Å FÅ KOMPENSERT KJØPELYTE

4.1 VURDERINGSMODELLEN

Dersom det legges til grunn at avhendingslova åpner for kompensasjon av kjøpelyte, er neste spørsmål hva som skal til for at slike krav skal føre fram. Her i punkt 4.1 skal det først skisseres en overordnet modell for denne vurderingen.

⁹ Harald Benestad Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer*, Oslo 2008, side 289.

¹⁰ Trygve Bergsåker, *Kjøp av fast eiendom*, 5 utg., Oslo 2013, side 394.

Grunnvilkåret for å kreve prisavslag er at det foreligger en mangel. Fordi den opprinnelige mangelen (primærforholdet) er rettet i tvistene om kjøpelyte, må fokuset flyttes til risikoen som har oppstått. Det er naturlig å betrakte denne som en såkalt følgemangel, jf. avhendingslova § 3-1 tredje ledd første punktum: «Seljaren svarer og for mangel som oppstår seinare dersom årsaka til mangelen er eit avtalebrot frå seljaren.» Skal kjøper få medhold i et krav om prisavslag på grunn av kjøpelyte, må risikoen for at utbedringen er mislykket, i seg selv kunne karakteriseres som en mangel.

Ved denne betraktningsmåten skilles det klart mellom vilkåret for prisavslag og utmålingen av avslagets størrelse, herunder om det foreligger et tap overhodet. Disse to aspektene styres av to forskjellige vurderingsnormer. Vilket om at risikoen må representere en mangel, innebærer at det stilles opp en sannsynlighetsterskel basert på objektive, naturvitenskaplige kriterier, se punkt 4.2. Bare dersom risikoen overstiger denne terskelen, vil det kunne være grunnlag for kompensasjon for kjøpelyte. Utmålingen av prisavslaget skjer i medhold av avhendingslova § 4-12, og det er en kartlegging av den faktiske reaksjonen i markedet med hensyn til reparasjonen som skal foretas.

Det kan spørres om det er nødvendig å gå veien om en objektiv sannsynlighetsvurdering slik som skissert ovenfor, eller om man i stedet kan anse markedets reaksjonen i seg selv som en mangel, se ovenfor om såkalte følgemangler, jf. avhendingslova § 3-1 tredje ledd første punktum. En følgemangel er imidlertid en defekt som rammer selve salgsobjektet. Ved kjøpelyte er dette den objektive risikoen for at reparasjonen er mislykket. Konsekvensene i markedet er derimot en tapsfølge som må håndteres av utmålingsreglene.

Det er den ovenfor beskrevne vurderingsmodellen som benyttes i HR-2021-668-A *Skjeggkredommen*. Riktig nok slapp Høyesterett å ta endelig standpunkt til mangelspørsmålet fordi man antok at det ikke forelå noe tap, jf. avsnitt 31. Ikke desto mindre er Høyesteretts premisser inndelt i to atskilte temaer – mangelsvurdering og tapsutmåling. I det følgende skal selve mangelsvurderingen behandles i punktene 4.2 og 4.3, mens tapsutmålingen drøftes i punkt 5.

4.2 VILKÅR OM EN OBJEKTIV RISIKO

Ofta kan det synes unødvendig å skille mellom et krav om objektiv risiko og den sannsynlige markedets reaksjonen. Er det først klart at risikoen virker inn på eiendommens omsetningsverdi, vil dette normalt tas som et klart tegn på at det foreligger en reell, følbart risiko knyttet til rettingen av mangelen.

Slik er det imidlertid ikke alltid. Markedet kan tenkes styrt av irrasjonelle beveggrunner. Opplysninger om en reparasjon av en mangel kan få negative følger for omsetningsverdien selv om det objektivt sett ikke er grunnlag for en slik reaksjon. Nå vil bruk av markedet som målestokk i seg selv representere en betydelig objektivisering av normen. Man vil dermed kunne se bort fra enkeltpersoners atypiske reaksjoner, se eksempelvis Rt. 1933 s. 1218 side 1224, hvor dette påpekes:

«At det finnes personer som – uten hensyn til at et stedfunnet soppangrep fremtidig maa regnes helt avverget, – undgaar eiendommer som engang ar hatt saadan skade, kan ikke influere herpaa.»¹¹

Helt fri for irrasjonelle fryktreaksjoner er imidlertid heller ikke markedet generelt. Man kan lett tenke seg situasjoner hvor for eksempel media kan spre objektivt sett ubegrunnet frykt for visse typer mangler. Forekomsten av skjeggkre er et mulig eksempel på det.

Når det stilles opp et objektivt krav om at risikoen må overstige en sannsynlighetsterskel, må man se bort fra denne type markedsresponsen. Rettspolitisk innebærer dette at kjøper må bære børen som faktisk forekommende, men objektivt sett ubegrunnede, reaksjoner representerer. Som påpekt tidligere vil imidlertid den negative markedsreaksjonen avta over tid. Skal imidlertid kjøper videregjøre eiendommen innenfor det kritiske tidsspennet, er det snakk om et reelt tap.

Høyesterett gikk ikke nærmere inn på denne problemstillingen i HR-2021-668-A *Skjeggkredommen*. Etter domstolens oppfatning var det klart at utmålingsreglene ville stenge for et prisavslag (se mer om dette nedenfor). De innledende domspremissene gir likevel en pekepinn om grunnholdningen til Høyesterett.

Under redegjørelsen for sakens faktiske sider gikk Høyesterett nærmere inn på metodene for å bekjempe skjeggkre og dermed også risikoen for oppblomstring, se avsnitt 23. Det framkommer her at de nyeste metodene har vist seg effektive, se avsnitt 23, hvor det blant annet opplyses om følgende:

«Studier utført av avdeling for skadedyrkontroll ved Folkehelseinstituttet viser at med fagkyndig og koordinert bruk av

¹¹ For så vidt gjaldt spørsmålet om kompensasjon for midlertidig bruksulempe, framheves den objektiviserte vurderingen av Høyesterett, se HR-2021-668-A *Skjeggkredommen*, avsnitt 34.

dette stoffet vil bestander av skjeggkre reduseres kraftig etter noen uker og etter hvert bli borte.»

I en rapport fra april 2020 erklærte dessuten Pelias boligen fri for skjeggkre. Riktig nok ga ikke firmaet noen garanti for at det ikke ville dukke opp nye skjeggkre, men dette var forståelig fordi faren for ekstern smitte var betydelig, jf. avsnitt 30.

Det er på denne bakgrunnen at Høyesterett uttrykker tvil med hensyn til om det foreligger en mangel i lovens forstad, se avsnitt 31. I denne vurderingen er den sannsynlige markedsreaksjonen (ennå) ikke trukket inn, bare de faktabaserte og objektive opplysningene som er nevnt ovenfor. Argumentasjonsmønsteret trekker klart i retning av at temaet er objektivisert, og at en irrasjonell frykt i markedet ikke vil kunne utløse et prisavslag. (Høyesteretts uttalelser om hvorvidt det forelå et markedstap, underbygger også en slik slutning, se mer om dette senere i punkt 5.3.3 bokstav b.)

4.3 SANNSYNLIGHETSTERSKELEN

Som påpekt innledningsvis foreligger det en mangel dersom det er overvekt av sannsynlighet for at reparasjonen ikke er vellykket. Når man snakker om risiko, er det for å betegne de lavere grader av sannsynlighet, gjerne der det bare foreligger en mulighet for et uønsket utfall.

Hvilken sannsynlighetsterskel som skal benyttes ved krav om kompensasjon for kjøpelyte, klarlegges ikke av Høyesterett i HR-2021-668-A *Skjeggkredommen*. Her uttrykkes bare usikkerhet med hensyn til bedømmelsen av situasjonen, se avsnitt 31:

«På denne bakgrunn er jeg i tvil om risikoen for at det igjen skal komme skjeggkre i boligen, er en mangel i lovens forstand, jf avhendingsloven § 3-9 andre punktum.»

Den mest nærliggende tolkningen er nok at sannsynligheten for oppblomstring var så lav i foreliggende sak at det var tvilsomt om det overhodet forelå en mangel.

Henvisningen til vesentlighetsregelen i avhendingslova § 3-9 andre punktum, som gjelder ved generelle forbehold om at eiendommen selges i den stand den befinner seg i ved avtaleinngåelsen, er noe uklar. Denne referansen kan trekke i retning av at det er vesentlighetsterskelen som ikke er passert, ikke terskelen for berettigede forventninger. I så fall vil synspunktet være utdatert ved årsskiftet for så vidt gjelder bolighandel, se ovenfor. Som påpekt tidligere synes imidlertid ikke vesentlighetsterskelen å ha stor vekt i forliggende sak, fordi det forelå en rekke andre mangler ved boligen.

Når Høyesterett i den aktuelle saken ikke uten videre konkluderte med at mangelsvilkåret ikke var oppfylt, til tross for at det klart ikke var sannsynlighetsovervekt for oppblomstring, må det skyldes at man tenkte seg en betydelig lavere sannsynlighetsterskel enn vanlig. Dette er i tilfelle en betydningsfull implikasjon. Beviskravet ved kjøpelyte er trolig klart lavere enn det såkalte overvektsprinsippet som normalt benyttes i sivile saker, jf. HR-2019-1225-A *Plunder og heft-dommen*, se avsnitt 73, og Rt. 2015 s. 1246, se avsnitt 35. Bakgrunnen er at situasjonen er forårsaket av en forutgående mangel. Bare når det beviselig foreligger en negativ markedsrespons, vil et krav om kjøpelyte kunne føre fram. Hvis man benyttet overvektsprinsippet på ordinært vis, ville en betydelig andel av disse sakene falle bort til tross for at tapet faktisk er skapt av en mangel ved salgsobjektet, slik at selger regelmessig vil være nærmest til å bære tapet. Gode grunner taler dermed for å senke bevisterskelen.

Hvor langt ned man kan gå på sannsynlighetsskalaen, gjenstår å se. Risikoen må under enhver omstendighet være følbart i den forstand at markedet reagerer på forholdet.

5 TAPSVURDERINGEN VED KJØPELYTE

5.1 INNLEDNING

Som forklart ovenfor i punkt 4 tok ikke Høyesterett standpunkt til om grunnvilkårene for å kreve kompensasjon av kjøpelyte var til stede i den konkrete saken. Grunnen til dette var at «kravet i avhendingsloven § 4-12 andre ledd uansett ikke er oppfylt», se HR-2021-668-A *Skjeggkredommen* avsnitt 31.

Dermed ble tapsbedømmelsen helt avgjørende for sakens utfall. I den forbindelse måtte Høyesterett vurdere to prinsipielle utmålingsspørsmål. Det første var hvilket beviskrav som skulle benyttes (utmålingsprinsippet), se punkt 5.2, det andre hvilket bedømmelsestidspunkt som skulle legges til grunn, se punkt 5.3. For helhetens skyld skal retningslinjene for en eventuell tapsutmåling kort kommenteres i punkt 5.4.

5.2 BEVISKRAVET

5.2.1 Høyesteretts vurdering

Når det gjaldt prinsippet for utmålingen av prisavslaget, viste Høyesterett i *Skjeggkredommen* til avhendingslova § 4-12 og fastslo at det foreligger to ulike beregningsmetoder.

I utgangspunktet skal et prisavslag tilsvare rettekostnadene, jf. avhendingslova § 4-12 andre ledd. Siden det ikke var aktuelt å foreta ytterligere utbedringer i HR-2021-668-A *Skjeggkredommen*, måtte prisavslaget utmåles som en forholdsmessig reduksjon av vederlaget etter avhendingslova § 4-12 første ledd. Denne regelen forutsetter imidlertid, ifølge Høyesterett, at kjøper med «kvalifisert sannsynlighetsovervekt» godtgjør at mangelen representerer et verdiminus ved boligen, jf. Rt. 2000 s. 199 *Revefarmdommen* og Rt. 2010 s. 1995 avsnitt 50. Høyesterett fant det klart at kjøper ikke maktet å oppfylle dette strenge beviskravet.

I foreliggende sak anså Høyesterett det klart at kjøper ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde.

5.2.2 Kritiske merknader

I likhet med Trygve Bergsåker finner jeg denne lovanvendelsen diskutabel.¹²

Kravet til kvalifisert sannsynlighetsovervekt regulerer spørsmålet om valg mellom to aktuelle beregningsmetoder. Som den klare hovedregel skal rettekostnadene benyttes, men dersom dette klart ikke samsvarer med den antatte påvirkningen på markedet, settes regelen til side. I sin tid ble utmålingsprinsippet innført i avhendingslova § 4-12 andre ledd for å styrke kjøpers stilling ved tvister om prisavslag, jf. Innst. O. nr. 71 (1991–92) side 9 og 10. Standpunktet er fulgt opp i domspraksis nevnt av Høyesterett. Legalpresumsjonen skal benyttes med mindre det foreligger kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at den ikke gir uttrykk for markedsreaksjonen.

Hvis retting ikke er aktuelt, gir det liten mening å fastholde presumsjonsleddet. Da må man i stedet benytte det alminnelige overvektsprinsippet ved bevisbedømmelsen, jf. HR-2019-1225-A *Plunder og heft-dommen*, se avsnitt 73. Trygve Bergsåker trekker fram situasjonen ved innendørs arealsvikt som et eksempel.¹³ I disse tilfellene vil retting (normalt) ikke kunne gjennomføres, og prisavslaget utmåles dermed etter avhendingslova § 4-12 første ledd ved bruk av ordinære beviskrav.

Høyesteretts rettsanvendelse i *Skjeggkredommen* skyldes muligens at selger faktisk hadde bekostet retting, se uttalelsen i avsnitt 32 første setning, og at Høyesterett dermed mente at de to utmålingsprinsippene var i spill. Dette er i tilfelle en misforståelse. Den opprinnelig mangelen var utbedret, men det gjensto (kanskje) en restmangel (restlyte), det vil si en viss fare for

¹² Trygve Bergsåker, *Nytt i privatretten*, nr. 2/2021, side 21.

¹³ Bergsåker, *Nytt i privatretten*, side 21.

oppblomstring av skjeggkrebestanden. Poenget til kjøper var at risikoen ikke var fjernet ved rettingen, og at det heller ikke forelå realistiske muligheter for å få den eliminert. For restmangelen (risikoen) forelå derfor bare én utmålingsmulighet, nemlig prisavslag etter avhendingslova § 4-12 første ledd.

Hva resultatet ville ha blitt dersom Høyesterett hadde anvendt ordinære bevisregler for verdireduksjonen, kan diskuteres.¹⁴ Uttrykksmåten til Høyesterett trekker likevel klart i retning av at man ikke engang fant det sannsynlig at det forelå noen verdireduksjon av boligen, se innledningen til avsnitt 34 hvor det framholdes følgende:

«Med disse utgangspunktene finner jeg det klart at kjøperne ikke har godgjort noen verdireduksjon som følge av risikoen for at bestanden av skjeggkre skal blomstre opp igjen.»

5.3 BEDØMMELSESTIDSPUNKTET

5.3.1 Innledning

Dersom et saksforhold utvikler seg over tid, vil det være påkrevd å fastlegge relevant bedømmelsestidspunkt. I HR-2021-668-A *Skjeggkredommen* kom dette spørsmålet opp som en helt sentral problemstilling, se avsnittene 33 til 35.

Spørsmålsstillingen rommer i realiteten to ganske forskjellige temaer: skjæringstidspunktet i punkt 5.3.2 og kunnskapstidspunktet i punkt 5.3.3.

5.3.2 Skjæringstidspunktet

Det første aspektet ved bedømmelsestidspunktet er å avgjøre hvilke begivenheter som er relevante for den rettslige vurderingen, her benevnt som skjæringstidspunktet.

Et slikt sentralt skille er skjæringstidspunktet for mangelsbedømmelsen. Som kjent knyttes dette i norsk kontraktsrett til risikoens overgang, og at man derfor skal se bort fra senere inntrådte forhold, jf. HR-2017-345-A. I avhendingslova § 3-1 andre ledd fastslås det i tråd med prinsippet at ved vurderingen av om det foreligger en mangel, «skal ein leggje til grunn tidspunktet då vågnaden etter § 2-4 andre ledd eller etter avtala gjekk over på kjøparen», jf. tilsvarende regler inntatt i håndverkertjenesteloven § 20 og bustadoppføringslova § 28.¹⁵

¹⁴ Se Bergsåker, *Nytt i privatretten*, side 21.

¹⁵ Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven) og lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).

I HR-2021-668-A *Skjeggkre* hadde nevnte skjæringstidspunkt for mangelsbedømmelsen ingen relevans. Rettingen av mangelen fant sted etter overtakelsen, og da må man naturlig nok legge til grunn den metoden som faktisk ble tatt i bruk, ikke hvilke tiltak som var vanlig på overtakelsestidspunktet. Dette var for så vidt heller ikke omstridt i saken for Høyesterett. (Tvisten om kunnskapstidspunktet drøftes i neste punkt.)

5.3.3 Kunnskapstidspunktet

a) Innledning

Det andre aspektet ved bedømmelsestidspunktet er hvilket kunnskapsnivå som skal legges til grunn for vurderingen. I den videre framstillingen er det først og fremst tidsdimensjonen som skal drøftes: Hvilket kunnskapstidspunkt skal benyttes når det skjer en kunnskapsutvikling i samfunnet?

Fastleggelsen av kunnskapsnivået har imidlertid også en fagdimensjon, nemlig hvilken aktørgruppe i samfunnet som setter standarden for nivået. Er det den alminnelige oppfatningen blant folk flest eller er det sakkunnskapen til fagfolk som er avgjørende? Også dette vil bli kommentert nedenfor.

Spørsmålet om kunnskapstidspunktet kommer opp i forbindelse med en rekke ulike rettslige vurderinger. Et grunnleggende skille går mellom faktuelle bedømmelser, se punkt b, og de normative vurderingene, se punkt c.

b) Faktuelle bedømmelser

I HR-2021-668-A *Skjeggkre* hadde kjøperne gjort gjeldende at vurderingen av om det forelå en verdireduksjon, måtte skje ut fra kunnskapen på overtakelsestidspunktet. Som påpekt av Høyesterett har imidlertid overtakelsestidspunktet ingen relevans for spørsmålet knyttet til utbedringsarbeider, se avsnitt 33: «Vurderingen av om en retting er vellykket, kan åpenbart ikke skje på grunnlag av kunnskap før rettingsforsøket er gjennomført.»

Høyesterett så også bort fra kunnskapsnivået på utbedringstidspunktet. Dette framkommer ved at de to fagkyndige erklæringene som kjøper hadde framlagt, ikke ble tillagt vekt, se punkt 34:

«Siden metodene for å bekjempe skjeggkre er langt mer effektive nå enn da erklæringene ble avgitt, kan imidlertid disse ikke tillegges nevneverdig vekt.»

På dette punktet er kanskje domspremissene noe forvirrende. De fagkyndige erklæringene ble begge avgitt i forbindelse med rettingstiltakene, og Høyesterett kan ikke ha hatt nyere og andre metoder i tankene enn de som faktisk ble benyttet. Bakgrunnen for Høyesteretts uttalelse er at metodene som ble tatt i bruk, var nye, og at erfaringene med disse, og dermed den sannsynlige markedsreaksjonen, først har foreligget i ettertid. De sakkyndige har derfor bare uttalt seg på bakgrunn av tidligere erfaring.

Det sentrale poenget for Høyesterett var uansett at man skulle legge kunnskapen på domstidspunktet til grunn for bedømmelsen, se siste setning i avsnitt 33. Dette synes å ha vært utslagsgivende for Høyesteretts vurdering av kravet, se avsnitt 35, hvor det ble framholdt følgende:

«Derimot er det for Høyesterett fremlagt flere underrettsavgjørelser – avsagt etter at de nye og effektive utryddelsesmetodene er tatt i bruk – som trekker i retning av at tidligere forekomst av skjeggkre i alminnelighet ikke medfører noen slik verdireduksjon. I flere av disse dommene vises det til fagkyndige uttalelser om dette.»

Etter dette konkluderte Høyesterett med at det ikke var grunnlag for prisavslag som følge av noe restlyte (restmangel).

Høyesteretts standpunkt med hensyn til bedømmelsestidspunktet er vel begrunnet. Når det gjelder å fastlegge faktum i en tvist (faktuell eller deskriptiv bedømmelse), herunder å foreta sannsynlighetsvurderinger, benyttes naturlig nok de mest korrekte og oppdaterte informasjonskilder som domstolen har tilgang til ved avgjørelsen av tvisten. Dermed er det tiden for avsigelse av dommen som danner det relevante bedømmelsestidspunktet.

Når det gjelder spørsmålet om relevant aktørgruppe, framkommer det av sitatet ovenfor at det er fagfolkenes kunnskapsnivå på domstidspunktet som er avgjørende, se avsnitt 35.

c) Normative vurderinger

Ved normative vurderinger av partenes atferd – altså vurderinger av hva de *burde* ha gjort – er bedømmelsestidspunktet forskjøvet fram til perioden da handlingen fant sted, eventuelt da konsekvensene senest kunne ha vært avverget. Når man eksempelvis skal avgjøre om selger har handlet uaktsomt, jf. avhendingslova § 4-14 andre ledd, er det situasjonen på handlingstidspunktet som er avgjørende. Etterpåkløskap skal ikke innvirke på bedømmelsen. Dessuten er det den aktørgruppen som

vedkommende tilhører, som er avgjørende, ikke hva man kan forlange av fagfolk. (Det ses da bort fra muligheten for å bli identifisert med fagfolk man har engasjert)

Fritaksvilkårene i kontrollansvaret, jf. avhendingslova § 4-5 første ledd, kan illustrere poenget. De grunnleggende fritaksvilkårene i kontrollansvaret, hindring utenfor kontroll, hviler ikke på denne type normative vurderinger. Bevisføringen omkring disse vilkårene vil derfor være basert på den til enhver tid tilgjengelige kunnskapsbasen. Det avgjørende vil være dagens kunnskap om gårsdagens hendelser. Tilleggsvilkårene – betraktnings- og aktivitetsvilkårene – må derimot kunne sies å hvile på normative betraktninger.

5.4 UTMÅLINGEN AV ET EVENTUELT TAP

Dersom kjøperen får medhold i sitt krav på kompensasjon for kjøpelyte, må størrelsen på kravet fastlegges. Dette var situasjonen ved lagmannsrettens avgjørelse av kravet om kjøpelyte som senere ble anket inn til Høyesterett og behandlet i HR-2021-668-A *Skjeggkredommen*.¹⁶

Siden utbedring er utelukket i disse tilfellene, skjer utmålingen i medhold av avhendingslova § 4-12 første ledd; se det som er sagt tidligere om denne problemstillingen. Det følger av bestemmelsen at det skal gis et forholdsmessig prisavslag. Ved salg av unika, som omsetning av fast eiendom er et eksempel på, vil imidlertid prinsippet om forholdsmessighet ha helt marginal betydning.¹⁷ I praksis vil vederlaget anses å reflektere eiendommens markedspris,¹⁸ og da skal prisavslaget tilsvare det faktiske verdiminuset som mangelen representerer.

Som påpekt av lagmannsretten i *Skjeggkredommen* vil vurderingen av den sannsynlige markedsreaksjonen nødvendigvis bli sterkt skjønnspreget. I HR-2017-2102-A *Arkitektdommen* uttalte Høyesterett at prisavslagets størrelse må «avpasses etter hva domstolen finner er en 'rimelig kompensasjon' for den aktuelle mangelen», se avsnitt 47. At utmålingen vil få et betydelig innslag av skjønn og rimelighetsbetraktninger, stenger med andre ord ikke for å kompensere for kjøpelyte, se HR-2020-475-A *Aksjefond*, se avsnitt 151.

¹⁶ Se LF-2019-136882.

¹⁷ Se redegjørelsen for dette hos Lasse Simonsen, *Prisavslag og erstatning for mangler ved fast eiendom*, Oslo 2018, side 23.

¹⁸ Se eksempelvis Rt-2000-199 *Pelsdyrhalldommen*, hvor partene var enige om at kjøpesummen tilsvarte markedsprisen, se side 206, og HR-2017-515 *Hybeldommen*, avsnitt 39.

I lagmannsrettsdommen ble kompensasjonen for kjøpelyte satt til om lag 100 000 kroner (halvparten av samlet prisavslag på 200 000 kroner). Det ble ikke gjort nærmere rede for hvorledes domstolen kom fram til dette beløpet.

Målet for utmålingen er imidlertid ikke å gi en kompensasjon for den bruksulempen som kjøpelytet innebærer for kjøper fram til forholdet er rettet. I HR-2021-668-A *Skjeggkredommen* ble denne siden av tvisten skilt ut som et eget tvistetema, se avsnittene 37 og utover. Hvorvidt det er adgang til å fremme denne type krav, ble dessuten holdt helt åpent av Høyesterett, se avsnitt 43.