

Salg av kontrakter om kjøp av ny bolig før ferdigstillelse.

Noen utvalgte problemstillinger

Kandidatnummer: 515

Leveringsfrist: 26.11.2007

Til sammen 14435 ord

26.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA	1
1.2	LOVGIVNINGEN	3
1.3	PARTENE/BEGREPSBRUK	4
1.4	METODEN	5
1.5	AVGRENSNING	5
1.6	DEN VIDERE FREMSTILLING	6
<u>2</u>	<u>BUSTADOPPFØRINGSLOVAS ANVENDELSESOMRÅDE</u>	<u>6</u>
2.1	INNLEDNING	6
2.2	LOVENS ORDLYD	7
2.3	NÆRMERE OM FORBRUKERVILKÅRET	8
2.3.1	KJØPER I'S POSISJON VED VIDERESALG	9
2.3.2	AVVEINING	12
<u>3</u>	<u>AVTALE OM KJØP AV BOLIG ELLER RETTIGHET TIL BOLIG?</u>	<u>13</u>
3.1	INNLEDNING	13
3.1.1	LOVTEKST	13
3.1.2	FORARBEIDENE	14
3.1.3	ANDRE KILDER	16
3.1.4	REELLE HENSYN/AVVEINING	18
3.1.5	OPPSUMMERING/KOMMENTAR	21

4	<u>SALGSADGANG</u>	<u>22</u>
4.1	INNLEDNING	22
4.2	OVERDRAGELSE AV RETTIGHETER OG PLIKTER	23
4.2.1	SALG AV RETTIGHETER ETTER KONTRAKTEN	24
4.2.2	SALG AV FORPLIKTELSER ETTER KONTRAKTEN	24
4.2.3	KRAV OM SAMTYKKE	25
5	<u>RETTSVIRKNINGENE AV VIDERESALGET</u>	<u>26</u>
5.1	FORHOLDET ENTREPRENØR – KJØPER 2 VED VIDERESALG	26
5.1.1	REGULERER BUSTADOPPFØRINGSLOVA FORHOLDET?	26
5.1.2	VIRKNINGEN AV BUSTADOPPFØRINGSLOVAS ANVENDELSE	27
5.2	FORHOLDET KJØPER 1 – KJØPER 2 VED VIDERESALG	30
5.2.1	HVILKEN LOV KOMMER TIL ANVENDELSE PÅ FORHOLDET?	30
5.2.2	KJØPSLOVENS ANVENDELSE	31
5.2.3	HVILKET RETTSLIG ANSVAR HAR KJØPER 1 OVERFOR KJØPER 2?	32
5.3	FORHOLDET KJØPER 1 – ENTREPRENØR VED VIDERESALG	33
6	<u>KJØPER 2`S BETALING TIL KJØPER 1</u>	<u>34</u>
6.1	INNLEDNING	34
6.2	HVORDAN KAN MERVERDIEN GÅ TAPT?	35
6.3	OPPGJØRSMETODEN	36
6.3.1	INNLEDNING	36
6.3.2	PRINSIPPET OM YTELSE MOT YTELSE	37
6.3.3	OPPGJØRSMETODEN – I STRID MED PRINSIPPET?	38
6.3.4	RISIKOOVERGANGEN	38
7	<u>OPPGJØRSMETODEN I STRID MED GOD MEGLERSKIKK?</u>	<u>40</u>

7.1	EIENDOMSMEGLINGSLOVENS ANVENDELSE	40
7.2	KJØPER 2`S RISIKO FOR TAP AV MERVERDI – MEGLERS ROLLE	41
7.2.1	INNLEDNING	41
7.2.2	LOVTEKST	43
7.2.3	FORARBEIDENE	45
7.2.4	RETTSPRAKSIS	47
7.2.5	KREDITTILSYNETS UTTALELSER	49
7.2.6	REELLE HENSYN	50
7.2.7	AVVEINING	53
8	<u>AVSLUTNING</u>	54
9	<u>LITTERATURLISTE</u>	56

1 INNLEDNING

1.1 TEMA

I dagens boligprosjektmarked synes det å være et vanlig fenomen at en kjøper av en ikke-ferdigstilt bolig videreselger til en ny kjøper før boligen er ferdigstilt. Det hevdes at grunnen til at slike salg forekommer først og fremst er fordi kjøp av bolig i oppføringsfasen har vist seg å være gode investeringer på grunn av prisstigningen i boligmarkedet de siste årene.¹

Både forbrukere og investorer benytter seg av videresalg innenfor boligmarkedet og intensjonene bak varierer i større utstrekning. Noen ønsker å hente ut en gevinst, typisk boliginvestorer, mens andre ser seg nødt til å videreselge der forutsetningene endrer seg i tiden fra bestilling til ferdigstilling.

Denne oppgaven vil ta for seg tilfellene der en inngått kontrakt mellom en entreprenør og en forbruker videreselges til en ny kjøper før boligen er ferdigstilt. *Kjøper 1* er den part som inngår avtale med *entreprenør* om oppføring av bolig. Videre selger kjøper 1 kontrakten til en *kjøper 2* som trer inn i kontrakten. Det gjøres nærmere for partsbetegnelse i pkt. 1.3.

Det er mange ulike aspekter som oppstår ved videresalg av kontrakter på bolig. Grensedragningen ved enkelte rettslige spørsmål som oppstår synes ikke å være endelig avklart.

¹ Stig Bech, "Kredittilsynets uttalelser – salg av kontraktsposisjon med rett til kjøp av nyoppført leilighet", artikkel gjengitt i Eiendomsmegleren 04-2006 s. 24-25, opprinnelig trykket i "Dagens eiendom".

For det første kan det stilles spørsmålsteget ved om kjøper 1 kan anses å være forbruker ved videresalg eller om aktiviteten trekker i retning av at det dreier seg om næringsvirksomhet.

Videre er det et problematisk å fastlegge hva slags kontraktsforhold som oppstår i forbindelse med et videresalg av kontrakt om kjøp av bolig. Drøftelsen omkring dette spørsmålet vil vise at det er av stor rettslig betydning å klargjøre hva slags kontraktsforhold det dreier seg om.

Det ene alternativet er at det ved videresalget skjer en overdragelse av bolig. Et slikt kontraktsforhold vil på nærmere angitte vilkår reguleres av bustadoppføringslova. Bustadoppføringslova gir en forbruker særlige rettigheter som i mange tilfeller ikke kan fravikes.

Et annet alternativ er at videresalget medfører en overdragelse av kontraktsposisjon. En slik overdragelse vil innebære at enten kjøpsloven eller forbrukerkjøpsloven kommer til anvendelse på videresalget avhengig av hvilken stilling partene har i forhold til hverandre.

Når kontraktsforholdet er klarlagt oppstår spørsmålet om hvilket ansvar partene har i forhold til hverandre både under og etter at kontrakten er videretransportert. Sentralt i denne sammenheng er spørsmålet om kjøper 1 er ansvarlig ovenfor kjøper 2 for at entreprenør oppfyller avtalen.

Oppgjørsmåten i forbindelse med videresalg reiser også spørsmål av betydning. Senere drøftelser vil vise at en ofte benyttet oppgjørsmetode kan medføre risiko for økonomisk tap for kjøper 2 som overtar kontrakten. I disse tilfellene betaler kjøper 2 en merverdi til kjøper 1 uten at denne summen blir sikret og virkningen av dette er i ytterste konsekvens at kjøper 2 risikerer å tape denne summen dersom entreprenør ikke oppfyller avtalen på grunn av konkurs eller andre uforutsette grunner. Dette leder til en nærmere drøftelse av rettsvirkningene for de impliserte partene.

I tillegg til dette vil eiendomsmeglers plikter ved videresalg bli viet plass i fremstillingen. Et viktig moment for megler er å sørge for at transaksjonen tilfredsstiller de krav som eiendomsmeglingsloven oppstiller. Videresalget kan som nevnt medføre et økonomisk tap for kjøper 2. Dermed kan det diskuteres hvorvidt megler handler i tråd med god meglerskikk dersom han er med på å gjennomføre handelen.

1.2 LOVGIVNINGEN

Bustadoppføringslova regulerer rettsforholdet mellom *forbruker* på den ene siden og *entreprenør* på den andre siden i forbindelse med oppføring eller kjøp av bolig jfr. lovens § 1. Avtaler mellom to profesjonelle parter faller utenom, likeså avtaler mellom to forbrukere.

Det fremgår av bustadoppføringslovas § 4 at bustadoppføringslova gjelder så langt ikke annet følger av kjøpsloven. I samme bestemmelse heter det at omsetning av ferdigstilt bolig skal reguleres av avhendingsloven og ikke bustadoppføringslova.

Bustadoppføringslova er en del av den kontraktsrettslige lovgivningen. Kjøpsloven av 1988 har vært premissleverandør og til dels direkte forbilde for lovgivningen på kontraktsrettens område. Bustadoppføringslova, avhendingslova, håndverkertjenesteloven, forbrukerkjøpsloven og husleieloven omhandler innbyrdes meget forskjelligartede kontraktstyper. Likevel har lovene betydelige fellestrekk, både i regelstruktur og i enkeltreguleringer.² Principles of European Contract Law, PECL, vil også kunne ha betydning ved løsning av kontraktsrettslige spørsmål. Prinsippene som er utarbeidet anses for å gi uttrykk for et felleseuropeisk grunnsyn på kontraktsrettslige spørsmål.³

² Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 48

³ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 31

Et av de sentrale spørsmålene i denne fremstillingen er hva som er gjenstand for overdragelse i videresalgstilfellene. Som det senere vil fremgå, er det i forbindelse med dette spørsmålet samt andre spørsmål, nødvendig å trekke inn kjøpsloven sammen med forarbeidene. Den nye loven om eiendomsmegling som trer i kraft 1. januar 2008 vil bli anvendt når det tas stilling til meglers spesielle plikter ved videresalg. Videre vil annen kontraktsrettslig lovgivning, alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper og internasjonale standarder bli trukket inn i drøftelsene.

1.3 PARTENE/BEGREPSBRUK

Det er avtalen mellom en entreprenør og forbruker om oppføring eller kjøp av ny bolig som gjør at bustadoppføringslova kommer til anvendelse i medhold av lovens § 1.

Entreprenøren står for oppføringen av boligen og selger denne til forbrukeren.

Oppgavens tema er videresalg av kontrakt på bolig og det innebærer at det kommer en tredjepart inn i bildet. Jeg benytter meg av et trepartsforhold hvor partsbegrepene vil holdes innenfor terminologien entreprenør, kjøper 1 og kjøper 2.

Entreprenør er den som skal stå for oppføringen og salget av boligen. En entreprenør regnes ifølge forarbeidene til bustadoppføringslova som bygningsfirma, håndverker, elektriker, rørlegger m.fl.⁴ I avtaleforholdet vil entreprenør være kreditor for vederlaget overfor den som skal overta boligen ved ferdigstillelse.

Kjøper 1 er entreprenørens opprinnelige avtalepart og betegnes i bustadoppføringslova § 1 som forbrukeren. Det er kjøper 1 som opprinnelig er kjøper av den oppførte bolig og debitor overfor entreprenørens krav på vederlag.

Kjøper 2 er den som skal overta selgers rettigheter og plikter i avtalen kjøper 1 har med entreprenør, mot et avtalt vederlag. Kjøper 2 vil tre inn i avtalen som ny kjøper av den bolig entreprenør skal oppføre.

⁴ Ot.prp.nr.21 (1996-97) s. 43

Det legges til grunn at det foreligger en opprinnelig kontrakt mellom kjøper 1 entreprenør. Kjøper vil overta retten til å tre inn i denne kontrakten og i forbindelse med videresalget vil det opprettes en egen kontrakt mellom kjøper 1 og kjøper 2 som regulerer deres forhold, herunder oppgjøret og tidspunkt for overdragelse.

1.4 METODEN

I denne fremstillingen vil de ulike rettskildedefaktorene bli vurdert for å søke svar på spørsmålene nevnt i innledningen. Bustadoppføringslova, kjøpsloven og eiendomsmeglingsloven av 1989 og 2007 sammen med forarbeidene vil være sentrale faktorer i denne sammenheng. Videre vil det være nødvendig å se på løsninger som er lagt til grunn i annen lovgivning, avtalepraksis og rettspraksis samt internasjonal kontraktsrett. Grunnen til dette er at kontraktssalg ikke er regulert i bustadoppføringslova og siden denne loven er den del av den kontraktsrettslige ”familien” vil de allmenne prinsippene som utledes derfra kunne ha overføringsverdi til fremstillingens tema.⁵ Juridisk litteratur, juridiske artikler og rundskriv vil også bli anvendt i vurderingene. Til slutt vil det være nødvendig å drøfte de reelle hensyn som gjør seg gjeldende siden enkelte av problemstillingene som fremstillingen reiser er uavklarte.

1.5 AVGRENSNING

Fremstillingen avgrenses til forholdet mellom profesjonelle aktører og forbrukere og dermed de kontrakter som i utgangspunktet faller inn under bustadoppføringslovas anvendelsesområde. Videre vil fremstillingen holde seg til de tilfeller der kjøper 1 anses å være forbruker.

⁵ Lilleholt, Avtale om ny bustad, s. 38

Til grunn for fremstillingen ligger de problemstillinger jeg anser som mest aktuelle i forbindelse med videresalg av kontrakter om kjøp av bolig. Hensikten er dermed ikke en uttømmende fremstilling av rettsområdet.

1.6 DEN VIDERE FREMSTILLING

I pkt. 2 vil det gjøres rede for bustadoppføringslovas anvendelsesområde og forbrukervilkåret. I pkt. 3 døftes det hva som er overdragelsesobjektet ved videresalget. Salgsadgangen vil bli kort kommentert i pkt. 4. Rettsvirkningene av videresalget i de ulike partsforholdene vil fremgå av pkt. 5. Pkt. 6 omhandler oppgjøret mellom kjøper 1 og kjøper 2 og i pkt. 7 vil det til slutt drøftes hvorvidt oppgjørsmetoden ved videresalg er i strid med god meglerskikk.

2 BUSTADOPPFØRINGSLOVAS ANVENDELSESOMRÅDE

2.1 INNLEDNING

Det nødvendige utgangspunkt for denne fremstillingen er at det i første omgang blir inngått en kontrakt mellom en forbruker og en entreprenør om oppføring av bolig. I tilknytning til dette vil det gjøres rede for vilkårene som må være oppfylt for at bustadoppføringslova skal komme til anvendelse. Det vil også bli drøftet hvilken stilling kjøper 1 kan anses å ha ved videresalg til en kjøper 2.

Innledningsvis er det hensiktsmessig å presisere at forbrukervilkåret vil relatere seg både til kriteriet i bustadoppføringslova og i forhold til en kjøper 2 ved videresalg. Dersom kjøper 1 anses for å være en forbruker i forhold til entreprenør er han også det i forhold til kjøper 2.

2.2 LOVENS ORDLYD

§ 1, første ledd:

”Lova gjeld avtalar mellom ein yrkesutøvar (entreprenøren) og ein forbrukar om oppføring av ny eigarbustad. Dette omfattar

- a. avtale om oppføring av bygning til bustadføremål og avtale om arbeid som vert utført direkte som ledd i slik oppføring, og*
- b. avtale om rett til fast eigedom med ny eigarbustad når arbeid som entreprenøren står for, enno ikkje er fullført på avtaletida.”*

Etter § 1, første ledd, bokstav a, reguleres rettsforholdet mellom byggherre og entreprenør. I samme paragrafs bokstav b er det rettsforholdet mellom forbrukerkjøper og entreprenør som reguleres. Bokstav a omhandler byggekontrakter, mens kjøpekontrakter faller inn under bokstav b.⁶

Fremstillingen vil heretter konsentrere seg om kjøpekontraktene. Forbrukerkjøper erverver her rett til fast eiendom med bolig tilhørende denne. Bustadoppføringslova vil gjelde avtalen om både grunnen og boligen. Det kan her presiseres at dersom forbrukerkjøper har anledning til å påvirke utformingen av bygget, vil tomteervervet anses som et kjøp, mens ervervet av bygningen regnes som byggekontrakt. I forhold til bustadoppføringslova vil dette likevel ikke ha noen betydning. Kontrakten reguleres uansett av § 1, første ledd, bokstav b.⁷

⁶ Bergsåker, Kjøp av ny bolig s. 16

⁷ Bergsåker, Kjøp av ny bolig s. 21

Det sentrale for anvendelsen er at entreprenørens arbeid med boligen ikke er fullført på avtaletidspunktet. Et annet viktig poeng er at loven også får anvendelse der det er foretatt full ombygging av eksisterende bolig, jfr. § 1, tredje ledd.

Loven gjelder avtaler om oppføring eller kjøp av ny bolig, jfr. § 1 første ledd eller nytt fritidshus, jfr. § 1 siste ledd. Kjøp av ny eierseksjon faller videre inn under loven, jfr. § 1 siste ledd. Til slutt får loven også anvendelse på avtaler om rett til bosted i andelslag så lenge arbeidet ikke er fullført på avtaletiden, jfr. § 1a, første ledd.

Denne fremstillingen vil kun benytte begrepet *bolig* da det ikke har noen rettslig betydning å skille mellom de ulike boligtypene.

2.3 NÆRMERE OM FORBRUKERVILKÅRET

For at bustadoppføringslova skal komme til anvendelse kreves det at avtalen om oppføring er inngått med en forbruker, jfr. § 1, første ledd.

I bustadoppføringslova § 2 defineres forbruker som:

”(...) ein fysisk person som ikkje hovudsakleg handlar som ledd i næringsvirksomhet.”

I teorien legges det til grunn at dersom kjøper inngår avtale om oppføring eller kjøp av bolig med sikte på utleie vil det ikke dreie seg om forbrukerforhold, og bygge- eller kjøpekontrakten reguleres derfor heller ikke av bustadoppføringslova. Videre hevdes det at bustadoppføringslova ikke vil komme til anvendelse dersom avtale om oppføring eller kjøp av bygning hovedsakelig tar sikte på bruk i næring.⁸

⁸ Bergsåker, Kjøp av ny bolig s. 17

Boliginvestorer/spekulanter som avtaler kjøp av flere boliger, kun med det siktemål å hente ut gevinst ved videresalg, vil heller ikke i utgangspunktet falle inn under forbrukerdefinisjonen. Dette har sammenheng med en naturlig språklig forståelse av begrepet *næringsvirksomhet* i bustadoppføringslova.

Et rettslig problem i denne sammenheng, er hvorvidt man kan legge til grunn at det foreligger en grense på antallet boliger avtalen må dreie seg om før man kan anse det som næringsvirksomhet. Denne grensedragningen har betydning både for hvilken stilling kjøper 1 har overfor entreprenør og i forhold til en kjøper 2 i videresalgstilfellene. Det vil i det følgende gjøres rede for grensedragningen.

2.3.1 KJØPER 1`S POSISJON VED VIDERESALG

Problemstillingen er hvorvidt kjøper 1 ved videresalg kan anses som forbruker eller næringsdrivende rettslig sett.

Bustadoppføringslova oppstiller ikke noen rettslig regulering av spørsmålet utover definisjonen gjengitt over.

I forarbeidene til bustadoppføringslova fremgår det at det kan oppstå tilfeller der en næringsdrivende selger videre boliger uten at dette er en del av hans vanlige virksomhet.⁹ Eksemplet som benyttes av utvalget er tilfellet hvor en næringsdrivende har bestilt bygging av personalboliger, men selger boligene videre på grunn av endrede planer. Dette anses som ledd i næringsvirksomhet. Utvalget tar imidlertid ikke stilling til om en forbruker automatisk skal regnes som næringsdrivende der han selger en eller flere kontrakter videre. Uttalelsen slår bare fast at en (allerede) næringsdrivende også vil være næringsdrivende dersom han selger en kontrakt på bolig utenfor hans vanlige virksomhet. Forarbeidene gir derfor ikke svar på hvorvidt en person i egenskap av å være forbruker i henhold til den

⁹ NOU 1993:20 s. 45

opprinnelige kjøpsavtale skal anses som næringsdrivende der han selger en eller flere kontrakter på bolig videre.

Verken bustadoppføringslova eller forarbeidene angir et klart grenseskille mellom forbrukeraktivitet og aktivitet som skal anses som næringsvirksomhet.

Det kan derfor være hensiktsmessig å undersøke andre kilder som veiledning i spørsmålet.

Forbrukerbegrepet i norsk lovgivning har i stor grad vært påvirket av EU-direktiver.¹⁰ I den norske oversettelsen av forbrukerkjøpsdirektivet, artikkel 1 nr. 2 bokstav a, fremgår det at forbruker defineres som:

”enhver fysisk person som i forbindelse med avtaler som faller inn under dette direktiv, handler for formål som ikke er knyttet til vedkommendes yrkes- eller forretningsvirksomhet”.

Definisjonen gir heller ikke anvisning på annet enn at det må foretas en konkret helhetsvurdering ved avgjørelsen av formålet.

Forbrukerdefinisjonen i bustadoppføringslova ble endret da forbrukerkjøpsloven trådte i kraft i 2002. Definisjonen har identisk innhold i de to lovene og kan derfor tolkes på samme måte. I lovkommentaren til forbrukerkjøpslovens § 1 fremgår det at dagens levestandard og inntektsforhold tilsier at et investeringsformål med anskaffelsen ikke er nok til frata kjøpet dets preg av forbrukerkjøp. Det er først når anskaffelsene får preg av systematisk erverv med henblikk på organisert videresalg at man er utenfor det som forbrukerkjøpsreglene skal verne om.¹¹ Tilnærmingen bør etter mitt syn også kunne legges til grunn i forbindelse med grensedragningen under bustadoppføringslova.

¹⁰ Ot.prp.nr.44 (2001-2002) s. 42

¹¹ Norsk Lovkommentar til forbrukerkjøpsloven § 1, note 10

I lovkommentaren til bustadoppføringslova § 2 fremgår det at endringen av forbrukerdefinisjonen da den nye forbrukerkjøpsloven ble vedtatt muligens innebar en utvidelse av virkeområdet til bustadoppføringslova slik at avtaler om bolig som skal selges eller leies ut, uten at dette har et slikt omfang at det kan regnes som næringsvirksomhet, ble omfattet.¹² Med reservasjon for den forsiktighet som legges til grunn i lovkommentaren, kan man av dette utlede at det ikke er meningen å klassifisere ethvert videresalg som næringsvirksomhet.

I skatteretten er det oppstilt noen kriterier på hvordan skillet mellom næringsinntekt og kapitalinntekt skal trekkes. Overføringsverdien har dermed sine begrensninger, men i tråd med at man ikke har andre retningslinjer innenfor kontraktsretten kan argumentene som fremkommer i skatteretten også kunne ha betydning for grensedragningen på forholdet forbruker – næringsdrivende.

I Lignings-ABC 2006 fremgår det at ligningspraksis legger til grunn at utleie av 5 leiligheter eller mer til boligformål er næringsinntekt.¹³ Skattedirektoratet har i forbindelse med denne grensedragningen kommet med en bindende forhåndsuttalelse hvor det fremgår at grensen for utleie, også gjelder for salg av boliger.¹⁴ Direktoratet hevder at et høyt aktivitetsnivå knyttet til salg av leilighetene vil være et moment som taler for at det foreligger virksomhet, mens et lavt aktivitetsnivå trekker i retning av passiv kapitalforvaltning.

Spørsmålet videre er om det kan legges til grunn at grensen for næringsvirksomhet i skatteretten også gjelder for en kjøper 1 ved videresalg.

Uttalelsen og lignings-ABC er myntet på problemstillinger innenfor skatteretten. Rettsreglene på skatterettens område og kontraktsretten har ulike hensyn og rettsområdene er forskjellige. I prinsippet er det dermed ikke grunnlag for automatisk å anse kjøper 1 som

¹² Norsk Lovkommentar til bustadoppføringslova § 2, note 16

¹³ Lignings-ABC 2006 punkt 3.3.11 s. 763

¹⁴ Skattedirektoratet, BFU 01/07. 02.02.07

næringsdrivende i bustadoppføringslovas forstand. Det er imidlertid ikke trukket noen direkte grenser for begrepet næringsdrivende i kontraktsretten. Dette skaper inkonsekvens og uforutsigbarhet for de involverte parter. Det kan derfor argumenteres for at grenseskillet oppstilt i skatteretten også bør kunne overføres til bustadoppføringslovas virkeområde, eventuelt til annen kontraktsrettslig lovgivning. En slik anvendelse kan være med på å sikre konsekvens og forutsigbarhet for partene i videresalgstilfellene.

På den annen side er det mulig man kan se hensynet bak forbrukerbestemmelsen dit hen at det ikke er meningen å gi forbrukere som opptrer på en inntektsgivende måte samme beskyttelse som andre forbrukere. Det kan derfor argumenteres for at så lenge bakgrunnen for investeringen er å hente ut gevinst(er) vil det måtte anses som næringsvirksomhet.

2.3.2 AVVEINING

Skatterettens grensdragning på 5 boliger er etter mitt syn en for høy terskel. Ved salg av 5 kontrakter på bolig er aktiviteten betydelig og det er vanskelig å argumentere for at forholdet ikke er *"hovudsakleg (...) ledd i næringsverksemd"*, jfr. bustadoppføringslovas § 2.

På den annen side kan det være grunnlag for å hevde det vil være å trekke begrepet næringsvirksomhet for langt hvor videresalget kun består av en eller to kontrakter på bolig. Aktiviteten er av mindre omfang og formålet med videresalget behøver ikke nødvendigvis å kun være inntjening, andre hensikter/forutsetninger kan også være tilstede.

Etter min mening kan det oppstilles en grense på 2-3 videresalgstilfeller, avhengig av en konkret vurdering, før en forbruker anses å handle som ledd i næringsvirksomhet.

Bustadoppføringslovas anvendelse vil derfor avhenge av hvorvidt kjøper 1 kan regnes som næringsdrivende eller forbrukere.

3 AVTALE OM KJØP AV BOLIG ELLER RETTIGHET TIL BOLIG?

3.1 INNLEDNING

Dette er et spørsmål om det ved videresalg av kontrakt om kjøp av bolig fra kjøper 1 til kjøper 2 skjer en overdragelse av bolig eller om det er en kontraktsposisjon som overdras.

Når videresalget finner sted er ikke boligen ferdigstilt, det kan være et prosjekt som foreløpig kun er på tegnebrettet eller man kan ha kommet lenger i byggeprosessen. Det kan derfor diskuteres hvorvidt det er en kontraktsposisjon, det vil si en rett til i fremtiden å erverve en bolig, eller om det er en bolig som er gjenstand for overdragelse. Drøftelsen nedenfor vil vise at dette er et spørsmål som har stor betydning for om det er bustadoppføringslova eller kjøpsloven som skal regulere forholdet kjøper 1 – kjøper 2.

Det er viktig å presisere innledningsvis at lovgiver ikke har tatt noen eksplisitt stilling til spørsmålet, ei heller ikke vært oppe til avklaring i domstolene og løsningen derfor må bero på en nærmere vurdering hvor de ulike rettskildefaktorene må veies mot hverandre.

Jeg tar ikke utgangspunkt i hva som beskrives som avtaleobjekt i en typisk kjøpekontrakt da disse kan være av forskjellig art.

3.1.1 LOVTEKST

Bustadoppføringslova har ingen direkte bestemmelser om hvorvidt avtaler om videresalg skal underlegges loven. Det må derfor drøftes om en tolkning av anvendelsesbestemmelsen gir nærmere anvisning på spørsmålet.

Bustadoppføringslovas virkeområde er som tidligere nevnt, jfr. § 1, første ledd:

”avtalar (...) om oppføring av ny eigarbustad”

Det kan hevdes at kjøper 1 kun transporterer en kontrakt videre og således ikke skal oppføre noen bolig for kjøper 2. Tolker man bestemmelsen på ordet, tilsier det at videresalgstilfellene faller utenfor virkeområdet til bustadoppføringslova, jfr. § 1. Videre er det et moment at boligen ikke er ferdigstilt på tidspunktet for videresalget. Det kan da sies at kjøper 2 reelt sett kun overtar en kontrakt hvor han gis en rett til den fremtidige bolig og ikke at det overdras en bolig. En slik forståelse innebærer at det er rettighetene og pliktene etter avtalen som er selve overdragelsesgjenstanden, mens boligen vil være det underliggende objekt.

3.1.2 FORARBEIDENE

Forarbeidene til bustadoppføringslova gir heller ikke noen direkte anvisning på hva som er overdragelsesgjenstand og dermed riktig lovanvendelse ved videresalg.

I forhold til ufravikelighetsbestemmelsen i bustadoppføringslova § 3 uttales det i forarbeidene:¹⁵

”Skal lova kunne gje eit effektivt vern for forbrukarene, må regelen vera at føresegnene ikkje skal kunne fråvikast til skade for forbrukaren. Dette er vanleg i forbrukarlovgeving.”

Uttalelsen er imidlertid generell og vil i utgangspunktet ikke innebære mer enn at det er et argument i retning av at loven bør gis et utvidet anvendelsesområde og dermed også gjelde på forholdet kjøper 1 - kjøper 2. Det er derimot ikke klart at dette tilsier at kjøper 1 overdrar en bolig og ikke en kontraktsposisjon.

¹⁵ NOU 1992:9, s. 29

Neste steg er derfor å se om man kan hente støtte på andre lovområder.¹⁶

I forarbeidene til eiendomsmeglingsloven av 1989 drøftes det hva som faller inn under begrepet ”omsetning av fast eiendom” i § 1-1.¹⁷ Regnes noe som omsetning av fast eiendom vil eiendomsmeglingsloven komme til anvendelse.

Utvalgets syn er at avtale om erverv av bolig ikke kan anses som omsetning av fast eiendom og derfor faller utenfor eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde. Dette kan trekke i retning av at videresalgstilfellene ikke dreier seg om en overdragelse av avtale om bolig.

I lovforarbeidene til den nye eiendomsmeglingsloven av 2007 uttales det motsetningsvis:¹⁸

”Omsetning av avtaler om erverv av fast eiendom, for eksempel omsetning av avtale om kjøp av leilighet i et bygg under oppføring, er blitt mer vanlig i den senere tid. Tilsvarende gjelder for avtaler om kjøp av atkomstdokumenter til en eiendom, for eksempel borettslagsandeler. Spørsmålet har ikke tidligere vært satt på spissen, men etter departementets vurdering må mellommannsvirksomhet knyttet til slik omsetning anses som eiendomsmegling.”

Jeg finner det mest hensiktsmessig å legge til grunn eiendomsmeglingsloven av 2007 som gjeldende rett selv om loven trer i kraft først fra 01.01.08.

Departementets syn i forarbeidene er at omsetning av avtale om erverv av fast eiendom faller inn under begrepet *omsetning av fast eiendom* i eiendomsmeglingsloven av 2007 § 1-2, annet ledd. Det er utviklingen i boligmarkedet som har ført til at departementet har innsett behovet for å regulere meglervirksomheten i tilknytning til avtaler om erverv av fast eiendom.

¹⁶ Se drøftelsen i pkt. 7 for en nærmere vurdering av begrepet ”omsetning av fast eiendom”

¹⁷ NOU 1987:14 s. 46-47 og Ot.prp. nr. 59 (1988-89) s. 9

¹⁸ Ot.prp.nr.16 (2006-2007) s. 19-20

Der megler bistår ved videresalg av kontrakt på bolig, skal altså eiendomsmeglingsloven av 2007 komme til anvendelse.

En mulig tilnærming er å se uttalelsen i forarbeidene dithen at departementet vurderer salg av avtaler om erverv av fast eiendom som en rett til bolig og ikke bare en rettighet.

På den annen side drøfter ikke forarbeidet nærmere hva som er selve objektet for overdragelse ved videresalg. Det drøftes heller ikke om bustadoppføringslova kommer til anvendelse i første omgang. Når det ikke blir tatt stilling til spørsmålet skal man være forsiktig med å utlede mer enn det som står. Dette gir i seg selv en reservasjon for å konkludere med at vidersalgskontraktene faller inn under bustadoppføringslova.

Eiendomsmeglingsloven og dens forarbeider er heller ikke ment å dekke bustadoppføringslova. Videre er formålet og hensynene annerledes bygget opp i de respektive lovene, nettopp fordi de er myntet på ulike rettsområder. Det er også et argument at man skal være varsom med å tolke utvidende når man befinner seg på såpass ulikartede rettsområder.¹⁹

3.1.3 ANDRE KILDER

På bakgrunn av annonsering og salgsoppgaver er det Kredittilsynets erfaring i Rundskriv 9/2007 at det er boligen og ikke rettigheten som er gjenstand for formidlingen der kontrakten selges videre.²⁰ Videre hevder Kredittilsynet at fremgangsmåten ved videresalget tilsier at en kjøper 2 må anses å ha inngått en avtale om kjøp av bolig og ikke rettighet til boligen. Denne oppfatningen baseres på at det erfaringsmessig fremgår av

¹⁹ Eckhoff, Rettskildelære, 3. utgave s. 105

²⁰ Kredittilsynets rundskriv 9/2007 08.03.07, Eiendomsmeglers plikter ved formidling av nye boliger/boliger under oppføring

budskjema at kjøper inngir bud på boligen med den totale kjøpesum, hvor mellomlegget mellom kjøpesummen i kontrakten med entreprenør og den oppnådde kjøpesummen ved videresalget fremstår som forskudd. Tilsvarende fremkommer av meglers journaler, hvor formidlingen er omsetningsført med den totale kjøpesummen (kjøpesummen i kontrakten med entreprenør pluss påslaget til kjøper som videreselger), uten at det er gjort særskilt anmerkning når det gjelder type formidling. I skjøtet fremkommer det totale vederlag som kjøper 2 har gitt for boligen.

Kredittilsynet påpeker altså i rundskrivet at det er to momenter som tilsier at kjøper 2 skal anses for å ha inngått avtale om bolig etter videresalget.

Det ene er at formidlingen, via annonser og salgsoppgave, gir uttrykk for at det er boligen som sådan som er gjenstand for overdragelse. Dette kan etter mitt syn ikke ha betydning for spørsmålet om det er en kontraktsposisjon eller en bolig som overføres. En ting er at kjøper 2 kan bli villedet med hensyn til hva kontraktsobjektet i realiteten er, men at markedsføringen skal tilsi at bustadoppføringslova skal komme til anvendelse stiller jeg meg heller tvilende til. At markedsføringen gir uttrykk for det er en bolig som overdras er etter min mening ikke mer enn en nødvendig konsekvens av kontraktens underliggende forhold og det faktum at det ikke er mulig å løsrive salget av kontrakten helt fra boligen.

Det er selve fremgangsmåten ved videresalget som innbyr til en diskusjon om hva som i realiteten er gjenstand for overdragelsen. Problemstillingen kan utledes både fra Kredittilsynets uttalelser og den usikkerhet som tilsynelatende rår i eiendomsbransjen på grunn av manglende rettslig regulering.²¹

²¹ Stig Bech "Kredittilsynets uttalelser – salg av kontraktsposisjon med rett til kjøp av nyoppført leilighet", artikkel gjengitt i Eiendomsmegleren 04-2006 s. 24-25, opprinnelig trykket i "Dagens eiendom", Karl Rosen Tidsskrift for Eiendomsrett – 2006 – Nr 01, "Transport av kontraktsposisjon i eiendomsprosjekter, noen rettslige utgangspunkter inter partes og for meglerens rettslige stilling"

Jeg bemerker at uttalelsen i utgangspunktet gjelder forhold tilknyttet eiendomsmeglingsloven.²² Dette innebærer i seg selv en reservasjon for rettslige problemstillinger oppstilt under bustadoppføringslova. Videre bør en ha i bakhodet at vekten av slike uttalelser kan ha sine begrensninger. Et særtrekk ved forvaltningen er at de ulike organer har hver sine spesielle målsetninger. Slike målsetninger får ofte større gjennomslagskraft i forvaltningen enn de juridiske idealer og allsidige rimelighetssyn som ellers preger domstolenes virksomhet.²³ Uttalelsen bærer også preg av å være noe ”overfladisk” i form av at den ikke tar fullstendig stilling til tolkningen av kontraktslovgivningen, herunder bustadoppføringslovas anvendelse. På den annen side fører Kredittilsynet kontroll med eiendomsmeglerbransjen.²⁴ De er derfor godt innvidd i de problemstillinger som oppstår i forbindelse med eiendomstransaksjoner og kan derfor sies å være en relevant informasjonskilde å kommentere rettspørsmål utifra.

Uttalelsen fra Kredittilsynet har blitt møtt med skepsis fra sentrale aktører i eiendomsbransjen. Advokat Stig Bech hevder i en artikkel at jurister og eiendomsmeglere i bransjen ser det som selvsagt at det er en kontraktsposisjon som overdras og behandler derfor salget deretter.²⁵

3.1.4 REELLE HENSYN/AVVEINING

Argumentene nevnt over viser ikke en klar løsning på spørsmålet om det er salg av kontraktsposisjon eller salg av bolig som er realiteten. På den ene siden taler ordlyden i bustadoppføringslova og det faktum at kontrakten kan hevdes å ikke være mer enn en rett

²² Kredittilsynets hjemmeside: www.kredittilsynet.no. Tilsynets oppgave er å føre kontroll med at aktører som driver eiendomsmegling handler i samsvar med kravene som følger av lov og forskrift. Det er eiendomsmeglingsloven som er tilsynets ansvarsområde. Kredittilsynet er også tillagt forvaltnings- og utredningsoppgaver samt regelverksarbeid.

²³ Eckhoff, Rettskildelære, 3. utgave s. 191

²⁴ Jfr. lov om eiendomsmegling av 29.juni 2007 nr. 73 § 8-1

²⁵ Stig Bech ”Kredittilsynets uttalelser – salg av kontraktsposisjon med rett til kjøp av nyoppført leilighet”, artikkel gjengitt i Eiendomsmegleren 04-2006 s. 24-25, opprinnelig trykket i Dagens eiendom.

til bolig da den ikke er ferdigstilt på overdragelsestidspunktet, i retning av at videresalget ikke faller inn under loven. Bustadoppføringslova er relativt ny og lite utredet, forarbeidene tar ikke direkte stilling til spørsmålet og det foreligger heller ikke rettspraksis om problemet. Dette taler for at ordlyden skal tolkes bokstavelig på bakgrunn av den alminnelige rettskildelære. Videre kan man hevde at det med bakgrunn i utsagn i juridiske artikler,²⁶ synes å være en innarbeidet praksis/kutyme blant aktørene i eiendomsmarkedet at det er en kontraktsposisjon som overføres.²⁷

På den annen side kan det stilles spørsmålstegn ved om forholdet skifter noen form for karakter. Ved videresalg trer kjøper 2 inn i den opprinnelige kjøpskontrakten mellom entreprenør og kjøper 1. Det kan hevdes at overdragelsen ikke innebærer noen annen realitetsendring enn at entreprenør får en annen motpart å forholde seg til frem mot ferdigstillelse og at avtalens innhold skal i utgangspunktet forbli det samme, uavhengig av overdragelsen. Siden forholdet opprinnelig falt inn under bustadoppføringslovas virkeområde, kan det stilles spørsmålstegn ved om forholdet endrer såpass karakter etter en overdragelse at bustadoppføringslova ikke lenger gjelder.

Et annet aspekt er forbrukervernet som er oppstilt i bustadoppføringslova § 3:

”Det kan ikkje avtalast eller gjerast gjeldande vilkår som er dårlegare for forbrukaren enn det som følgjer av føresegnene i lova her”.

Dersom videresalgstilfellene ikke faller inn under virkeområdet i bustadoppføringslova, vil heller ikke forbrukervernet i § 3 gjelde. I avtalen mellom kjøper 1 og entreprenør nyter kjøper 1 godt av at de ufravikelige reglene. Spørsmålet er da om forbrukerhensynet tilsier

²⁶ Stig Bech, ”Kredittilsynets uttalelser – salg av kontraktsposisjon med rett til kjøp av nyoppført leilighet”, artikkel gjengitt i Eiendomsmegleren 04-2006 s. 24-25, opprinnelig trykket i ”Dagens eiendom”, Kredittilsynets rundskriv 9/2007 08.03.07, Eiendomsmeglers plikter ved formidling av nye boliger/boliger under oppføring.

²⁷ Hvis en kutyme/handelsbruk er innarbeidet i vedkommende bransje, og den ikke virker urimelig etter avtalelovens § 36 pleier domstolene å følge den. Det gjelder særlig hvis den regulerer et spørsmål som ikke er løst ved lov - Knoph, Oversikt over Norges Rett, 12 utgave, s. 21. Det må dog tas reservasjon for det forhold at uttalelsen skriver seg fra juridiske artikler i eiendomsblad.

at bustadoppføringslovas regler også burde gjelde for kjøper 2 i forhold til kjøper 1. Grunnlaget for en slik tanke kan for det første bero på at bustadoppføringslova bør gis et utvidet anvendelsesområde og tolkes analogisk på videresalgskontrakter. For det andre kan det virke urimelig at kjøper 2 ikke skal kunne ha det samme vernet som kjøper 1 har etter bustadoppføringslova.

Uttalelsene i forarbeidene til ny eiendomsmeglingslov og Kredittilsynets rundskriv kan også tilsi at objektet ved videresalget er boligen som sådan.

Svaret på spørsmålet er alt annet enn klart. Rettskildefaktorene trekker i hver sin retning og det kan argumenteres for og i mot.

Det som fremstår som mest avgjørende er at forholdet ikke faller naturlig inn under bustadoppføringslovas anvendelsesområde. § 1 omhandler som tidligere nevnt avtale om oppføring av bolig. Det er forholdet mellom kjøper 1 og kjøper 2 som er det avgjørende for spørsmålet og kjøper 1 kan vanskelig anses å ha ansvaret for selve oppføringen av boligen. Ordlydsfortolkningen må tillegges vekt, særlig der det ikke finnes sterke holdepunkter som sier noe annet.²⁸ Et annet vesentlig poeng er at boligen ikke er ferdigstilt og videresalget kan skje allerede mens boligen fortsatt er på planleggingsstadiet. Det kan da vanskelig anses å være en avtale om bolig som inngås mellom kjøper 1 og kjøper 2. Det er mer naturlig å forstå at avtalen innebærer en rett for kjøper 2 om å erverve boligen i fremtiden og derfor at det er en kontraktsposisjon som overdras.

Å argumentere for at forbrukervernhensynet skal tilsi anvendelse av bustadoppføringslova vil kanskje være å overstyre lovens ordlyd. Visst er hensynet til forbruker sentralt, men at dette skal føre til at realiteten etter avtalen må endres synes tvilsomt. Selv om bustadoppføringslova gir en forbrukerkjøper spesielle rettigheter, vil forholdet der det faller

²⁸ Alminnelig rettskildelære tilsier at lovbestemmelsen er bindende, og så lenge det finnes en relevant lovbestemmelse, er den det naturlige utgangspunkt - Knoph, Oversikt over Norges rett, 12 utgave, s. 6

utenfor bustadoppføringslova, kunne bli regulert av annen formell kontraktslovgivning hvor forbrukerens rettigheter også til dels er ivaretatt.²⁹

Fremstillingen vil senere vise at kjøper 2 vil oppnå et (visst) kjøpsrettslig vern på bakgrunn av reglene oppstilt i kjøpsloven eller forbrukerkjøpsloven, avhengig av partsstillingen og avtaleinnholdet.

3.1.5 OPPSUMMERING/KOMMENTAR

Konklusjonen er usikker, men det synes mest nærliggende å anse videresalget mellom kjøper 1 og kjøper 2 som salg av kontraktsposisjon og da med den følge at bustadoppføringslova ikke kommer til anvendelse på dette forholdet.

Avslutningsvis kan det nevnes at for en kjøper 2 er det ikke automatisk sagt at han/hun ser på overdragelsen som en rett til boligen. Rent psykologisk vil nok de aller fleste av oss anse kjøpet som en avtale om bolig, ikke rett til bolig. Det bør derfor fremgå av kontrakten, eller ved hjelp av utfyllende informasjon, at det er rettighetene og pliktene som overdras, ikke selve boligen. At en kjøper skal gjøres fullstendig klar over de formelle omstendighetene bør etter mitt syn være et minstekrav.

Stig Bech hevder i sin artikkel at utfordringen ligger i at meglere og salgspartene sørger for at kjøper 2 er fullstendig opplyst om hva som er salgsobjekt og hvilke følger det har.³⁰

Det kan også argumenteres for at bustadoppføringslova bør utvides til også å gjelde videresalgstilfellene. En annen mulighet er at domstolene trekker opp linjene for analogisk anvendelse av bustadoppføringslova på videresalgstilfellene. Økning i videresalgstilfellene og usikkerheten rundt anvendelsen av loven tilsier at forholdet bør reguleres gjennom klar

²⁹ I forarbeidene til forbrukerkjøpsloven, NOU 1993:27 punkt 2.3.3 s. 41, var et av formålene å regulere grensene mellom bustadoppføring lova, kjøpslovene, avhendingslova og håndverkertjenesteloven. Av uttalelsen fremgår det at meningen er at andre lover skal gjelde der forbrukerkjøpsloven ikke kommer til anvendelse. Synspunktet kan etter mitt syn legges til grunn også i forhold til bustadoppføringslova.

³⁰ Se ”Kredittilsynets uttalelser – salg av kontraktsposisjon med rett til kjøp av nyoppført leilighet”, artikkel gjengitt i Eiendomsmeglere 04-2006 s. 24-25, opprinnelig trykket i ”Dagens eiendom”

og ensartet lovgivning. Frem til nå viser drøftelsen over at man på området mangler klare holdepunkter for gjennomførelsen av salgsprosessen og at det kan oppstå sammenblandinger av ulike overdragelsesvarianter. Dette kan øke faren for tvister partene i mellom.

Det blir i det følgende bli lagt til grunn at det er en kontraktsposisjon som overdras fra kjøper 1 til kjøper 2.

4 **SALGSADGANG**

4.1 **INNLEDNING**

Dersom salgsadgang ikke er regulert i kontrakten er det et grunnleggende spørsmål om kjøper 1 har rett til å selge sin kontraktsposisjon til kjøper 2.

Bustadoppføringslova har ingen regulering av videresalgstilfellene. Jeg vil derfor i det følgende se på den øvrige kontraktsrettslige lovgivningen for å undersøke om salgsadgang av kontraktsposisjoner er regulert der.

Avtalefriheten innenfor kontraktsretten gir partene frihet til å avtale seg i mellom, om og hvordan overdragelse av kontrakten skal skje. Overdragelsen kan også være regulert i form av en henvisning til bestemte standardvilkår på området.³¹

Generelt vil de ulike kontraktsrettslige prinsippene som utledes fra lovgivning, praksis og teori kunne ha overføringsverdi til andre områder enn de er ment å dekke. Problemene som oppstår innenfor kontraktsretten har i mange tilfeller betydelige fellestrekk og kan derfor

³¹ Jusleksikon, Kunnskapsforlaget, 2. utgave.

løses på bakgrunn av dette. Prinsippene må ikke nødvendigvis anvendes direkte, men kan benyttes som nyttig veiledning for hvordan spørsmålet må løses. Sentralt er ønsket om å til enhver tid finne de beste løsninger. Dette gjennomføres ofte ved å bruke ensartede og forutberegnelige prinsipper.

Ved rettsspørsmål på uregulerte områder kan det i mange tilfeller oppstilles generelle regler.

Det er antatt at man ved mangel på utfyllende regler kan søke veiledning i den alminnelige rettskildelæren om hvilken fremgangsmåte som bør følges for å finne løsningen. Innenfor den kontraktsrettslige lovgivningen vil man på bakgrunn av rettskildelæren stort sett finne gode holdepunkter for å løse uklare eller ufullstendige regelverk.³²

I rettspraksis vises det ofte til alminnelige kontraktsrettslige regler. Disse reglene er sammenfattede reguleringer eller legislative synspunkter som er anerkjente på mange viktige områder av kontraktsretten. Når disse synspunktene og reglene har større utbredelse fungerer de som en rettesnor ved regelvalget på områder hvor man savner fastlagte utfyllingsregler. Hensynet til konsekvens og harmoni tilsier at rettsanvenderne benytter seg av de alminnelige kontraktsrettslige reglene.³³

4.2 OVERDRAGELSE AV RETTIGHETER OG PLIKTER

Hjemmel for salg av kontrakt må søkes løst ved alminnelig avtaletolkning. Hva som overdras vil variere etter avtalens innhold. Det kan være at det er kun selgers rettigheter som overdras eller at erverver også skal overta de plikter som påhviler selger.

Normalt vil både rettigheter og plikter overdras. Jeg forutsetter at kjøper 1's intensjon er å tre ut av kontrakten med entreprenør ved å overføre alle rettigheter og plikter til kjøper 2.

³² Knophs Oversikt over Norges rett, 11 utg. s. 294

³³ Knophs Oversikt over Norges rett, 11 utg. s. 298

4.2.1 SALG AV RETTIGHETER ETTER KONTRAKTEN

Utgangspunktet er at rettigheter etter en kontrakt kan selges eller overføres. Dette har sin bakgrunn i den allmenne regel om at formuesrettigheter kan overdras ved private disposisjoner, herunder salg.³⁴

En rettighet etter en uoppfylt kontrakt kan betegnes som en fordring. Fordringer kan overdras på samme måte som andre formuesgjenstander.³⁵

Hov gir uttrykk for at en av hovedgrunnene til at det foreligger en stor grad av frihet for overdragelse av rettigheter har sammenheng med at en overdragelse ikke legger økte forpliktelser på den forpliktete.³⁶

4.2.2 SALG AV FORPLIKTELSER ETTER KONTRAKTEN

Det er alminnelig antatt at det ikke er adgang til å selge sine plikter uten samtykke.³⁷ Grunnlaget for dette finner man i prinsippet om at en skyldner i sin alminnelighet, ved å få en annen til å stille seg som debitor i sitt sted, ikke kan slippe fri sin forpliktelse uten kreditors samtykke.³⁸

Hensynet bak en slik oppfatning er i følge teorien at det ikke er ønskelig at kreditor er prisgitt den ”stedfortreder” som debitor stiller. En skyldner vil fortsette å hefte for sine forpliktelser selv om disse blir overdratt til en annen.³⁹

³⁴ Knophs Oversikt over Norges rett, 12 utg. s. 34 og 164

³⁵ Knophs oversikt over Norges rett, 11. utg. s. 182

³⁶ Hov, Avtalebrudd og partsskifte, s. 248

³⁷ Hov, Avtalebrudd og partsskifte, s. 246

³⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 841

³⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 841

I Principles of European Contract Law, art. 12: 101 forutsettes prinsippet om at debitor ikke kan bli fri sitt ansvar bare ved å stille en annen i sitt sted:⁴⁰

- (1) A third party may undertake with agreement of the debtor and the creditor to be substituted as debtor, with the effect that the original debtor is discharged.*
- (2) A creditor may agree in advance to a future substitution. In such a case the substitution takes effect only when the creditor is given notice by the new debtor of the agreement between the new and the original debtor.*

Overfører man dette til oppgavens tema innebærer det at kjøper 1 ikke automatisk kan fri seg fra sitt ansvar i kontraktsforholdet med entreprenør ved å få kjøper 2 til å overta sine forpliktelser i henhold til den opprinnelige avtalen med entreprenør. Den viktigste forpliktelsen er betalingen av vederlaget for boligen overfor entreprenør. Denne forpliktelsen faller som utgangspunkt ikke bort selv om kjøper 1 og kjøper 2 gjør avtale om at det er kjøper 2 som skal svare for vederlaget overfor entreprenør.

4.2.3 KRAV OM SAMTYKKE

Det rettslige utgangspunkt ved salg av kontrakt på bolig er således at kjøper 1 må ha samtykke fra entreprenør for å overføre sin kontraktsposisjon. Dette gjelder såfremt det ikke foreligger kontraktsregulering av adgangen til videresalg i kontrakten.

I senere tid har de ulike problemstillingene rundt nettopp videresalgstilfellene ført til at særlig større nybyggprosjekter har oppføringsavtaler som nekter en kjøper 1 å videreselge sin kontraktsposisjon videre. For å spare entreprenørene og meglerene for eventuelle problemer er kontraktene oppstilt med et forbud mot videresalg frem til ferdigstillelse. Dette har blant annet skjedd i nybyggprosjektene på Tjuvholmen.⁴¹

⁴⁰ PECL gir uttrykk for et felleseuropeisk grunnsyn på kontraktsrettslige spørsmål og anses å ha betydning for norsk obligasjonsrett - Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 63

⁴¹ Standard kjøpekontrakt i Tjuvholmen-prosjektet som jeg har fått tilgang til.

5 RETTSVIRKNINGENE AV VIDERESALGET

Det vil i det følgende bli gjort rede for rettsvirkningene i forholdet entreprenør – kjøper 2, kjøper 1 – kjøper 2, og kjøper 1 – entreprenør etter at kontrakten er videretransportert.

5.1 FORHOLDET ENTREPRENØR – KJØPER 2 VED VIDERESALG

5.1.1 REGULERER BUSTADOPPFØRINGSLOVA FORHOLDET?

Etter at kontrakten er overdratt fra kjøper 1 er spørsmålet om bustadoppføringslova gjelder på forholdet entreprenør – kjøper 2.

Kjøper 2 trer inn i kontrakten på lik linje med den posisjon som kjøper 1 hadde før overdragelsen. Det kan hevdes at dette innebærer at kjøper 2 sin posisjon overfor entreprenør er den samme som den kjøper 1 hadde før videresalg. Den eneste forskjellen i så måte er at entreprenør mottar vederlag for boligen fra kjøper 2 i stedet for kjøper 1 og samtidig får en annen part å prestere sin ytelse overfor. Når kjøper 2 trer inn i kontrakten, uavhengig av tidspunkt, vil den opprinnelige kjøpsavtalens innhold fortsatt være retningsgivende for partene.⁴² Hadde kjøper 2 kjøpt direkte av entreprenør på samme tidspunkt som han kjøper av kjøper 1, ville det uansett vært en kontrakt etter bustadoppføringslova (såfremt kjøper 2 er forbruker). Det kan også hevdes at entreprenørs samtykke til videresalg er en rettslig disposisjon som innebærer at han godtar kjøper 2 som part i avtalen basert direkte på bustadoppføringslova. Dette trekker i retning av at forholdet

⁴² Gjeldsbrevsloven § 25 – se om dette i pkt. 5.1.2

mellom entreprenør og kjøper 2 fortsatt skal være regulert av bustadoppføringslovas bestemmelser.

Advokat Pål Grønnæss anser også forholdet entreprenør – kjøper 2 til å falle innunder bustadoppføringslova, dog i et upublisert foredrag.⁴³

5.1.2 VIRKNINGEN AV BUSTADOPPFØRINGSLOVAS ANVENDELSE

At bustadoppføringslova kommer til anvendelse medfører at kjøper 2 i utgangspunktet har de samme rettigheter og plikter overfor entreprenør som det kjøper 1 hadde.

I samsvar med regelen i Gjeldsbrevloven § 25, kan kjøper 1 ikke overføre større rett enn han selv har og følgelig vil kjøper 2 motta ytelsen slik den er beskrevet i kontrakten.⁴⁴

Dette innebærer for eksempel at dersom kjøper 1 før overdragelsen hadde bestilt endrings- eller tilleggsarbeider i medhold av bustadoppføringslova § 9, må kjøper 2 overta kontrakten med disse endringene. Dersom det er fastsatt begrensninger på tilleggs- eller endringsarbeid i kontrakten må kjøper 2 også respektere dette.

Videre er garantibestemmelsene i bustadoppføringslova særlige rettigheter som krever en nærmere kommentar.

Etter bustadoppføringslova § 12 plikter entreprenør å stille bank- eller forsikringsgaranti for oppfyllelsen av sine forpliktelser. I første ledd fremgår det:

⁴³ Seminar, Eiendomsbransjens årlige jusdag 13.09.07, ”Salg av kontraktsposisjoner ved eiendomssalg-særlig i forhold til bustadoppføringslova”.

⁴⁴ Gjeldsbrevlovens kap. 1 og 3 kan med støtte i forarbeidene og rettspraksis anvendes analogisk på pengekrav i sin alminnelighet, Knoph, Oversikt over Norges Rett, 12. utgave s. 332

”Entreprenør skal stille garanti for oppfylginga av avtalen. Ei slik plikt gjeld likevel ikkje dersom ein på avtaletida kan rekne med at vederlaget ikkje vil overstige to gonger grunnsommen i folketrygda.”

Denne garantien er viktig for en forbrukerkjøper da den omfatter krav på tilbakebetaling av vederlag, prisavslag, dagmulkt, erstatning på grunn av forsinkelse, mangel eller brudd på tilleggsplikter, rentekrav og forsinkelsesrenter.⁴⁵ Dersom entreprenøren ikke stiller slik garanti, er kjøper berettiget til å holde tilbake hele kjøpesummen, jfr. § 12, sjette ledd.

Garantien skal i følge femte ledd være en selvskyldnergaranti fra en finansinstitusjon. Etter samme ledd kan entreprenøren deponere et pengebeløp i stedet for å stille garanti. Beløpet må deponeres i en finansinstitusjon som har en selvstendig utbetalingsplikt til forbrukeren der det fremmes et berettiget krav.⁴⁶

Hvis ikke annet er bestemt i garantivilkårene, følger garantien kontrakten ved overdragelse. Dette følger av den alminnelige regel om at en garanti følger med ved overdragelse av den fordring som garantien er knyttet til.⁴⁷

Men garantisten kan ta forbehold om at garantien bare skal gjelde overfor en bestemt erverver, eller at overdragelse av garantien må godkjennes av banken. Slike forbehold anses i følge Bergsåker neppe for å være i strid med § 12 eller andre ufravikelige regler i bustadoppføringslova.⁴⁸ Kjøper 2 må derfor akseptere at garantisten nekter å stille garanti ved en kontraktsoverdragelse.

Jeg stiller meg noe tvilende til Bergsåker sin konklusjon. § 12 er klar i form av at det *skal* stilles garanti for oppfyllelsen av avtalen og dette må antas å gjelde uavhengig av en overdragelse. Jeg stiller derfor spørsmål ved om entreprenør plikter å innhente en annen garantist dersom den opprinnelige garantisten ikke godkjenner kjøper 2.

⁴⁵ Norsk lovkommentar, note (53) til bustadoppføringslova

⁴⁶ Lilleholt og Urbye, Bustadoppføringslova, Avtaledokumenter med kommentarer (2000) s. 18

⁴⁷ Bergsåker, Kjøp av ny bolig s. 70

⁴⁸ Bergsåker, Kjøp av ny bolig s. 71

Det oppstilles også en garantiordning for forskuddsbetaling i bustadoppføringslovas § 47.

Bustadoppføringslovas § 47, andre og tredje ledd lyder som følger:

Ved avtalar som omfattar rett til grunn (§ 1 første ledd, bokstav b), kan det berre avtalast forskotsbetaling etter første ledd dersom betalinga skal skje etter at forbrukaren har fått overført heimelen til eigedomen utan andre hefte enn dei som forbrukaren skal overta, eller det er stilt garanti som nemnd i tredje ledd.

Sjøl om vilkåra i første ledd bokstav a og b ikkje er oppfylte, kan det avtalast at forbrukaren skal betale avdrag mot sjølvskuldgaranti frå ein finanssituasjon som har rett til å tilby slik teneste i Noreg. § 12 fjerde ledd tilsvarande.

Har kjøper 1 betalt forskudd/avdrag til entreprenør, og kjøper 2 har betalt for dette ved videresalget, er spørsmålet om kjøper 2 overtar garantien etter bustadoppføringslova § 47.

§ 47 kommer til anvendelse der kjøper 1 har betalt forskudd til entreprenør. I likhet med garantien etter § 12 er det en alminnelig regel at garantier følger med ved overdragelse av den fordring som garantien er knyttet til.⁴⁹ Kjøper 2 vil derfor som hovedregel overta den garanti som eventuelt er stilt for innbetalt forskuddsbeløp av kjøper 1.

For garanti etter bustadoppføringslova § 12 fremgår det i teorien at finansinstitusjonen kan kreve at garantien bare gjelder overfor en bestemt kjøper eller at overdragelsen av garantien må godkjennes. Hvorvidt dette også gjelder for en kjøper 2 i forhold til bustadoppføringslova § 47 har jeg ikke funnet noen kilder på.

I forhold til forskuddsbetaling kan det hevdes at de strenge kravene oppstilt i § 47 tilsier at det alltid skal foreligge garanti for innbetalt forskudd uavhengig av overdragelse. Kjøper 2 vil betale for det kjøper 1 i sin tid har betalt til entreprenør i forskudd ved overtakelse av kontraktsposisjonen. Det kan derfor anses å være urimelig at kjøper 2 dermed ikke skal ha

⁴⁹ Bergsåker, Kjøp av ny bolig s. 70, jfr. Bergsåker, Pengekravsrett s. 96

sikkerhet på lik linje med den kjøper 1 hadde. Forbrukerhensynet i bustadoppføringslova § 3 kan videre tilsi at en overdragelse ikke bør forrykke retten etter § 47 og derfor bør gjelde uansett. Entreprenør har i så tilfelle en plikt til å sørge for at en finansinstitusjon stiller garanti overfor kjøper 2 for det forskudd han har betalt kjøper 1 for.

5.2 FORHOLDET KJØPER 1 – KJØPER 2 VED VIDERESALG

5.2.1 HVILKEN LOV KOMMER TIL ANVENDELSE PÅ FORHOLDET?

Det er i forholdet kjøper 1 – kjøper 2 at det oppstår flest problemstillinger. For det første tar denne fremstillingen utgangspunkt i at bustadoppføringslova ikke gjelder på forholdet. For det andre er det et spørsmål om kjøper 1 overfor kjøper 2 er ansvarlig for entreprenørs oppfyllelse av kontrakten.

Da forarbeidene til forbrukerkjøpsloven, NOU 1993:27⁵⁰ var ferdig, ble det satt i gang et arbeid for å utrede en ny forbrukerentrepriselov. Formålet med dette arbeidet var blant annet å klargjøre grensene mellom bustadoppføringslova, kjøpsloven, forbrukerkjøpsloven, avhendelsesloven og håndverkertjenesteloven.⁵¹ Det må antagelig kunne legges til grunn at et av hensynene bak dette formålet var de ulike tilfellene som kan oppstå skal være regulert av en eller annen formell lov. Dette innebærer for eksempel at der bustadoppføringslova ikke får anvendelse skal det være en annen lov, eventuelt obligasjonsrettslige prinsipper, som skal regulere forholdet.

Siden bustadoppføringslova ikke får anvendelse er spørsmålet hvilken annen formell lov som skal regulere forholdet kjøper 1 – kjøper 2.

⁵⁰ NOU 1993:27 punkt 2.3.3 s. 42

⁵¹ NOU 1992:9 punkt 1.1 s. 8 flg.

5.2.2 KJØPSLOVENS ANVENDELSE

Kjøpsloven angir i §§ 1 og 2 sitt alminnelige virkeområde. Loven regulerer kjøp for så vidt ikke annet er fastsatt i lov. Forbrukerkjøp, kjøp av fast eiendom og avtale om oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom faller imidlertid utenfor kjøpslovens anvendelsesområde.

Kjøpsloven får anvendelse både på avtaler inngått mellom to profesjonelle parter, og mellom to forbrukere. Det er derfor avgjørende for lovvalget hva slags stilling kjøper 1 og kjøper 2 har i forhold til hverandre.

Avtale om oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom faller som nevnt, utenfor kjøpsloven. Men på bakgrunn av konklusjonen om at det er en kontraktsposisjon som overdras fra kjøper 1 til kjøper 2 er det grunnlag for å hevde at forholdet likevel faller inn under kjøpslovens bestemmelser.

Kjøp er gjenstand for lovens regulering. Det innebærer i utgangspunktet at alt annet enn den negative avgrensingen nevnt over, faller inn under lovens virkeområde. For at et kjøp skal kunne skje må et eller annet overdras. Flere steder i loven benyttes ordet ”*ting*” som den aktuelle gjenstand for kjøp.⁵² I forarbeidene til loven fremgår det at begrepet ”*ting*” også omfatter: ”*overdragelse av verdipapirer, fordringer og andre rettigheter.*”⁵³ Dette innebærer at reglene i kjøpsloven også gjelder for overdragelse av kontraktsposisjon.

⁵² For eksempel Kjøpslovens §§ 17,18

⁵³ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 48

Der kjøper 1 og kjøper 2 er to profesjonelle parter eller to forbrukere er det kjøpslovens bestemmelser som dermed skal legges til grunn.

5.2.3 HVILKET RETTSLIG ANSVAR HAR KJØPER 1 OVERFOR KJØPER 2?

Intensjonen for kjøper 1 ved videresalget er normalt å tre ut av avtaleforholdet med entreprenør.

Et relevant spørsmål i denne sammenheng er om kjøper 1 er fri for ansvar for entreprenørs oppfyllelse av kontrakten ovenfor kjøper 2.

Kjøpsloven § 3 gir anvisning på at det er avtalefrihet og jeg forutsetter her at partene ikke har regulert ansvaret for entreprenørens oppfyllelse i avtalen. Risikofordelingen ved oppgjøret gjøres det rede for i pkt. 6.

I § 1 i kjøpsloven fremgår det at loven gjelder så langt ikke annet følger av annen lovgivning. Siden kjøpsloven ikke gir direkte anvisning på spørsmålet er det derfor adgang til å anvende andre bestemmelser.

Gjeldsbrevloven regulerer fordringer, herunder omsetningsgjeldsbrev, enkle gjeldsbrev og innskuddsbøker. Det er videre en vanlig oppfatning og også stadfestet av domstolene at gjeldsbrevlova får tilsvarende anvendelse på pengekrav i sin alminnelighet.⁵⁴ Det er derfor adgang til å anvende gjeldsbrevslovens bestemmelser på forholdet kjøper 1 – kjøper 2.

I gjeldsbrevlovens § 9 fremgår det at:

”Når nokon avhender eit gjeldsbrev til eige eller pant, svarar han for at kravet er til”.

⁵⁴ Knophs oversikt over Norges rett, 12 utgave, s. 332

Kjøper 1 har etter denne bestemmelse et objektivt ansvar for at kontrakten om entreprenørens oppføring av bolig er eksisterende/til, hvilket innebærer at det er gyldig stiftet og ikke senere bortfalt. Ansvar et omtales gjerne som et veritasansvar og gjelder både for opprinnelige rettsmangler og etterfølgende rettsmangler. Kjøper 1 svarer altså bare for at kontrakten med entreprenør eksisterer. Følgen av dette er at manglende oppfyllelse fra entreprenør, herunder oppføringen, har ikke kjøper 1 rettslig ansvar for.⁵⁵

Et annet ansvar kalt bonitas fremgår av gjeldsbrevlovens § 10:

”Avhendaren svarar berre for at skyldnaren er vederheftig, når han tek det på seg.”

Dette innebærer at Kjøper 1 overfor kjøper 2 ikke svarer for at entreprenør er økonomisk i stand til å gjennomføre kontrakten. Kjøper 2 kan for eksempel ikke heve avtalen med kjøper 1 under henvisning til at entreprenør er ute av stand til å levere, og derfor kreve kjøpesummen tilbake fra kjøper 1.⁵⁶ Dette utgangspunktet gjelder så langt ikke kjøper 1 uttrykkelig har påtatt seg et slikt ansvar. Dersom kjøper 1 gjør det får han samme stilling som en kausjonist.⁵⁷

Hovedregelen er følgelig at kjøper 1 ikke svarer for entreprenørs gjennomføring av kontrakten i forhold til kjøper 2 jfr. gjeldsbrevloven §§ 9 og 10.

5.3 FORHOLDET KJØPER 1 – ENTREPRENØR VED VIDERESALG

Etter at kontrakten er transportert til kjøper 2 vil ikke kjøper 1 lenger stå i et avtaleforhold med entreprenør. Se om dette i drøftelsen i pkt. 6.2.4. Kjøper 2 overtar kjøper 1`s

⁵⁵ Bergsåker, Pengekravsrett, s. 77

⁵⁶ Bergsåker, Pengekravsrett, s. 83

⁵⁷ Bergsåker, Pengekravsrett, s. 83

rettigheter og plikter og vil derfor være entreprenørens kontraheringspart etter at kontraktsposisjonen er overdratt.

6 KJØPER 2`S BETALING TIL KJØPER 1

6.1 INNLEDNING

Dersom kjøper 1 har betalt forskudd til entreprenør i forbindelse med avtaleinngåelsen vil han normalt kreve dette dekket gjennom salgssummen. Videre vil kjøper 1 ofte kreve en gevinst/merverdi fra kjøper 2 ved videresalget dersom det har vært en prisstigning i boligmarkedet.⁵⁸ Dette innebærer at kjøper 2 betaler til kjøper 1 en sum tilsvarende forskuddsbetalingen og merverdien ved avtale om videresalg.

Det synes ikke å være noen risiko for at kjøper 2 taper den delen av kjøpesummen som utgjør forskuddet. Jeg viser i den anledning til drøftelsen i pkt. 5.1.2 hvor det fremgår at entreprenør skal stille garanti på forskuddsinnbetalingen i medhold av bustadoppføringslovas § 47. (Men reservasjon for at garantisten kan nekte at garantien overdras til kjøper 2.) Merverdien har ikke noen betydning for avtalen med entreprenør og er i utgangspunktet ikke sikret i form av garanti eller lignende.

Det problematiske spørsmålet er hvorvidt kjøper 2 risikerer å tape den delen av kjøpesummen som merverdien utgjør dersom entreprenør ikke makter å gjennomføre avtalen på grunn av konkurs eller andre uforutsette grunner.

⁵⁸ Stig Bech, "Kredittilsynets uttalelser – salg av kontraktsposisjon med rett til kjøp av nyoppført leilighet", artikkel gjengitt i Eiendomsmeglere 04-2006 s. 24-25, opprinnelig trykket i "Dagens eiendom".

6.2 HVORDAN KAN MERVERDIEN GÅ TAPT?

Det blir hevdet at kontrakten inngått mellom entreprenør og kjøper 1 vanligvis inneholder bestemmelser om betalingstidspunkt og dermed når hjemmelsoverføring skal skje.⁵⁹ Det kan innledningsvis være hensiktsmessig å gjøre rede for hvilke bestemmelser man skal følge dersom kontrakten ikke regulerer betalingstidspunktet. Jeg legger i det følgende til grunn at det i avtalen med entreprenør ikke er regulert noe nærmere med hensyn til betalingstidspunkt.

I følge bustadoppføringslovas § 46, første ledd skal betaling skje når entreprenør krever dette etter overtakelse. Videre fremgår det av bestemmelsen at entreprenørens krav på betaling ved avtaler som omfatter kjøpekontraktene etter bustadoppføringslovas § 1, første ledd, bokstav b, er betinget av at hjemmelen overføres til kjøperen senest samtidig med betalingen.⁶⁰ I den samme lovens § 55, 2 ledd fremgår det at forbrukeren ikke har krav på overtakelse eller hjemmelsoverføring før betaling har funnet sted i samsvar med avtalen. Disse to reglene lar seg til en viss grad ikke forene og hva som kan utledes er noe uklart.⁶¹ I forarbeidene til § 55 fremgår det at annet ledd i bestemmelsen presiserer prinsippet om ytelse mot ytelse for avtaler etter bustadoppføringlovas § 1, første ledd, bokstav og at dette innebærer at forbrukeren ikke har krav på overtakelse eller hjemmelsoverføring før betaling har skjedd.⁶² Bergsåker hevder at § 55 annet ledd bør gjelde fremfor § 46 første ledd fordi § 55 gir uttrykk for det grunnfestede prinsippet om ytelse mot ytelse.⁶³

For en kjøper 2 innebærer dette at det ikke vil kunne skje en hjemmelsoverføring uten forutgående eller samtidig betaling, med mindre det er avtalt at betaling skal finne sted etter overtakelse. Kjøper 2 har altså ikke noen sikkerhet så lenge hjemmelen ikke er overført.

⁵⁹ Bergsåker, Kjøp av ny bolig, s. 96

⁶⁰ Hjemmel er rettslig grunnlag for en tinglig rettighet. Den som etter grunnboken fremstår som eier til en fast eiendom har grunnbokshjemmel som eier. Betydningen er man skal få tinglyst et dokument, her et skjøte.

⁶¹ Bergsåker, Kjøp av ny bolig, s. 97

⁶² Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 83

⁶³ Bergsåker, Kjøp av ny bolig, s. 98. Se også Lilleholt, Karnov 1999 note 212 til § 55 annet ledd og Lilleholt og Urbye, Bustadoppføringslova, Avtaledokumenter med kommentarer (2000) s. 40

Frem til overtakelsestidspunktet vil eiendommen/boligen tilhøre entreprenør i dekningslovens § 2-2 sin forstand.⁶⁴ Konsekvensen av konkurs hos entreprenør fremgår av tinglysningsloven § 23. Denne bestemmelsen innebærer at entreprenørs konkursbo kan ta beslag i eiendommen dersom hjemmelen ikke er overført dagen før konkursåpning og det selv om kjøpesummen er overført til entreprenøren.⁶⁵

Kjøper 2 risikerer altså å tape merverdien som utbetales kjøper 1 ved overdragelse av kontrakten.

Det vil i det følgende gjøres rede for hvordan en slik oppgjørsmetode stiller seg rettslig sett.

6.3 OPPGJØRSMETODEN

6.3.1 INNLEDNING

Dette punktet vil omhandle en drøftelse av om og hvordan kjøper 1 har rett til å kreve merverdien utbetalt i forbindelse med avtaleinngåelsen om videresalg av kontrakten til kjøper 2.

Kredittilsynet har i et rundskriv gitt uttrykk for at fremgangsmåten hvor kjøper 1 oppnår en gevinst ved omsetningen av kontrakten og videre at kjøper 2 overtar risikoen for entreprenørens levering av boligen kan være i strid med bustadoppføringslovas ufravikelige regler fordi kjøper 2 kan risikerer å tape den innbetalte merverdien dersom entreprenør ikke oppfyller avtalen.⁶⁶

⁶⁴ Andenæs, Konkurs, s. 104

⁶⁵ Knoph, Oversikt over Norges rett, 12. utgave, s. 195

⁶⁶ Kredittilsynets rundskriv 9/2007 08.03.07, Eidomsme글ers plikter ved formidling av nye boliger/boliger under oppføring

Siden det synes å være mest nærliggende å betegne videresalgstilfellene som salg av kontraktsposisjon vil ikke spørsmålet om bustadoppføringslovas regler skal gjelde på forholdet komme på spissen. Jeg tar derfor utgangspunkt i kjøpslovens bestemmelser.

6.3.2 PRINSIPPET OM YTELSE MOT YTELSE

I gjensidig bebyrdende forhold er samtidig utveksling den deklatoriske hovedregel, så sant samtidighet er praktisk mulig etter kontraktsforholdets art. Prinsippet går ut på at i mangel av avvikende avtale plikter ikke realdebitor å gi fra seg sin ytelse uten å motta pengevederlaget samtidig, og pengedebitor plikter ikke å betale uten å motta realytelsen samtidig.⁶⁷ Regelen fremgår blant annet av kjøpslovens §§ 10 og 49. I § 49, første ledd fremgår det:

”Følger ikke betalingstiden av avtalen, skal kjøperen betale når selgeren krever det, men ikke før tingen blir overlevert kjøperen eller stilt til hans rådighet i samsvar med avtalen og loven”.

I videresalgstilfellene vil prinsippet om ytelse mot ytelse innebære at kjøper 1 overdrar sin kontraktsposisjon mot at kjøper 2 betaler et vederlag til kjøper 1. Dette vil i utgangspunktet være hele poenget med avtalen, kjøper 2 får igjen det han har betalt til entreprenør i forskudd og høster samtidig en eventuell gevinst på investeringen. For kjøper 1 er det vesentlig at han overtar retten til å stå i kontrakten som den rettmessige erverver av boligen ved ferdigstillelse og videre at han kan disponere over retten etter eget valg.

Hovedregelen er altså at det skal skje en samtidig utveksling av ytelsene og at det skal særskilt avtale til for at dette ikke skal gjelde.

⁶⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s 209.

6.3.3 OPPGJØRSMETODEN – I STRID MED PRINSIPPET?

Det kan spørres om prinsippet om ytelse mot ytelse brytes dersom entreprenør ikke makter å oppfylle avtalen.

Det som igjen fremstår som det avgjørende moment i denne sammenheng er at det er en kontraktsposisjon som overdras. Det er rettigheten til den fremtidige boligen som er selve overdragelsesobjektet, boligen kan man hevde kun er en underliggende del av avtalen. Dette innebærer at så lenge kjøper 2 får kontrakten overdratt til seg og samtidig betaler et vederlag til kjøper 1 har det skjedd en samtidig utveksling av ytelsene i henhold til prinsippet.

At kjøper 2 risikerer å ikke få oppfylt avtalen dersom entreprenør går konkurs, og dermed taper sitt innskutte beløp, er ikke mer enn en konsekvens av reglene om risikoovergang i den kjøpsrettslige lovgivningen. Nedenfor vil det gjøres nærmere rede for dette.

6.3.4 RISIKOOVERGANGEN

Dette er et spørsmål om når risikoen for entreprenørs oppfyllelse går over fra kjøper 1 til kjøper 2 og hvilken rettlig betydning overgangen har for kjøper 2's betaling av merverdi til kjøper 1.

Uttrykket risiko betegnes i obligasjonsretten oftest som vederlagsrisiko. I følge Hagstrøm innebærer reglene om vederlagsrisiko at selv om en kontrakt ikke blir oppfylt på kontraktsmessig måte, må kreditor, her kjøper 2, avfinne seg med dette og selv prestere sin

ytelse – typisk betale – dersom det er han som har risikoen for den omstendigheten som hindrer kontraktsmessig oppfyllelse.⁶⁸

I kjøpslovens § 12 fremgår det at dersom kjøperen har risikoen, må han betale kjøpesummen på tross av at tingen går tapt eller skades. Dette er forhold som er selgeren uvedkommende.⁶⁹

Videre følger det av hovedregelen i kjøpsloven § 13 første ledd at risikoen går over på kjøperen ved levering. Går tingen tapt før den er levert, må selgeren bære tapet. Skjer tapet etterpå, er tapet kjøperens.⁷⁰

På bakgrunn av at denne fremstillingen legger til grunn at det er en kontraktsposisjon som overdras, vil risikoen for entreprenørs oppfyllelse gå over på kjøper 2 når han har fått kjøpekontrakten overdratt til seg. Dette vil igjen si at kjøper 2 ikke kan kreve kjøper 1 for merverdivederlaget dersom det senere skulle vise seg at kontrakten ikke oppfylles fra entreprenørs side. Kjøper 2 har fått det han har krav på i form av kontraktsposisjonen, og kjøper 1 kan derfor beholde vederlaget. Risikoovergangen tilsier altså at det som skjer etter at kontrakten er transportert, vil være kjøper 2`s risiko.

Advokat Stig Bech legger til grunn samme forståelse i sin artikkel.⁷¹ Den rettskildemessige vekten har imidlertid sine begrensninger.

Det kan etter dette hevdes at dersom entreprenør misligholder sin plikt til å levere boligen, er dette kun et forhold mellom kjøper 2 og entreprenør. Som nevnt i pkt. 5.1 regulerer kontrakten og bustadoppføringslova dette.

⁶⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 40

⁶⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 316

⁷⁰ Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 58

⁷¹ Stig Bech, "Kredittilsynets uttalelser – salg av kontraktsposisjon med rett til kjøp av nyoppført leilighet", artikkel gjengitt i Eiendomsmegleren 04-2006 s. 24-25, opprinnelig trykket i "Dagens eiendom"

7 OPPGJØRSMETODEN I STRID MED GOD MEGLERSKIKK?

Først må det tas stilling til om eiendomsmeglingslovens bestemmelser kommer til anvendelse når eiendomsmegler bistår i forbindelse med et videresalg av kontraktsposisjoner.

Det forutsettes heretter at partene benytter seg av megler i forbindelse med videretransporten av kontrakten.

Jeg drøfter på bakgrunn av eiendomsmeglingsloven som trer i kraft 1. januar 2008, men trekker inn teori og praksis tilknyttet eiendomsmeglingsloven av 1989 i vurderingene.

7.1 EIENDOMSMEGLINGSLOVENS ANVENDELSE

Eiendomsmeglingsloven kommer blant annet til anvendelse på det å opptre som mellommann ved ”omsetning av fast eiendom”, jfr. eiendomsmeglingsloven av 2007 § 1-2, annet ledd, nr. 1. Spørsmålet blir om medvirkning til omsetning av kontraktposisjon faller innenfor alternativet ”omsetning av fast eiendom”.

I forarbeidene til nåværende eiendomsmeglingslov av 1989 fremgår det at formidlingen av utbyggingsavtaler er et ledd i en mer omfattende avtale og derfor ikke bør regnes som eiendomsmegling.⁷²

På den annen side legges det til grunn i forarbeidene til den nye eiendomsmeglingsloven som trer i kraft 01.01.08 at denne lovens § 1, annet ledd, også omfatter mellommannsvirksomhet knyttet til overdragelse av avtale om erverv av fast eiendom:⁷³

⁷² NOU 1987: 14 s. 46-47, jfr. Ot.prp. nr. 59 (1988-89)

⁷³ Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) pkt. 4.3.4 s. 20

”Omsetning av avtaler om erverv av fast eiendom, for eksempel omsetning av avtale om kjøp av leilighet i et bygg under oppføring, er blitt mer vanlig i den senere tid. Tilsvarende gjelder for avtaler om kjøp av atkomstdokumenter til en eiendom, for eksempel borettslagsandeler. Spørsmålet har ikke tidligere vært satt på spissen, men etter departementets vurdering må mellommannsvirksomhet knyttet til slik omsetning anses som eiendomsmegling. Etter omstendighetene kan det være behov for særskilte regler for slik megling. Departementet foreslår derfor en forskriftshjemmel i lovforslaget § 1-4 femte ledd, for slike omsetninger”.

I forarbeidenes merknader til de enkelte bestemmelsene blir det presisert at eiendomsmeglingslovens av 2007 § 1-2, annet ledd, også omfatter meglervirksomhet knyttet til overdragelse av avtale om erverv av fast eiendom.⁷⁴

Ny eiendomsmeglingslov trer i kraft fra årsskiftet. Det vil derfor være mest interessant å legge til grunn at rettsstilstanden er slik forarbeidene beskriver.

Følgen av dette er at megleren har plikter i henhold til eiendomsmeglingsloven når han/hun bistår i forbindelse med et kontraktssalg.

7.2 KJØPER 2'S RISIKO FOR TAP AV MERVERDI – MEGLERS ROLLE

7.2.1 INNLEDNING

I forbindelse med salg av kontraktsposisjoner vil megler få et ansvar både på forholdet kjøper 1 - kjøper 2 og forholdet kjøper 2 – entreprenør. Megler må sørge for at avtalen

⁷⁴ Ot.prp.nr.16 (2006-2007) kap. 13 s. 183

mellom kjøper 2 og entreprenør er i henhold til eiendomsmeglingslovens bestemmelser og samtidig at det samme er tilfellet på avtalen mellom kjøper 1 og kjøper 2.

Meglers plikter ved gjennomføring av handelen etter at avtale er kommet i stand mellom kjøper 1 og kjøper 2 følger av eiendomsmeglingsloven av 2007 § 6-8 og § 6-9, som suppleres av bestemmelsen om god meglerskikk i § 6-3. I forarbeidene til eiendomsmeglingsloven fremgår det at disse bestemmelsene i all hovedsak er videreføring av gjeldende rett.⁷⁵ Dette innebærer at man kan legge til grunn rettskildene tilknyttet bestemmelsene i eiendomsmeglingsloven av 1989.

Megler har omsorgsplikt for begge parter og opplysnings- og rådgivningsplikt om forhold av betydning for handelen og gjennomføringen av denne etter eiendomsmeglingsloven av 2007 § 6-3. Dette innebærer at megler skal ivareta begge parters interesser på en balansert måte, både når det gjelder utformingen av kontraktsvilkår mellom partene og ved gjennomføring av oppgjøret.⁷⁶

Et sentralt spørsmål er om det kan anses for å være i strid med god meglerskikk å utsette kjøper 2 for en økonomisk risiko i forbindelse med oppgjørsmetoden hvor kjøper 2 betaler til kjøper 1 en merverdi som kan gå tapt, jfr. pkt. 7.2.

Denne problemstillingen oppstår dersom hjemmelen ikke overføres til kjøper 2 ved kontraktsinngåelsen eller dersom megler ikke har kontroll over boligen i kraft av sikringsobligasjon og at han har skjøttet undertegnet av hjemmelshaver i sitt depot på det tidspunkt kjøper 1 får utbetalt kjøpesummen.

Det er nødvendig å presisere at partene kan avtale seg frem til andre oppgjørsmetoder enn det jeg skal ta stilling til i dette punktet. For eksempel kan det avtales at kjøper overfører merverdien først når boligen er ferdigstilt og overtakelse har funnet sted. Dersom boligen

⁷⁵ Ot.prp.nr.16 (2006-2007) kap. 13 s. 186-187

⁷⁶ Se omtale i Rosen og Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, s. 111 i forhold til gamle bestemmelser som videreføres i det materielle innhold.

ikke blir levert vil kjøper 1 ikke ha krav på merverdien. Hvis så er tilfellet vil ikke problemstillingen rundt kjøper 2 sin risiko for tap av merverdien komme på spissen.

7.2.2 LOVTEKST

Vurderingen av spørsmålet bør forankres i de kvalitative krav man kan stille til meglers arbeid i forbindelse med gjennomføringen av handelen, jfr. eiendomsmeglingsloven av 2007 § 6-3.

I eiendomsmeglingsloven av 2007 § 6-3 fremgår det:

- (1) Oppdragstaker skal i sin virksomhetsutøvelse opptre i samsvar med god meglerskikk med omsorg for begge parters interesser. Oppdragstakeren må ikke opptre på noen måte som er egnet til å svekke tilliten til oppdragstakerens integritet og uavhengighet.*
- (2) Oppdragstakeren skal gi kjøper og selger råd og opplysninger av betydning for handelen og gjennomføringen av denne.*
- (3) Oppdragstakeren skal ikke inngå avtale om eiendomsmegling dersom inngåelse av slik avtale er satt som vilkår i avtale om annet enn eiendomsmegling.*
- (4) I forbindelse med eiendomsmeglingsoppdrag kan det ikke settes som vilkår at oppdragsgiveren inngår avtale om ytelser som ikke står i rimelig sammenheng med oppdraget.*

Utrykket ”omsorg” i første ledd innebærer i følge forarbeidene til eiendomsmeglingsloven av 1989 at megleren skal utføre oppdraget så godt som mulig.⁷⁷ Kravet om ”god meglerskikk” innebærer en kontraktsrettslig forankret plikt til aktivt å dra omsorg for

⁷⁷ NOU 1987: 14 s. 63

oppdragsgivers interesser, med andre ord en lojalitetsplikt overfor oppdragsgiver.⁷⁸ Videre skal megleren opptre nøytralt slik at medkontrahentens interesser også blir ivaretatt. Momentene er imidlertid ikke mer enn et kort utgangspunkt, kravene til megler i henhold til § 6-3 er komplekse og kan ikke oppstilles under ett. En rekke hensyn gjør seg gjeldende og hvorvidt kravet om god meglerskikk er overtrådt må underlegges en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering.⁷⁹

En naturlig språklig forståelse av begrepet ”god meglerskikk” tilsier at megler ved å utsette kjøper 2 for en økonomisk risiko bryter den rettslige standarden. Meglers eksponering av kjøper 2 for økonomisk risiko kan i utgangspunktet ikke være forenlig med verken kravet til god meglerskikk og formålet om sikker omsetning av fast eiendom gjennom eiendomsmegler som kommer til uttrykk i eiendomsmevlingsloven av 2007 § 1-1:

”Lovens formål er å legge til rette for at omsetning av fast eiendom ved bruk av mellommann skjer på en sikker, ordnet og effektiv måte, samt å legge til rette for at partene i handelen mottar uhildet bistand”.

Det kan derfor anses for å være urimelig at en megler er med på en handelsprosess som ikke tilfredsstiller de forventninger forbrukere og andre normalt stiller til en profesjonell mellommann.⁸⁰

⁷⁸ Se omtale i Rosen og Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, s. 111 i forhold til gamle bestemmelser som videreføres i det materielle innhold.

⁷⁹ Rosen og Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, s. 112 i forhold til gamle bestemmelser som videreføres i det materielle innhold.

⁸⁰ Målsettingen får betydning ved fastleggingen av kravet til god meglerskikk fordi det er en skjønnspregnet norm - Rosen og Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, s. 122 i forhold til gamle bestemmelser som videreføres i det materielle innhold.

7.2.3 FORARBEIDENE

I forarbeidene til eiendomsmeglingsloven av 1989 fremgår det at kravene til lojalitet overfor oppdragsgiver og nøytralitet overfor kjøper er det rettslige utgangspunktet ved vurderingen av kravet til god meglerskikk og den sentrale avveiningsmekanismen i forholdet mellom oppdragsgivers interesser og andres interesser.⁸¹

Det fremgår videre at det ikke kreves mer enn en nøytralitet overfor kjøper. Det er først og fremst interessene oppdragsgiver megler skal ha for øye. Men utvalget presiserer at *”medkontrahenten bør kunne vente at også hans interesser blir ivaretatt i den forstand at han får råd og opplysninger uansett om disse er til oppdragsgiverens fordel eller ikke, at kontrakten blir utformet rimelig balansert, at megleren ikke medvirker til illojalt forhold e.l. fra oppdragsgiverens side osv. Lovgivningen om eiendomsmegling bør legge grunnlaget for en berettiget tillit til at eiendomsomsetning gjennom megler skjer på en hederlig og ordentlig måte.”*⁸²

Momenter som må drøftes er altså om meglers bistand skjer på en hederlig og ordentlig måte, at kjøper 2`s interesser blir tilstrekkelig ivaretatt gjennom råd og opplysning og at utformingen av kontrakten er rimelig balansert.

Så lenge megler gjør kjøper 2 fullstendig oppmerksom på den risikoen han tar ved å betale en merverdi til kjøper 1 i forbindelse med videretransporten av kontraktsposisjonen, kan det hevdes at kjøper 2 får de råd og opplysninger som kreves i forhold til god meglerskikk. Kjøper 2 vil da måtte innse at han bevisst tar en sjanse ved å betale en usikret merverdi til kjøper 1.

Men dersom megler ikke opplyser om dette befinner man seg nokså langt fra hva som kan betegnes som god meglerskikk. Megler vil da utsette kjøper 2 for en utilsiktet økonomisk risiko og videre ikke vise tilstrekkelig omsorg for kjøper 2 sine interesser. Megler kan

⁸¹ NOU 1987: 14 s. 64 og 65, Ot.prp. nr. 59 (1988-89) s. 20 og 21

⁸² NOU 1987: 14 s. 65

heller ikke anses for å gi de opplysninger som man kan ha en berettiget forventning om at en profesjonell eiendomsmegler skal opplyse kjøper om.

Videre er det et spørsmål om avtalen mellom kjøper 1 og kjøper 2 kan anses å være rimelig balansert forholdene omkring overdragelsen tatt i betraktning.

Avtalen innebærer at kjøper 2 mottar kontraktsposisjonen mot å svare et vederlag til kjøper 1. I realiteten får begge parter det de har krav på etter avtalen og det kan derfor hevdes at det ikke foreligger noen ubalanse.

På den annen side kan det hevdes at kontrakten er ubalansert på grunn av den potensielle og fremtidige tapsrisikoen. Kjøper 2 kan risikere å tape merverdien han yter kjøper 1. Kjøper 1 har ikke noen slik tapsrisiko. Avtalen er ikke ubalansert på tidspunktet for inngåelsen, men kan bli det senere.

Det må også drøftes hvorvidt utformingen av kontrakten som går på kjøper 2's betaling av merverdi er i strid med ufravikelig eller fravikelig bakgrunnsrett.

På bakgrunn av at det legges til grunn at det er en kontraktsposisjon som overdras og dermed at kjøpsloven kommer til anvendelse på forholdet kjøper 1 – kjøper 2 er spørsmålet hvorvidt kontrakten strider mot kjøpslovens bestemmelser.

I kjøpslovens § 3 fremgår det lovens bestemmelser kan fravikes ved blant annet avtale. Dette innebærer blant annet at partene (så lenge de begge er forbrukere) kan avtale seg i mellom hvilken oppgjørsmetode som skal finne sted. I forhold til megler innebærer dette at en kontrakt hvor merverdien overføres ved kontraktsinngåelse ikke er i strid med lovbestemmelsene.

Forarbeidene nevner også at et hovedhensyn bak både de offentligrettslige og privatrettslige bestemmelsene i eiendomsmeglingsloven er forbrukervernet.⁸³ I kravet til god meglerskikk ligger det derfor en forutsetning om at megler må tilpasse seg partenes

⁸³ NOU 1987:14 s. 18 til 21 og 39

profesjonalitetsnivå.⁸⁴ Forbrukere skal gjennomgående nyte et sterkere vern enn mer profesjonelle aktører. Denne forskjellen kan blant annet begrunnes med at profesjonelle aktører har større oppfordring til å sørge for å avtalefeste sine forventninger til megler enn en forbrukerkjøper uten innsikt i boligmarkedet. Videre fremgår det at hensynet til elastisitet et relevant hensyn i vurderingen.⁸⁵ Dette innebærer et ønske om at kravet til god meglerskikk skal utvikles i tråd med samfunns- og rettsutviklingen på eiendomsmeglingslovens område. Forbrukervernet er et slikt område og utviklingen innenfor kontraktsretten viser et økende fokus på hensynet til forbruker.⁸⁶ I seg selv innebærer dette at megler skal være ekstra påpasselig i forbindelse med videresalg hvor kjøper 2 er forbruker. Det kan blant annet ikke forventes at en forbrukerkjøper kjenner til virkningene av å overføre merverdien før hjemmel til boligen er overført.

7.2.4 RETTSPRAKSIS

I en upublisert dom avsagt av Eidsivating lagmannsrett, LE-2001-00580, var kjøper av et tomtefelt blitt eksponert for en risiko for å lide tap fordi kjøpesummen var betalt uten at skjøtet var tinglyst og det heller ikke var tinglyst noen sikringsobligasjon.

Lagmannsretten la generelt til grunn at megler skal sikre at ingen av partene lider tap eller at det oppstår fare for tap. Lagmannsretten uttalte så at et: ”*sentralt element i dette er at megler ikke utbetaler kjøpesummen eller noen del av denne uten å ha nødvendig sikkerhet for at oppgjøret er korrekt*”.

Saken dreide seg ikke om videresalg og retten tok heller ikke stilling til om forholdet i saken var i strid med god meglerskikk. Den generelle uttalelsen bør imidlertid kunne legges til grunn i vurderingen av hvordan megler skal opptre i forhold til kjøper 2 ved videresalg.

⁸⁴ Rosen og Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, s. 127 i forhold til gamle bestemmelser som videreføres i det materielle innhold.

⁸⁵ NOU 1987: 14 s. 44

⁸⁶ For eksempel forbrukerkjøpsloven og bustadoppføringslova.

I Rt. 2003 s. 400 tar Høyesterett stilling til fondsmegleres plikt til informasjon om og rådgivning i forhold til den risiko som en transaksjon innebærer. Saken gjaldt erstatningskrav mot et fondsmeglerforetak (Fearnley) for tap som oppstod for en kunde (tunnelselskap) ved transaksjoner i obligasjonsmarkedet. Høyesterett tok utgangspunkt i verdipapirhandellovens § 9-2 hvor det heter at foretaket skal utøve virksomheten i samsvar med god forretningsskikk. Førstvoterende uttalte: *”I en slik situasjon mener jeg det hadde vært meget nærliggende for Fearnley å sikre seg at det forelå skriftlig dokumentasjon som viste at tunnelselskapet var klart innforstått med transaksjonene og den risikoen de innebar.”* Videre ble det uttalt at foretaket ikke skulle gjennomført transaksjonene: *”(...) uten at megleren hadde forsikret seg om at kunden hadde en klar oppfatning av hvilken risiko transaksjonene innebar, og uansett ville ha dem utført”.*

Saken omhandler ikke eiendomsmeglingsloven og begrepet god meglerskikk, heller ikke en forbrukerpart, men det kan likevel hevdes at Høyesteretts resonnementer kan ha overføringsverdi til problemstillingen som drøftes her. God forretningsskikk er i likhet med god meglerskikk en rettslig standard som setter krav til profesjonsutøvernes virksomhet. Høyesterett kom i saken frem til at kunden ikke var blitt fullstendig informert om den risiko som transaksjonene innebar. Fondsmegleren opptrådte dermed ikke samsvar med god forretningsskikk. På bakgrunn av dette kan det derfor hevdes, som det også har blitt argumentert for over i pkt. 7.2.2, at dersom megler ikke gjør kjøper 2 fullstendig oppmerksom på den risiko det innebærer at han/hun betaler en merverdi til kjøper 1 ved kontraktsinngåelsen vil megler opptre i strid med god meglerskikk etter eiendomsmeglingsloven § 6-3.

Motsatt vil det kanskje være grunnlag for å hevde at dersom informasjonen til kjøper 2 er fullgod vil ikke megler opptre i strid med god meglerskikk.

I Rt. 1995 s. 1350 kom Høyesterett med en generell uttalelse i forhold til profesjonsansvaret på eiendomsmeglingens område:

”Det gjelder i utgangspunktet et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. Likevel er det et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet”.

Senere rettspraksis har i all vesentlighet tilsluttet seg denne grensdragningen.⁸⁷ Uttalelsen er først og fremst myntet på meglers erstatningsansvar, men kan samtidig illustrere at det skal noe til før en eiendomsmegler opptrer uaktsomt, herunder i strid med god meglerskikk. Sett i lys av dette, kan man hevde at det bør være et visst rom for å feile før det er legitimt å konstatere brudd. Mot dette kan man innvende at dersom megler beveger seg i gråsonen for hva rettsordenen vil godta, kan han vanskelig beklage seg om han blir tatt når han trår på feil side av streken.

7.2.5 KREDITILSYNETS UTTALELSER

Kredittilsynet hevder at hensynet til trygg og ordnet eiendomsomsetning ikke er forenlig med at eiendomsmegler legger til rette for avtalevilkår og transaksjoner som utsetter kjøper for utilsiktet risiko og at fremgangsmåten er i strid med kravet til god meglerskikk.⁸⁸ Dette var en av grunnene for at Kredittilsynet tilbakekalte foretaksbevillingen til to Notarforetak i Bergen i januar 2006. Vedtaket gikk ut på at det blant annet er i strid med god meglerskikk å utsette en forbrukerkjøper for økonomisk risiko på den måten at den delen av kjøpesummen som utgjør gevinsten for videresalget utbetales til videreselger før boligen er overlevert til kjøperen uten at det stilles sikkerhet.⁸⁹

⁸⁷ Se blant annet Rt. 1999 s. 408 og Rt. 2005 s. 807

⁸⁸ Kredittilsynets rundskriv 9/2007 08.03.07, Eiendomsmeglernes plikter ved formidling av nye boliger/boliger under oppføring

⁸⁹ Kredittilsynets pressemelding av 16. januar 2006. Følgende forhold ble lagt til grunn for tilbakekallingen: flere tilfeller av egenhandel, oppgjørspraksis som har utsatt klienter for økonomisk risiko, og avtaler mellom meglerforetak og klienter i strid med god meglerskikk. Det er også avdekket mangelfull føring av meglingsjournal, herunder at meglerforetakene har hatt manglende oversikt over hvilke boliger som til enhver tid faktisk har vært solgt og hvem som har vært faktisk kjøper.

I et annet vedtak tilbakekalte Kredittilsynet bevillingen til Boligeksperten Vest AS.⁹⁰ Også her påpekte Kredittilsynet at fremgangsmåten ved videresalg hvor merverdien til kjøper 1 betales ved kontraktsinngåelse er i strid med god meglerskikk. Følgende ble uttalt:

”Megler har ved utbetaling av deler av gevinsten til videreselger fraveket det som er avtalt i kjøpekontrakten og utsatt kjøper for økonomisk risiko i forbindelse med dette som etter Kredittilsynets vurdering er i strid med god meglerskikk. Foretaket har opplyst at kjøper er gitt muntlig informasjon om risikoen ved å tre inn som annengangskjøper. Så lenge de faktiske forhold verken fremgår av salgsmateriell eller kjøpekontrakt, er en slik informasjon underordnet”.

Å utsette kjøper for økonomisk risiko er i følge Kredittilsynet i strid med god meglerskikk. Et viktig moment som Kredittilsynet fremhever er at Boligeksperten Vest ikke hadde gitt kjøperne skriftlig og tilstrekkelig informasjon om den risikoen som påløper når en merverdi utbetales ved kontraktsinngåelse. Vurderingen må forstås dithen at det er et absolutt krav at kjøper blir gjort fullstendig oppmerksom på risikoen og at dette må fremgå skriftlig av både salgsmateriell og kjøpekontrakt. Motsatt kan det hevdes at dersom megler orienterer kjøper 2 om risikoen både i salgsmateriellet og i kjøpekontrakten vil det ikke dreie seg om brudd på god meglerskikk.

7.2.6 REELLE HENSYN

Min umiddelbare reaksjon er at megler ikke bør benytte en oppgjørsmetode hvor en kjøper risikerer å lide et tap. En av hovedårsakene til at man benytter seg av megler er nettopp for å unngå tap og for å ha en prosess som er så ryddig som overhodet mulig.

⁹⁰ Kredittilsynets pressemelding av 29. mai 2007. Følgende forhold ble lagt til grunn for tilbakekallingen: brudd på reglene i eiendomsmeglingsloven og tilhørende forskrift, herunder plikten til å føre journaler, kravet til internkontroll, reglene om klientkonto samt meglers plikter i forbindelse med utføring av eiendomsmeglingsoppdraget i et boligprosjektoppdrag, herunder alvorlig brudd på god meglerskikk.

Selv om megler skal ha oppdragsgivers ønske som første prioritet, innebærer dette ikke at kjøpers interesser skal ignoreres. Det må for en megler være ganske klart at en kjøper i utgangspunktet ikke vil utsette seg selv for et økonomisk tap.

Det må videre kunne kreves at meglers krav til god meglerskikk skjerpes når det dreier seg om forbrukerforhold. En forbrukerkjøper kan ikke forventes å kjenne til reglene om hjemmelsoverføring og tinglysning og de rettsvirkninger dette kan ha dersom entreprenør går konkurs.

Det kan også hevdes at oppgjørsmetoden bør anses for å være i strid med god meglerskikk for å ha en preventiv virkning. Å konstatere brudd vil føles belastende for den aktuelle megler og samtidig virke avskrekkende på andre meglere. På en slik måte kan utviklingen gå i retning av en sikker oppgjørsmetode ved videresalg.

Av hensyn til bransjens renommè bør også meglere avstå fra oppgjørsmetoden. Eiendomsmeglere er avhengig av å ha tillit som bransje, noe som igjen er knyttet til den gode praksis. Ved fastleggingen av kravet til god meglerskikk bør det være legitimt å legge en viss vekt på at bransjen nyter godt av at det slås ned på uheldig praksis i form av økt tillit.

Det er imidlertid hensyn som trekker i en annen retning. Dersom megler gjør kjøper 2 fullstendig oppmerksom på alle virkninger av å overføre merverdien til kjøper ved kontraktsinngåelsen kan det hevdes at megler opptrer i god meglerskikk. Megler kan da anses å ha gitt kjøper 2 de nødvendige råd og opplysninger av betydning for handelen og videre vist tilstrekkelig omsorg for kjøper 2 sine interesser.

En alminnelig betraktning kan være at enhver må ta eget ansvar for egne valg så lenge man er blitt gjort kjent med alle positive og negative virkninger.

Å konkludere med at oppgjørsmetoden er i strid med god meglerskikk kan også ha negative virkninger på omsetningen boligmarkedet. Dette er et argument som først og fremst har betydning for profesjonelle investorer og derfor er utenfor avgrensningen som er lagt til grunn i denne fremstillingen.

Advokat Stig Bech argumenterer for den uheldige virkningen det har at oppgjørsmetoden blir ansett for å være i strid med god meglerskikk.⁹¹ Artikkelen kom som et svar på uttalelser fra Kredittilsynet i forbindelse med vedtaket om tilbakekall av bevillingen til Notarforetakene i januar 2006 hvor det ble hevdet at merverdien burde bli stående inne på en sikret konto hos megler eller andre frem til boligen er ferdigstilt.⁹² Bech hevder at markedet for salg av kontraktsposisjon vil synke i attraktivitet og dermed redusere antall investorer som ønsker å gå inn i prosjektene på et tidlig stadium dersom kjøper 1 ikke vil kunne motta merverdien i forbindelse med videretransporten av kontraktsposisjonen. Resultatet av dette er at det blir tyngre for utbyggerne å oppnå et tilstrekkelig antall forhåndssalg som långiverne ofte stiller som kriterium.

Også for forbrukerne kan det ha en uheldig virkning at de ikke får tilgang på gevinsten umiddelbart når kontraktsposisjonen er overdratt. Det kan være mange ulike grunner til at de må videreselge, for eksempel økonomiproblemer, samlivsbrudd, familieførøkelse og forandringer i arbeidssituasjonen. De kan da komme i en situasjon hvor de har et sterkt behov for å få tilgang på merverdien for å kunne kjøpe en bolig et annet sted og oppgjørsmetoden kan derfor anses for å gi en trygghet i forbindelse med endrede forutsetninger i tiden fra bestilling til ferdigstillelse.

⁹¹ Stig Bech, "Kredittilsynets uttalelser – salg av kontraktsposisjon med rett til kjøp av nyoppført leilighet", artikkel gjengitt i Eiendomsmegleren 04-2006 s. 24-25, opprinnelig trykket i "Dagens eiendom".

⁹² Kredittilsynets pressemelding av 16. januar 2006

7.2.7 AVVEINING

Det er vanskelig å finne en klar løsning på spørsmålet om hvordan oppgjørsmetoden stiller seg i forhold til god meglerskikk.

Ordlyden i eiendomsmeglingslovens § 6-3 og formålsbestemmelsen i § 1-1 peker i retning av at megler opptrer i strid med god meglerskikk. Videre kan momentene som forarbeidene gir anvisning på den ene siden anses overtrådt, mens det også er argumenter som tilsier det motsatte.

Rettspraksis gir også noen retningslinjer i vurderingen. Det synes klart at en megler ikke skal utsette en kjøper for utilsiktet økonomisk risiko, jfr. dommen fra Eidsivating.⁹³ Men det kan også være relevant å trekke inn uttalelsen i Rt. 2003 s. 400 og betydningen av informasjon om risikoen til kunden.

Kredittilsynets vedtak i sakene mot meglerforetakene Notar og Boligeksperten Vest er på sin side klar i sin tale. Kredittilsynet mener klart at det er i strid med god meglerskikk å utsette kjøper 2 for økonomisk risiko. Dette fremgår også av tilsynets rundskriv.⁹⁴ Så langt synes det å foreligge en klar grense på hvor megler plikter stiller seg i forhold til oppgjørsmetoden ved videresalg. I saken mot Boligeksperten Vest ble det imidlertid vektlagt at kjøper 2 ikke var gitt skriftlig informasjon om risikoen ved å tre inn som andregangskjøper og det kan derfor spørres om det er avgjørende hvorvidt kjøper er gitt informasjon eller ikke.

På bakgrunn av bevillingssystemet og dets Kontrollfunksjon har Kredittilsynet god innsikt i eiendomsmeglingsbransjen, og således gode forutsetninger for å vurdere hva som utgjør

⁹³ LE-2001-00580

⁹⁴ Kredittilsynets rundskriv 9/2007 08.03.07, Eiendomsmeglernes plikter ved formidling av nye boliger/boliger under oppføring

god meglerskikk.⁹⁵ I forarbeidene til eiendomsmeglingsloven av 1989 er det også lagt til grunn at ”*de kompetente fagmyndigheters uttalelse om god meglerskikk må tillegges betydelig vekt*”.⁹⁶ Til meglers rolle i forbindelse med omsetning av fast eiendom er det knyttet betydelige samfunnsmessige interesser. Kredittilsynet er satt til å ivareta disse interessene, og har kompetanse til å føre tilsyn med hele loven, jfr. eiendomsmeglingsloven av 2007 § 8-1, første ledd. Kredittilsynets vurderinger bør derfor kunne ha kunne ha vesentlig vekt når det dreier seg om spørsmål tilknyttet god meglerskikk og eiendomsmeglingsloven for øvrig.

Standarden god meglerskikk er svært skjønnspreget og verken lovteksten, forarbeidene eller rettspraksis gir noe direkte svar på problemstillingen.

Jeg mener derfor at det er gode grunner som taler for at Kredittilsynets standpunkt til oppgjørsmetoden ved videresalg er den riktige å legge til grunn i vurderingen.

Det kan etter denne gjennomgangen hevdes at oppgjørsmetoden hvor merverdien overføres ved videretransporten av kontraktsposisjonen i utgangspunktet er i strid med god meglerskikk, men at dersom megler gjør kjøper 2 fullstendig oppmerksom på risikoen likevel kan unngå å komme i brudd med standarden.

8 AVSLUTNING

Jeg har nå forsøkt å gjennomgå noen av de problemstillingene som kan forventes å oppstå i forbindelse med videresalg av kontraktsposisjoner. Det synes etter gjennomgangen å være

⁹⁵ Rosen og Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, s. 115

⁹⁶ Innst. O. nr. 92 (1988-89) s. 20

et klart behov for en fastleggelse av hva som er gjenstand for overdragelse ved videresalg og dermed lovanvendelsen. Innenfor et område hvor det ofte kan dreie seg om store pengebeløp vil det være hensiktsmessig å få en endelig avklaring på spørsmålene som oppstår, både på grunn av hensynet til forutberegnelighet og for å forhindre tvister.

Jeg mener at det er grunnlag for å hevde at bustadoppføringslova bør utvides/endres slik at omsetning av kontraktsposisjoner om kjøp av boliger før ferdigstillelse kan falle inn under lova. På denne måten vil forbrukervernet oppstilt der også kunne komme til anvendelse på forholdet kjøper 1 – kjøper 2. Et annet alternativ kan være å legge til grunn en analogisk anvendelse.

Oppgjørsmetoden reiser særlige spørsmål når det gjelder meglers rolle. Antageligvis er de aller fleste forbrukerkjøpere ukjent med hva det innebærer å overføre en merverdi uten å ha noen form for sikkerhet. Her foreligger det en utfordring for eiendomsmeglerbransjen i å etterstrebe klare retningslinjer når det gjelder informasjon til kjøper dersom en slik oppgjørsmetode skal finne sted. Det er også hensyn som tilsier at meglere bør avstå helt fra metoden.

Jeg er av den oppfatning at fremgangsmåten hvor kjøper 2 risikerer å tape merverdien utgjør et problem som bør unngås. Dette først og fremst av hensyn til den part som i ytterste konsekvens vil kunne lide et tap.

9 LITTERATURLISTE

LOVER

Bustadoppføringslova – Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad, 13.juni 1997 nr. 43

Dekningsloven – Lov om fordringshaveres dekningsrett av 8. juni nr. 59

Gjeldsbrevloven – Lov om gjeldsbrev av 17. februar 1939 nr. 1

Eiendomsmeglingsloven – Lov om eiendomsmegling, 16. juni 1989 nr. 53

Eiendomsmeglingsloven – Lov om eiendomsmegling, 29. juni 2007 nr. 73

Kjøpsloven - Lov om kjøp, 13. mai 1988 nr. 27

Tinglysningsloven – Lov om tinglysning av 7. juni 1935 nr. 2

FORARBEIDER

NOU 1987:14 Om lov om eiendomsmegling

NOU 1992:9 Forbrukarentreprise lov

NOU 1993:20 Kjøp av ny bustad

Ot.prp. nr. 59 (1988-89) Om lov om eiendomsmegling

Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) Lov om kjøp

Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) Avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m
(bustadoppføringslova)

Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) Lov om forbrukerkjøp

Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) Om lov om eiendomsmegling

Innst. O. nr. 92 (1988-89) s. 20 Om lov om eiendomsmegling

RETTSPRAKSIS

Rt. 2003 s. 400

Rt. 1995 s. 1350

LE. 2001 00580

LITTERATUR

Andenæs, Konkurs, 2. utgave, Oslo 1999

Bergsåker, Kjøp av ny bolig med kommentarer til bustadoppføringslova, Utgitt i samarbeid med Norges Eiendomsmeglerforbund, Oslo 2000

Bergsåker, Pengekravsrett, Juridisk forlag, Oslo 1996

Eckhoff, Rettskildelære, 3. utgave, Tano, Oslo, 1993

Hagstrøm i samarbeid med Aarbakke, Obligasjonsrett, Universitetsforlaget, Oslo 2004

Hov, Avtalebrudd og partsskifte, Papinian, Oslo, 1997

Knophs Oversikt over Norges rett, 11. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1998

Knophs Oversikt over Norges rett, 12. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2004

Lilleholt, Avtale om ny bustad, Universitetsforlaget, Oslo 2001

Lilleholt og Urbye, Bustadoppføringslova, Avtaledokumenter med kommentarer, 2000

Rosèn og Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, Gyldendal, Oslo 2005

Jusleksikon, Kunnskapsforlaget, 2. utgave, Oslo 2002

Lignings-ABC 2006

Norsk lovkommentar/Gyldendal rettsdata, diverse noter til bustadoppføringslova v/Lilleholt

Norsk lovkommentar/Gyldendal rettsdata, diverse noter til forbrukerkjøpsloven

ARTIKLER/RUNDSKRIV/PRESSEMELDINGER/DIVERSE

Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet, BFU 01/07. Avgitt 2.2.2007

Anne-Kari Tuv, ”Eiendomsmegleres formidling av prosjekterte boliger”,

Eiendomsmegleren, 03-2006

Karl Rosen, ”Transport av kontraktsposisjon i eiendomsprosjekter – noen rettslige utgangspunkter inter partes og for meglerens rettslige stilling”, Tidsskrift for Eiendomsrett, 2006 nr. 01

Stig Bech, ”Kredittilsynets uttalelser – salg av kontraktsposisjon med rett til å kjøpe nyoppført leilighet”, artikkel gjengitt i Eiendomsmegleren 04-2006 s. 24-25, opprinnelig trykket i ”Dagens Eiendom”

Kredittilsynet, Rundskriv 9/2007: Eiendomsmegleres plikter ved formidling av nye boliger/boliger under oppføring.

Kredittilsynets hjemmeside: www.kredittilsynet.no

Dagens eiendom, 11.4.2006, ”Struper spekulantene”, www.dagenseiendom.no

Kredittsynets pressemelding av 16. januar 2006

Kredittilsynets pressemelding av 29. mai 2007

Seminar, Eiendomsbransjens årlige jusdag 13.09.07, ”Salg av kontraktsposisjoner ved eiendomssalg-særlig i forhold til bustadoppføringslova”.

