

EIENDOMSMEGLERS VEDERLAG

Kandidatnummer: 603

Leveringsfrist: 25. april 2008

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17431 ord

12.09.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Den videre fremstillingen	1
1.3	Begreper i avhandlingen	2
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDE OG METODE</u>	<u>3</u>
2.1	Lov av 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling.....	3
2.1.1	Lovens fravikelighet	3
2.2	Rettpraksis	5
2.3	Forarbeidene	6
2.4	Juridisk teori	6
2.5	Reelle hensyn.....	6
2.6	Reklamasjonsnemnda	8
<u>3</u>	<u>LOVENS VIRKEOMRÅDE OG OPPDRAGSAVTALEN.....</u>	<u>9</u>
3.1	Lovens virkeområde	9
3.1.1	Omsetningstyper	9
3.2	Mellommann	10
3.3	Mellommannsvirksomheten: Hva er å ”bringe partene sammen”?	12
3.4	Oppdragsavtalen.....	13

3.4.1	Tilbud om vederlag.....	14
3.4.2	Oppdragsavtalens form.....	14
3.4.3	Oppdragsavtalens innhold	14
3.4.4	Virkning av innholdsmangel.....	16
3.5	Oppdragets start, varighet og avbrudd	17
3.5.1	Oppdragets start.....	17
3.5.2	Oppdragets varighet.....	17
3.5.3	Oppdragets avbrudd.....	18
3.5.3.1	Oppsigelsesform.....	18
3.5.3.2	Varsel og begrunnelse for oppsigelsen	20
3.5.4	Fornytelse av oppdrag.....	20
3.5.5	Virkningen av oppsigelse fra oppdragsgivers side	21
4	<u>OPPDRA GSTAKERS KRAV PÅ VEDERLAG</u>	22
4.1	Vederlagets størrelse	23
4.1.1	Beregningsgrunnlag av vederlaget hvor forkjøpsrett benyttes.....	26
4.2	Når er handel ”kommet i stand”?	26
4.2.1	Unntak ved ugyldighet.....	28
4.2.2	Når er det inngått ”gyldig avtale”?	28
4.2.3	Erstatningskrav mot uaktsom part	29
4.3	Betingede avtaler og vederlagsreguleringen av handel som kommer i stand utenfor oppdragstiden.....	30
4.3.1	Når er partene ”endelig bundet”?.....	31
4.3.1.1	Betingede avtaler	32
4.3.1.2	Betingelser som inntreer utenfor oppdragstiden.....	33
4.3.1.3	Er det <i>rimelig</i> at megler har risiko når betingelsens inntreden er utenfor hans kontroll? 35	
4.3.2	Eiendomsmeglerloven §7-3 (2)	37
4.3.2.1	Hva menes med ”noen” i §7-3(2).....	37
4.3.2.1.1	Hva er et relevant representasjonsforhold?.....	38
4.3.2.2	Kreves det alminnelig årsakssammenheng?	39
4.3.3	Eiendomsmeglerloven §7-3(2) nr.1	40

4.3.4	Eiendomsmeglerloven §7-3(2)nr.2	42
4.4	Betaling av vederlag og tilbakeholdsrett	45
4.4.1	Tilbakeholdsretten i eiendomsmegling	45
4.4.2	Vilkår for tilbakeholdsrett.....	47
4.4.3	Hvor mye kan oppdragsgiver holde tilbake?	47
4.4.4	Retten til motregning på grunnlag av vederlagskrav	48
4.4.5	Vederlag i klientmidler og frivillig motregning	49
4.5	Misligholdsbeføyelser og ugyldighet på grunn av bristende forutsetninger eller avtalelovens §36	50
4.5.1	Meglers oppfyllelsesrisiko	50
4.5.2	Ugyldighet: Meglers kontroll over ”opprinnelige omstendigheter”	53
4.5.3	Misligholdsbeføyelser: Selger misligholder mot kjøper	54
4.5.4	Misligholdsbeføyelser: Kjøper misligholder mot selger	56
4.6	Meglers pliktforsømmelse og prisavslag i vederlaget.....	56
4.6.1	<i>Hva er ”pliktforsømmelse”?</i>	57
4.6.2	Vilkåret ” <i>fra oppdragstakers side</i> ”	58
4.6.3	<i>Hva er ”ikke ubetydelig”?</i>	58
4.6.3.1	Hvordan forstås det gamle vilkåret ”vesentlig” sammenliknet med dagens ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”?	59
4.6.3.2	Helhetsvurdering	62
4.6.4	Virkingen av meglers pliktforsømmelse	64
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	66

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er meglers krav på vederlag. Eiendomsmegler har, på grunnlag av oppdragsavtale med selger, rett på vederlag når avtale om handel av fast eiendom er kommet i stand. Alminnelige avtalefrihet mellom selger og megler gjelder, men denne begrenses blant annet av lov om eiendomsmegling av 29.06.2007 nr 73, heretter kalt eiendomsmeglerloven (emgll). Avhandlingen vil ta for seg eiendomsmeglernes krav på vederlag og forhold som kan redusere dette helt eller delvis. Siktemålet med avhandlingen er å redegjøre for de vilkår og virkninger for vederlag som gjelder ved slike oppdrag. Jeg vil videre trekke frem noen særtilfeller som oppstår ved mislighold og ugyldighet hos noen av hovedpartene ved eiendomshandelen.

1.2 Den videre fremstillingen

Ny eiendomsmeglerlov av 29.06.2007 nr 73 kapittel 1, 6 og 7, som er relevant for denne avhandlingen, trådte i kraft fra 01.01.2008. Loven innebærer endringer, og da også endringer i rettskildebildet. Avhandlingens Del 2 vil gå inn på en generell redegjørelse av den nye rettskildesituasjonen, samt at jeg vil redegjøre for hvilke eldre rettskildefaktorer som kan være relevante.

Jeg vil redegjøre for sentrale temaer, som må klargjøres, for behandlingen av avhandlingens hovedtema. Eiendomsmeglerlovens virkeområde, herunder problemstillinger knyttet til begrepet ”mellommann” og ”eiendomsmeglingsvirksomhet”, vil jeg komme inn på avhandlingens Del 3. Her vil jeg generelt redegjøre for oppdragsavtalen, herunder om oppdragets inngåelse, varighet og oppsigelse.

Hoveddelen, Del 4, tar opp problemstillinger rundt meglers vederlag. Avhandlingen vil drøfte vilkårene og virkningene for meglers vederlag for oppdrag som kommer i stand hhv i og utenfor oppdragstiden. Jeg vil først se på vederlagets størrelse under pkt 4.1. Jeg vil deretter under pkt 4.2 behandle normaltilfellene for meglers vederlagsrett, herunder hva virkningen er ved ugyldige avtaler for meglers rettigheter i forbindelse med vederlaget. Jeg vil under pkt 4.3 drøfte vilkårene for meglers vederlagsrett for betingede avtaler som kommer i stand i og utenfor oppdragstiden. Jeg vil også drøfte vilkårene for meglers vederlagsrett for handel som kommer i stand utenfor oppdragstiden. Under pkt 4.4 vil jeg drøfte selve utbetalingen av vederlaget til megler, og problemstillinger med oppdragsgivers tilbakeholdsrett i den forbindelse. Under pkt. 4.5 vil jeg komme inn på meglers vederlagsrisiko, for hovedpartenes handlinger etter at handel er kommet i stand, i forbindelse med misligholdsbeføyelser og ugyldighet ved bristende forutsetninger eller avtalelovens §36. Til slutt, under pkt 4.6, vil jeg drøfte meglers vederlagskrav ved pliktforsømmelse fra hans side, og herunder helt eller delvis nedsettelse av vederlaget etter handel er kommet i stand.

1.3 Begreper i avhandlingen

Jeg bruker i oppgaven terminologier som ”eiendomshandel”, ”kjøper” og ”selger”. Med dette menes ikke at jeg utelukker andre omsetningstyper som loven omfatter, jf emgll. §1-2 og pkt 3.1.1.

Jeg kaller kjøper og selger for ”hovedpartene” i forbindelse med eiendomshandel.

Eiendomsmeglerloven forkortes emgll.

2 RETTSKILDEBILDE OG METODE

2.1 Lov av 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling

Den sentrale rettskilden i forhold til eiendomsmeglers vederlagskrav er lov om eiendomsmegling av 29. juni 2007 nr 73. De bestemmelser i eiendomsmeglerloven som er mest sentrale i denne avhandlingen er emgll. §§1-2(tidligere §1-1), 6-4(tidligere §3-2), 6-5(tidligere §3-3), 7-2(tidligere §4-1), 7-3(tidligere §4-2), 7-4 (tidligere §4-3) og 7-7(tidligere §4-6). Jeg vil også komme innom §§6-7, 6-8 og 6-9.

Det er viktig å merke seg at loven har, i motsetning til lov om eiendomsmegling 1989, en formålsparagraf i §1-1. Forarbeidene sier at lovens formål skal være retningsgivende for tolkningen og har således vekt i tolkningsprosessen.¹ Dersom ikke sterke grunner taler i mot, skal formålet ved skjønnsutøvelsen av bestemmelsene ha som siktemål å gjenspeile seg i tolkningsresultatet.

2.1.1 Lovens fravikelighet

Eiendomsmeglerloven §1-3 hjemler lovens fravikelighet. Bestemmelsens overskrift er ”Fravikelighet utenfor forbrukerforhold”. Av ordlyden følger det at loven er fravikelig i næring. Ordlyd hentyder også at loven generelt er ufravikelig innenfor forbrukerforhold. Departementet uttalte, i Ot.prp.nr.16 (2006-2007) s.43, at alle bestemmelsene som kan fravikes utenfor forbrukerforhold(i næring), burde samles i én bestemmelse.

¹ NOU:2006 Eiendomsmegling s.26 øverst.

Spørsmålet er om det er en endring av rettstilstanden vi står ovenfor eller kun en nærmere presisering. Falkangerutvalget uttalte i forbindelse med kapittel 3 og 4 av lov av 1989(nåværende kap. 6 og 7) at:

”Et hovedhensyn også med utformingen av de privatrettslige reglene har vært forbrukervernet, i vid forstand. Utkastets bestemmelser om meglers forhold til kjøper og selger er derfor av preseptorisk karakter, men på flere punkter er det åpnet for avvikende avtale”²

Denne uttalelsen gir uttrykk for at lovgiver har ment at utgangspunktet er at loven er preseptorisk, men at enkelte bestemmelser kan åpne for unntak. Uttrykket i ”vid forstand” trekker i retning av at ikke bare forbrukere er vernet, men også næringsdrivende, som handler innefor lovens virkeområde, er omfattet av vernet. Dette syn er støttet i teorien.³ En bestemmelse som åpnet for unntak i lov av 1989 var §3-3(2); ”Utenfor forbrukerforhold kan oppdrag gis og fornyes” for lengre enn seks måneder. Ihht til denne bestemmelsen kunne det i næring avtales en annen ordning enn lovens. Samme bestemmelse er å finne i dagens §6-5, men dens fravikelighet er angitt i emgll.§1-3. Forskjellen mellom lov av 1989 og 2007, i forbindelse med fravikeligheten utenfor forbrukerforhold, er at den er angitt i §1-3 i stede for i den enkelte bestemmelse.

I emgll §1-3 er det uttømmende listet opp hvilke bestemmelser som ”kan fravikes utenfor forbrukerforhold”, dvs fravikes i næring. Det er emgll. §6-4 om oppdragsavtalen,§6-5 om oppdragets varighet,§7-1 om prisinformasjon, §7-2(1)-(3) om vederlaget generelt, §7-4(1) om vedelagets forfallstidspunkt, §7-4(3) om oppdragsgivers tilbakeholdsrett og §8-8 om nemndsbehandling. Det følger av ordlyden at alle andre bestemmelser i loven ikke kan fravikes, verken i næring eller forbrukerforhold. De opplistede bestemmelsene er gitt ”særlig (...) for å styrke forbrukervernet ved transaksjoner som omfattes av

² Mine understrekninger. NOU 1987:14 s. 39.

³ Rosèn/Torsteinsen s.52.

eiendomsmeglerloven”⁴, og kan derfor fravikes utenfor forbrukerforhold⁵. Departementet uttaler videre at ”hvor bestemmelsen kan fravikes også i forbrukerforhold vil dette fremgå av den aktuelle lovbestemmelsen.”⁶ Av dette fremgår det at eiendomsmeglerlovens system i utgangspunktet er ufravikelighet, men §1-3 presiserer nærmere hvilke bestemmelser som kan fravikes i næring. Et eksempel på en bestemmelse som gir avtalefrihet til partene, uansett om oppdragsgiver er forbruker eller næringsdrivende, er emgll. §7-3(4). Den bestemmer uttrykkelig at bestemmelsen om meglers krav på vederlag kan fravikes. En avtale om en annen ordning enn lovens vil, i dette tilfellet, være til gunst for oppdragsgiver.

På bakgrunn av lovens ordlyd og forarbeider og forarbeiduttalelsene i lov av 1989, kan det tyde på at det ikke er en endring i systemet, men en presisering av forbrukervernet.

Emgll. §1-3 2.pkt. inneholder en legaldefinisjon av forbrukerforhold. Forbrukerforhold er definert til å være når ”oppdragsgiver er fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet”. Det kan altså ikke være et selskap eller annen sammenslutning. Dette samsvarer også med forbrukerbegrepet i annen lovgivning, jf for eksempel håndverkertjenesteloven og forbrukerkjøpsloven. Teori og praksis knyttet til forbrukerbegrepet i disse lovene vil være av rettskildemessig relevans opp mot eiendomsmeglerloven. Jeg vil ikke gå nærmere inn på denne problemstillingen.

2.2 Rettspraksis

Rettspraksis er en av de viktigste rettskildedefaktorene. Siden eiendomsmeglerloven av 2007 er forholdsvis ny, foreligger det ennå ikke så meget av rettspraksis. Rettspraksis til lov av 1989 blir derfor relevant på de områdene der rettstilstanden videreføres. I forhold til hva som videreføres må det ses hen til forarbeidene. Høyesterettspraksis veier tungt der den har

⁴ Min understrekning

⁵ Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.43 annens spalte.

⁶ Min understrekning.

drøftet presise problemstillinger. Underrettspraksis har også relevans, men veier generelt mindre enn Høyesterettspraksis.

2.3 Forarbeidene

Forarbeidene er en sentral rettskilde. Forarbeidene er inntatt i NOU 2006:1 om Eiendomsmegling og Ot.prp. nr 16 (2006-2007) om lov om eiendomsmegling. Forarbeidene vil være viktige for å klarlegge hva i den gamle rettsstilstanden som skal videreføres. Videre vil forarbeidene klargjøre hvilke nye hensyn som gjør seg gjeldende i ny eiendomsmeglerlov.

Også forarbeider til lov av 1938 og 1989 er vesentlig på de punkter hvor gjeldende rett er en videreføring, herunder er Ot.prp.nr 54(1938) og NOU 1987:14 om Eiendomsmegling sentral i flere av drøftelsene i den nye loven.

2.4 Juridisk teori

Juridisk teori er en relevant rettskilde. Den har dog mindre vekt enn lovtekst, rettspraksis og forarbeider. Ettersom de bestemmelsene som denne avhandlingen hovedsaklig gjelder trådte i kraft 1.januar 2007, foreligger det ennå ikke særlig mye teori. Eldre teori er imidlertid relevant på de punktene hvor det er en videreføring av rettsstilstanden.

2.5 Reelle hensyn

Lovens formålsparagraf inneholder relevante reelle hensyn, § 1-1. Formålet med loven er å sikre en ordnet, god, uavhengig og effektiv omsetning. Forarbeidene vektlegger i tillegg konkurransehensyn, forbrukerhensyn og åpenhet.

I Ot.prp. nr 16 (2006-2007) s. 7 gis begrunnelsen for en lovbestemt formålsbestemmelse:

”Eiendomsmeglere utøver en samfunnsmessig viktig funksjon, og de fleste mennesker kommer i kontakt med en eiendomsmegler en eller flere ganger i løpet av livet. Eiendomstransaksjoner omfatter gjerne store økonomiske verdier, og for mange er kjøp og salg av bolig den største enkeltransaksjonen de noensinne vil foreta.”

Videre uttrykker departementet at eiendomstransaksjoners komplekse karakter krever kvalifisert rådgivning.

Formålets ordlyd er meget vidt formulert og altomfattende. Det er mange formål, som gjør at de blir uforenelige i mange tilfeller. Formålsparagrafen fort taper sin relative vekt i forhold til andre mer presise rettskilder. I Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.11 nevnes spesielt at effektivitetshensynet er kryssende i forhold til sikkerhet og orden. Kravet til utdanning og økt kompetansekrav, vil øke etterspørselen etter personer med denne utdanning og kompetanse. ”Dette kan isolert sett øke prisen på eiendomsmeglertjenester, samtidig som slike krav bidrar til å heve kvalitetsnivået på de tjenester som tilbys”. I forhold til de kryssende hensynene om å holde prisene nede, og på den annen side sikre høy kvalitet veier sistnevnte tyngre.

Ved skjønnutøvelsen av lovens begreper er de reelle hensynene relevante for tolkningen.

Jeg avgrensner mot en drøftelse av disse formålene, og vil heller anvende de under skjønnutøvelsen senere i avhandlingen.

2.6 Reklamasjonsnemnda⁷

Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglingstjenester ble opprettet 1. januar 2005 i samarbeid mellom Norges Eiendomsmeglerforbund, Den norske Advokatforening, Eiendomsmeglerforetakenes Forening og Forbrukerrådet.

Uttalelser fra Reklamasjonsnemnda kan være en relevant rettskildefaktor, men dens vekt er av liten verdi. Nemndas medlemmer har ikke kompetanse til å komme med uttalelser som er rettslig bindende for domstolene. Medlemmene har spesialkompetanse innenfor eiendomsmegling, og dette kan gi deres uttalelser en viss vekt. Deres uttalelser kan virke som retningslinjer for bransjens syn i ulike saker, og kan få vekt dersom praksisen blir massiv og kvalitativ god med støtte i andre rettskildefaktorer.

Uttalelsene er rådgivende for partene, og partene er ikke pliktige til å rette seg etter den. Behandlingen av klagesaker er skriftlig, kort og konkret. Sakene er heller ikke fritt og fullt ut allment tilgjengelig. Dette gjør at uttalelsenes verdi taper vekt.

Vekten av nemndas uttalelser vil bero på forekomsten av annet rettskildemateriale. Eiendomsmeglervirksomheten bygger lang lovgivingstradisjon, og har gjennomgått noen, men ikke store endringer siden 1931-loven. Det finnes omfattende rettspraksis, forarbeider, teori og andre relevante rettskilder. Reklamasjonsnemndas uttalelser kan i denne sammenheng ikke ha større vekt enn som en overbevisningskraft.

Jeg vil ikke gjennomgå Reklamasjonsnemndas praksis i denne avhandlingen

⁷ <http://www.eiendomsmeglingsnemnda.no/> og Rosèn /Torsteinsen s.60-61

3 LOVENS VIRKEOMRÅDE OG OPPDRAGSAVTALEN

3.1 Lovens virkeområde

Emgll §1-2 fastslår at loven gjelder ”eiendomsmeglervirksomhet” i Norge. Annet ledd presiserer videre at eiendomsmegling er å ”opptre som en mellommann”.

3.1.1 Omsetningstyper

Å drive ”eiendomsmeglervirksomhet” knyttes i lovens §1-1 til å gjelde ”omsetning av fast eiendom”. Loven angir positivt hva slags fast eiendom eller rettigheter i fast eiendom loven gjelder.

Mellommannens oppgaver i henhold til lovens anvendelsesområde er bistand ved oppgjør, omsetning av fast eiendom, herunder eierseksjoner og ideelle andeler i fast eiendom. Videre bistår mellommannen ved inngåelse og overdragelse av feste- og leiekontrakt til fast eiendom, dog unntatt av forpakningskontrakter etter forpakningsloven av 1965 nr.1. Omsetning av borettsandeler og aksjer, andelsbrev, pantebrev eller annet omsetningsgjeldsbrev, som er knyttet til bo eller leierett eller annet bebygd eiendom, er videre objekt for loven. Videre gjelder loven omsetninger av parter i selskaper (aksjeselskap, allmennaksjeselskap, ansvarlig selskap og kommandittselskap) der handelen hovedsakelig tar sikte på overdragelse av eiendom eller leierettigheter, som ovenfor er nevnt.

Loven fastslår uttrykkelig at den ikke gjelder formidling av avtale om utleie av hytte eller privatbolig eller rom til slike fritidsformål. Det samme gjelder for rom i hoteller, herberger mv for overnatting eller opphold. Loven gjelder dog formidling av tidsparter under lov 13.06.1997 nr 37.

Denne avhandlingen vil først og fremst ta for seg problemstillinger ved salg av fast eiendom, selv om retten også kan anvendes på de andre omsetningstypene som er nevnt i loven.

3.2 Mellommann

Det er ingen legaldefinisjon av begrepet ”mellommann” i loven. En naturlig språklig forståelse av mellommann vil være en som ikke er part i et forhold, men som er et bindeledd mellom hovedpartene. Departementet har i forarbeidene ikke ønsket en strengt avgrenset legaldefinisjon, da begrepet bør bero på en helhetsvurdering⁸, og en videreføring av gjeldende rett. Dette trekker i retning av at begrepet er et dynamisk begrep som må tolkes i samsvar med samfunnsforholdene og tiden.

I forarbeidene angis at begrepets tradisjonelle forståelse er en som medvirker i omsetning av rett til fremmed fast eiendom for tredjemanns regning og risiko.⁹ Juridisk teori¹⁰ karakteriserer en mellommann er en som handler i fremmed navn og selv ikke blir part i avtalen. Det samme er forutsatt i lov om eiendomsmegling av 1989¹¹.

Mellommannens egen eiendom faller utenfor mellommannvirksomheten. Emgll §1-2(5) bestemmer uttrykkelig at loven ikke gjelder tjenester som utøves for foretakt ”innen samme

⁸ Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.18

⁹ NOU 2006:1 s.26

¹⁰ Woxholth, *Avtalerett* s.291 flg.

¹¹ NOU 1987:14 s.46-50, Ot.prp.(1988-1989) s.6-9 og 34-36.

konsern” eller ”foretak innen en gruppe med tilsvarende tilknytning mellom foretakene” (en interessegruppe av foretak). Loven gjelder imidlertid dersom den aktuelle eiendommen helt eller delvis er egnet til fritidsbruk. Det er ikke eiendomsmegling når selskaper innenfor samme konsern eller foretak innenfor samme interessegruppe utøver tjenester av karakter til eiendomsmeglerloven for hverandre. Dersom et selskap selger eiendom, gjennom noen som representerer selskapet, er det ikke mellommannsvirksomhet.¹² For et kjøpesenter er det vanlig at et selskap eier eiendommen, mens ett annet står for driften av eiendommen, herunder utleie¹³.

Dersom en sameier selger en sameie-eiendom er det ikke mellommannsvirksomhet for hans egen andel, men kun for den delen som tilhører hans sameiere.¹⁴ Når megleren ikke handler med sin egen eiendom innebærer det at han er upartisk, og har ikke selv kompetanse til å binde oppdragsgiver, med mindre det foreligger særskilt fullmakt.

Mellommannen formidler avtaler, og har ikke den økonomiske risikoen med avtalen. En egenhandler bærer den fulle risikoen for tap, og samtidig drar fordel av eventuelle gevinster. Mellommannens økonomiske interesse knytter seg til vederlaget, og intet annet. Det karakteristiske er at mellommannen ”gambler” med vederlaget. Han får vederlaget ettersom han lykkes med oppgavene sine eller ikke. Dette vil også kunne karakteriseres som ”No cure, no pay”. Men det kan også tenkes at mellommannen er sikker på at han får vederlaget. Uansett om vederlaget er sikkert eller ikke, så er mellommannens interesse kun tilknyttet vederlaget.

Avhengig av oppdragets art innebærer formidlerrollen å bringe partene sammen, legge forholdene til rette for forhandlinger, avklare deres standpunkter, fremlegge forslag til avtalevilkår, etc.¹⁵

¹² Karnov s.1922 note 2.

¹³ NOU 2006:1 s. 27.

¹⁴ Karnov s.1922 note 2.

¹⁵ NOU:1987:14 s.46-50, Ot.prp.(1988-1989) s.6-9 og 34-36.

Mellommannen er videre en selvstendig oppdragstaker. Rene ansettelsesforhold er ikke mellommannsvirksomhet, men sondringen mellom et ansettelsesforhold og mellommannsvirksomhet er neppe avgjørende¹⁶. Det må foretas en helhetsvurdering for å avgjøre om det foreligger mellommannsvirksomhet.

3.3 Mellommannsvirksomheten: Hva er å "bringe partene sammen"?

Mellommannens oppgaver grenser mot vanlige advokatoppdrag. Den enstemmige dommen Rt.1997.1061 gjaldt salg av eierseksjoner, og om et erstatningskrav, mot en advokat, falt under hans ansvarsforsikring for advokater. Hans innsats ble ansett som eiendomsmegling, og den ordinære ansvarsforsikringen kunne således ikke dekke kravet. Spørsmålet var om advokaten hadde vært mellommann, eller om det hadde vært et alminnelig advokatoppdrag. Advokaten hadde på vegne av byggherren markedsført eiendommen, forestått kontrakstinngåelsen og de økonomiske oppgjørene. Dommen viser til forarbeidene og Falkanger-utvalget i NOU 1987:14 Eiendomsmegling s. 50, som i sin tid ga en oversikt over oppgaver som eiendomsmegling som regel vil bestå av¹⁷. Den nye lovens forarbeider slutter seg til denne oversikten, og oversikten er således fortsatt relevant¹⁸.

- " (1) mottakelse/registrering av oppdraget, typisk salgsoppdrag,*
- (2) besiktigelse av salgsobjektet, tilveiebringelse av informasjon og faktisk og rettslige forhold, eventuell opprydning i rettslige heftelser (salgsklargjøring),*
- (3) salgsarbeid kunngjøring og visning- med informasjon til mulige kjøpere om salgsobjektet,*
- (4) de egentlige salgsforhandlingene, med sikte på å oppnå enighet mellom selger og en kjøper,*
- (5) bistand mht finansiering av ervervet,*

¹⁶ Karnov s.1923 note 2 nr 3

¹⁷ Ot.prp. nr 16(2006-2007) s.16

¹⁸ Ot.prp. nr 16(2006-2007) s.18-19, jf s.16

- (6) utforming av kontrakten, innhenting av underskrifter m.v.,*
- (7) gjennomføring av det økonomiske oppgjøret,*
- (8) bistand ved konsesjon o.l.,*
- (9) hjemmeloverføring.”*

Punkt 3,4 og 6 er de mest sentrale oppgavene i eiendomsmeglingsvirksomheten. Dersom oppgavene i pkt 3 og 4 er fullført, og partene har satt bort kontraktsutforming, kan det allikevel bli ansett som eiendomsmegling.

Momenter som ble vektlagt, i vurderingen av om advokaten hadde vært mellommann i eiendomsoverdragelsen, var at det var rådgivning innenfor kjerneområdet for eiendomsmegling, herunder spørsmål i forhold til sikkerhet for selger under gjennomføring av oppdraget. Byggherren hadde ikke konsesjon til å gjennomføre handelen, og kontaktet advokaten. Advokaten hadde en sentral rolle ved gjennomføringen av de økonomiske oppgjørene, utarbeidelse av standardkontrakter, partene møtte hos ham for signering av kontrakter, samt at han gjennomgikk de forskjellige punktene før signering med partene.

Advokaten ble av Høyesterett, som nevnt, ansett for å være mellommann.

3.4 Oppdragsavtalen

Det er oppdragsavtalen mellom selger og megler som er grunnlaget for meglers vederlag. Det er derfor nødvendig å se hvilket vilkår som følger av avtalen. Spørsmålet om det foreligger oppdrag som gir megler rett til å fremby eiendom for salg eller leie. Emgll §6-4 har minimumskrav til avtalens innhold. Spørsmålet om det foreligger oppdragsavtale må avgjøres etter alminnelige prinsipper om avtaleslutning.¹⁹ Hovedregelen i norsk rett er avtalefrihet, dvs både med hensyn til innhold og form. Innholdet og formen til en oppdragsavtale er regulert av eiendomsmeglerloven kap 6.

¹⁹ Rosen/Torsteinsen.s.72

3.4.1 Tilbud om vederlag

En av de mest sentrale punktene i en oppdragsavtale er meglers vederlag. Dette må avtales på forhånd og emgll. §7-2(2) fastslår at megler skal utarbeide et skriftlig tilbud om dette. Det kan avtales enten provisjon eller timepris som betaling for meglers tjenester. Tilbudet skal angi en timepris og et anslag om antatt nødvendig tidsforbruk for oppdraget. Det er da opp til oppdragsgiver om han vil akseptere tilbudet.

Dersom oppdragsgiver velger timepris, har megler varselplikt, når det forventes at det antatte timeoverslaget kommer til å bli vesentlig oversteget. Risikoen for at oppdraget tar lengre tid enn forventet ligger i utgangspunktet således hos oppdragsgiveren, jf ordlyd.

3.4.2 Oppdragsavtalens form

Hovedregelen i norsk avtalerett er formfrihet. Det fremgår imidlertid at oppdragsavtalen ”skal være skriftlig”, jf eiendomsmeglerloven §6-4(1). Dette er et absolutt krav i henhold til ordlyden. Hovedhensynet til formen er oppdragsgiveren og forbrukerhensyn.

Oppdragsgiveren skal skjønne hva oppdraget innebærer, samt at det skal vekke hans juridiske bevissthet (solennitet).²⁰ Formkravene kan således videre virke konfliktforebyggende. En naturlig avtalerettslig virkning av brudd på skriftlighetskravet er at avtalen kjennes ugyldig.

Oppdraget skal videre signeres av partene.

3.4.3 Oppdragsavtalens innhold

Minimumsinholdet av oppdragsavtalen er regulert i en uttømmende liste i emgll §6-4. Bestemmelsen inneholder et absolutt minimumskrav til innhold av avtalen, jf. ”skal(...)minst inneholde”. Brudd på bestemmelsen må løses etter alminnelige

²⁰ Rosèn/Torsteinsen s.74.

avtalerettslige tolkningsprinsipper, herunder bl.a om avtalen skal settes helt eller delvis til side som ugyldig.

Jeg avgrensner til å nevne de vilkår til innhold, i oppdragsavtalen, som er de mest relevante i forhold til behandlingen av meglers vederlagskrav. De mest sentrale bestemmelsene er §6-4(1) nr 4, 7, 8 og 9, og lyder som følgende:

*”(1) Oppdragsavtalen skal være skriftlig og minst inneholde følgende opplysninger:(.....)
4. hva som er avtalt om oppdragstakerens vederlag, herunder hva oppdragstakeren kan kreve dersom handel ikke kommer i stand(.....),
7. oppdragets varighet og hva som gjelder om oppsigelse av oppdraget,
8. oppdragstakerens eventuelle rett til vederlag for handel sluttet gjennom andre eller uten mellommann og i så fall de nærmere betingelser for denne retten,
9. om andre oppdragstakere de siste tre måneder har arbeidet med det samme oppdraget,(.....)”*

Hensynet bak §6-4(1) nr 4 er at det skal være åpenhet om meglers vederlag slik at det er klart for begge parter i eiendomshandelen hvilket iniciament megler har for å få handelen gjennomført. Bestemmelsen i nr 4 må ses i sammenheng med emgll §7-2, jf pkt 4.1.

Nr 7 og oppdragets varighet og oppsigelse er av betydning for meglers vederlag, og spesielt av bevismessige hensyn. Megler har kun rett på vederlag etter §7-3 dersom der er kommet i stand handel innenfor oppdragstiden, og utenfor oppdragstiden etter gitte vilkår, jf pkt 4.2 og 4.3.

Nr 8 betydning har relevans i forhold §7-3(1)2.pkt. Hovedregelen er at megler har rett på vederlag selv om han ikke har medvirket. Dette kalles også en-eiendomsmeglers rett. De nærmere vilkår for dette vil bli behandlet i pkt 4.2.

Nr 9 er en ny bestemmelse. Det skal oppgis om andre oppdragstakere de siste tre måneder har arbeidet med det samme oppdraget. Bestemmelsen kan ses i sammenheng med §7-3(2) og meglers vederlagskrav når oppdragstiden er gått ut, jf pkt 4.3.

3.4.4 Virkning av innholdsmangel

Tidligere rettstilstand (ordlyd, rettspraksis og teori) har entydig sagt at feil ved innholdet fører til umiddelbar ugyldighet av vederlags- og utleggsreguleringen i oppdragsavtalen, og megler taper sitt vederlag, mens resten av oppdragsavtalen blir stående. Lovutvalget ville oppheve regel om at avtaledelen, som regulerer vederlaget i oppdragsavtalen, blir ugyldig ved feil. Dette fikk støtte i departementet²¹. Det gjorde seg flere hensyn gjeldende bak opphevelsen av denne absolutte og strenge reglen. Det var en uforholdsmessig streng sanksjon ved feil, den gamle regelen kunne gi tilfeldige fordel for noen oppdragsgivere, og det var en ugunstig regel siden den ikke samsvarer med den tradisjonelle oppfatningen av formfeil ved avtaler. Det ble derfor foreslått alminnelige minstekrav som det kan bygges (avtalerettslige) rettsvirkninger på. Utvalget foreslo at alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper skal avgjøre virkninger av feil ved kontraktens innhold. Det mest vanlige er helt eller delvis ugyldighet. Ugyldighet er den mest nærliggende virkningen av innholdsfeil. Selv om det skulle vise seg at det er gjort en feil ved kontraktsinngåelsen, følger det av alminnelige avtaleprinsipper, at ikke hele avtalen nødvendigvis trenger å bli ugyldig. Lovbestemmelsen må tolkes. Herunder om lovens formål kan bli realisert, selv om avtalen har en form- og/eller innholdsmangel. Dersom lovens formål vil bli realisert selv om avtalen har mangel, er det liten grunn til å reagere uforholdsmessig sterkt på mangelen.²²

²¹ Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.142

²² Woxholth, *Avtalerett* s. 355

3.5 Oppdragets start, varighet og avbrudd

Oppdragets starttidspunkt, varighet og avslutning er viktig for å avgjøre meglers vederlagsrett etter emgll §7-3. Første ledd regulerer vederlag for handel som kommer i stand i oppdragstiden, jf pkt 4.2. Annet ledd hjemler vederlagsrett utenfor oppdragstiden. Megler har på gitte vilkår rett på vederlag for handel som kommer i stand tre måneder etter oppdraget er utgått. Megleren kan maksimalt ha vederlagsretten i behold etter loven i ni måneder etter oppdraget startet. Tidspunktet hvor avtalen er ”endelig” er skjæringstidspunktet som er avgjørende for om vilkårene i §7-3(2) kreves oppfylt eller ikke. Jeg vil komme nærmere inn på dette under pkt 4.3, men det vil først være nødvendig å klargjøre reglene rundt ”oppdragstiden”.

3.5.1 Oppdragets start

Et første spørsmål er når oppdraget begynner å løpe. Loven gir ikke noen uttrykkelig bestemmelse for dette spørsmålet. Det følger imidlertid av alminnelige avtalerettslige prinsipper at en avtale begynner å virke fra den er gyldig bindende. Oppdraget skal være skriftlig, jf §6-4(1)(1). Det er avtalefrihet i forhold til innhold, og partene kan fritt avtale fra når oppdraget skal gjelde. Jeg forutsetter i det følgende at partene har avtalt at oppdragsavtalen skal gjelde fra signeringsdato av oppdragsavtalen.

3.5.2 Oppdragets varighet

Et annet spørsmål oppdragsavtalens varighet. Utgangspunktet er avtalefrihet, men emgll §6-5 bestemmer at oppdraget ”skal gis for et bestemt tidsrom som ikke kan være lengre enn seks måneder”. Bestemmelsen er absolutt, jf ”skal”, og det kan ikke utøves skjønn i forhold til hvor lang tid oppdraget skal vare. Bestemmelsen er ufravikelig i forbrukerforhold, men i næring kan det avtales en lengre utløpsdato, jf emgll. §1-3 og pkt 2.1.1. I utgangspunktet er

det opp til partene å avtale varigheten i norsk rett, men bestemmelsen gir en tidsbegrensing på inntil seks måneder. Oppdragstiden kan vare alt fra en dag inntil seks måneder.

3.5.3 Oppdragets avbrudd

Et tredje spørsmål er hvordan oppdragstiden avbrytes. Oppdragstiden kan opphøre på to måter; enten ved oppsigelse eller at lovens oppdragstid går ut. Den lovbestemte oppdragstiden går ut seks måneder etter oppdragsavtalen ble signert hvis ikke annet er avtalt. Utgangspunktet er at når en avtaler er brakt til opphør ved en gyldig oppsigelse er retten på vederlaget etter oppsigelsen falt bort.²³ Unntak fra dette finnes, som tidligere nevnt, i emgll. §7-3(2), jf pkt 4.3.

3.5.3.1 Oppsigelsesform

Når det gjelder oppsigelse er hovedregelen i norsk ulovfestet avtalerett er at partene fritt kan avtale oppsigelse, og hvordan oppsigelse skal gjøres. Oppsigelse ved eiendomsmegleroppdrag er hjemlet emgll §6-5(2). Det står ingenting i ordlyden om oppsigelsesform, begrunnelse eller varselplikt, jf annet ledd. Utgangspunktet må derfor være at oppsigelsen kan være både skriftlig og muntlig. Departementet har uttalt at det ”fortsatt bør være formfrihet ved oppsigelse fra oppdragsgivers side”.²⁴ Muntlig som skriftlig meddelelse er nok. Når meddelelsen ”har kommet til kunnskap” er oppsigelsen virksom i følge norsk ulovfestet lære. Oppsigelsen kan trekkes tilbake innen dette tidspunktet.

Det kan på bakgrunn av forarbeiduttaleten spørres om det gjelder et strengere formkrav for oppdragsgiver. Jeg kan imidlertid ikke se noe i ordlyden som skulle trekke i retning av at det gjelder et strengere krav for oppdragstaker. Ordlyden likestiller partene etter en

²³ Hagstrøm s.233

²⁴ Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.147.

naturlig språklig forståelse. Megler har på en annen side, som profesjonell part, bevisbyrden for tidspunktet for oppsigelsen.²⁵

I Rt.2005.507 måtte megler bære risiko for forhold som retten ikke fant bevist fordi det var naturlig å forvente at megler, som profesjonell part, sikret seg bevis, bl.a ved skriftlighet, jf pkt 4.3.1 om saksforholdet.

Problemstillingen om meglers risiko for bevis ble også drøftet i LB-2004-42726. Spørsmålet var om meglers mellomkomst ga rett til provisjon da han ikke medvirket til utleiet. Det ble inngått oppdragsavtale mellom oppdragsgiver A og megler M om utleie av lokaler. Partene var næringsdrivende. Det ble avtalt at megler skulle ha eksklusiv rett til å arbeide med utleie av lokalene. Før signering strøk A over, i oppdragskjemat, en henvisning til tidligere emgll §4-2, som hjemlet meglers rett på vederlag selv om det ikke er årsakssammenheng mellom meglers innsats og handelen. A inngikk leiekontrakt på egen hånd uten meglers bistand. Megler krevde vederlag. Megler hadde lagt ned betydelig arbeid i å få tak i en annen leietaker. Lagmannsretten fant at avtalen ikke hjemlet provisjonskrav, men etterfølgende aksept gjorde det.

Retten tok utgangspunkt i at vederlagsretten ikke må følge lovens ordning. Oppdragsgiver hadde ensidig strøket dette vilkåret, og det forelå således ingen bindende avtale på dette punktet. Retten uttalte at bevisbyrden, for forhold som lå utenfor det skriftlige, påligger megleren. Retten fant det ikke bevist at det var sannsynlig at oppdragsgiver muntlig hadde samtykket i rett til provisjon. Megler hadde ikke vært aktsom nok, ved at han ikke hadde sikret seg skriftlig bevis for dette, da dette var en så sentral rettighet. Det burde han fordi han var en profesjonell aktør.

Retten dissenterte etter en konkret vurdering, i favør av megler, i spørsmålet om oppdragsgiver hadde erkjent meglers rett til provisjon med dens opptreden.

²⁵ Ot.prp. nr 16 (2006-2007) s.147 flg.

3.5.3.2 Varsel og begrunnelse for oppsigelsen

For oppdragstakerens side, kan manglende varsel og begrunnelse, skade forutberegneligheten. Dette kan imidlertid sies forsøkt reparert i tredje ledd der oppdragstaker har rett på "rimelig vederlag" for allerede utført arbeid. Videre kommer bestemmelsen i §7-3(2) om meglers rett til vederlag etter oppdragstiden er ute, jf drøftelse nedenfor i pkt 4.3. Oppdragsavtalen skal inneholde et punkt om "hva som gjelder ved oppsigelse av oppdraget", jf.§6-4(1) nr.7. Her står partene fritt til å avtale hva som vil skje med vederlaget etter oppsigelsestiden er utløpt. Videre følger det av mellommannens karakter at han ikke skal ha betalt dersom han ikke lykkes i sitt arbeide ("No cure, no pay"). Eiendomsmegleroppdrag er et resultatorientert oppdrag.

En gyldig oppsigelse trenger ingen begrunnelse, varsel eller spesiell form.

3.5.4 Fornyelse av oppdrag

Et videre spørsmål er hva som skal til for at oppdragsavtalen fornyes. Emgll §6-5(1)2.pkt hjemler fornyelse av oppdragsavtalen. Ordlyden, "om gangen", trekker i retning av at det ikke kan forhåndsavtales en fornyelse av oppdraget. Dette er også i samsvar med praksis, teori og lovens formål om forbrukervern. Det følger av alminnelig avtalerett at begge parter må være enige i en forlengelse og dens lengde. Megler eller oppdragsgiver kan ikke ensidig forlenge avtalen. Eiendomsmeglerloven stiller opp et skriftlighetsvilkår for oppdragsavtaler, og det vil derfor være naturlig at en forlengelse av oppdraget er skriftlig også. Dette samsvarer med emgll §6-5(1)3.pkt og rettpraksis støtter også dette synet. I Rt.1973.196 ble det påstått at oppdragsavtalen hadde blitt muntlig forlenget. Megler fikk ikke medhold av Høyesterett.

Forlengelse kan bare skje skriftlig hver sjette måned.

3.5.5 Virkningen av oppsigelse fra oppdragsgivers side

Ved oppsigelse har oppdragstaker rett på ”rimelig vederlag for utført arbeid”, jf §6-5(3). Ved timebetaling der det ingen grunn til å lovfeste hva som er ”rimelig”.²⁶ Her vil medgått tid bli fakturert.

Problemstillingen er således avgrenset til der det er avtalt provisjonsbetaling. Spørsmålet er således hva som er ”rimelig vederlag”. Etter en naturlig språklig forståelse må vederlaget være mer enn det rent symbolske. Men samtidig mindre enn fullt vederlag. Begrepet er meget skjønnsmessig, og det vil være naturlig å vurdere det helhetlig, i forhold til det konkrete tilfellet som foreligger. Falkanger-utvalget i lov av 1989 drøfter ”rimelig vederlag”²⁷, som også er videreført i den nye loven. Vederlaget bør ikke ligge like høyt eller høyere enn hva megler ville fått i vederlag ved handel. Den tid megler faktisk har nedlagt av arbeidsinnsats bør heller ikke uten videre være målestokk. Avtalens karakter (”no cure, no pay”), gjør at megleren risikerer å ikke få vederlag, hvis handel ikke kommer i stand. Vederlaget bør således heller ikke overstige faktisk arbeidsinnsats i det enkelte tilfellet. På en annen side, bør ikke oppsigelse være en lettvindt vei for oppdragsgiver å komme seg ut av oppdragsforholdet, hvor han ser muligheter for omsetning uten formidlingskostnader. Man må med andre ord foreta en konkret vurdering av omstendighetene i den enkelte sak for å finne ”ordinært nivå”.

²⁶ jf Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.146.

²⁷ NOU 1987:14 Eiendomsmegling s. 71 og Rosen/Torsteinsen s.106.

4 OPPDRAGSTAKERS KRAV PÅ VEDERLAG

INNLEDNING

Eiendomsmeglerloven(emgll) kapittel 7 gjelder vederlag og utlegg i forbindelse med eiendomshandel til eiendomsmegler. De mest sentrale bestemmelsene for denne avhandlingen er §§7-2, 7-3, 7-4 og 7-7. Emgll.§§7-3 og 7-7 er ufravikelig i forbrukerforhold, jf. emgll.§1-3.

Emgll. §7-2 regulerer vederlagets størrelse. Det skal avtales på forhånd. Det kan betales provisjon eller timebetaling, men det er ikke tillatt med progressiv provisjon, jf pkt.4.1.

Emgll.§7-3 hjemler meglers krav på vederlag. Første ledd regulerer bestemmelsen meglers rett på vederlag dersom ”handel kommer i stand” i oppdragstiden, jf pkt 3.5 om oppdragstiden. Handelen må ikke være et resultat av meglers innsats, jf pkt 4.2 og 4.3.1.

Emgll.§7-3(2) regulerer meglers vederlagsrett for handel som kommer i stand i en tre-måneders periode utenfor oppdragstiden, jf pkt 4.3.2, 4.3.3 og 4.3.4. I forhold til denne type tilfeller er utgangspunktet at det kreves årsakssammenheng mellom den endelige avtalen og meglers innsats. Årsakssammenhengkravet er innsnevret i forhold til den alminnelige årsakslæren, og gjør det praktisk enklere å bedømme årsakskravet. Det er to alternative vilkår som gir rett på vederlag for megler. For det første dersom eiendommen er omsatt til ”noen som oppdragstaker har forhandlet med i oppdragstiden”. For det andre dersom megler har informert kjøper, etter forespørsel fra kjøper, om eiendommen i oppdragstiden.

Emgll.§7-4 regulerer selve forfallet for betalingen av vederlaget, jf pkt 4.4. Det er når ”handel er kommet i stand”. Bestemmelsen virker bl.a. som et forbud mot

forskuddsbetaling. Oppdragsgiver har en tilbakeholdsrett dersom han mener at megler har forsømt sine plikter. Oppdragsgiver kan holde tilbake et beløp tilsvarende misligholdskravet. Bestemmelsen har virkning som et praktisk pressmiddel mot megler. Megler får videre søksmålsbyrden dersom han mener tilbakeholdsretten ikke er berettiget.

Ved ugyldige avtaler mellom kjøper og selger taper megler sitt vederlag fordi misligholdet knytter seg til kontraktsslutningen. Misligholdsbeføyelser og ugyldighet ihht læren om bristende forutsetninger eller avtl.§36, i avtalen mellom kjøper og selger, knytter seg til hendelser i tiden etter avtalen er komme i stand, og megler kan etter forholdene tenkes ha sitt vederlagskrav i behold, jf pkt 4.5. Meglers ”vederlagsskjebne” er avhengig av partenes valg med hensyn til om rettskravet er ugyldighet eller annen misligholdsbeføyelse. Lovgiver mener imidlertid at dette ikke er en vesentlig tilleggsrisiko i forhold til den utsatte stilling kravet på vederlag ellers har.²⁸

Emgll. § 7-7 regulerer prisavslag på meglertjenester. Selv om avtale er bindende mellom hovedpartene, risikerer megler allikevel å tape eller få sitt vederlag redusert på grunn av forhold som oppstår etter kontraktsinngåelse, når dette skyldes pliktforsømmelse fra hans side, jf pkt 4.6.

4.1 Vederlagets størrelse

Utgangspunktet er avtalefrihet om vederlaget størrelse.²⁹ Vederlagets størrelse må avtales skriftlig mellom parten. Emgll.§6-4(1)nr.4 bestemmer at det skal angis ”hva” som er avtalt om vederlaget. I dette ligger at det skal angis hvilken vederlagsform og størrelse som er avtalt, jf § 7-2. Bestemmelsen i emgll.§7-2 er en generell regel om vederlaget, jf overskriften. Det stilt opp et forbud i første ledd mot å avtale en progressiv presentsats:

²⁸ NOU 1987:14 Eiendomsmegling s.85

²⁹ Ot.prp.nr.16(2006-2007)s.136

”Det kan ikke avtales et provisjonsbasert vederlag hvor den prosentats som skal betales av kjøpesummen øker med kjøpesummens størrelse.”

Det kan f.eks ikke avtales en bestemt prosentats av kjøpesummen opp til prisantydning og deretter en høyere prosentats for beløpet mellom prisantydning og endelig salgspris.

Hensynet bak forbudet om progressiv provisjon er at et slikt system kan bli problematisk i forhold til meglers uavhengighet. Megler vil få for stor interesse i salgssummen, og kan bli fristet til å sette en lav verdivurdering, for å oppnå et større vederlag. Megler skal dessuten ivareta begge hovedparters interesser, og et system med progressiv provisjon, kan gi megler incentiv til å underbygge opplysningsplikten overfor kjøper, da megler får en egeninteresse i salgssummen.³⁰

En antitetisk tolkning av ordlyden sier også at alminnelig provisjonsberegning av ”kjøpesummen” er tillatt. For eksempel 3% av den totale kjøpesummen.

Det er i forarbeidene diskutert om man skulle forby provisjonsbasert vederlag. Utvalgets flertall mente man ikke skulle forby provisjon, men at hele meglers fortjeneste skal inngå i denne. I tillegg skal megler kunne dekke utlegg i kostpris. Departementet sluttet seg til dette forslaget. Det kan for noen oppdragsgivere innebære fordeler å kunne velge provisjon, f.eks om eiendommen er lettsolgt. Det er også en fordel at man lett kan regne ut hva provisjonen blir på forhånd, sett ut i fra salgssummen. Samtidig er det enkelt for forbrukeren å drive prissammenligning. På den annen side er det knyttet betenkeligheter med provisjon, da forbrukeren ikke gjøres bevisst på hva han betaler. Virkninger av dette kan være svekket konkurranse, høyere priser og dårligere kvalitet på tjenesten. På denne bakgrunnen ønsket departementet å øke prisbevisstheten hos forbrukeren ved å innføre nyregulering av meglers vederlag.

³⁰ Ot.prp.nr.16(2006-2007)s.137

I meglers skriftlige tilbud skal det avtales provisjon eller timepris, jf §7-2(2), jf pkt 3.4.1. Megler plikter å skrive regning. Regningen skal utformes slik at det er mulig å bedømme arten og omfanget av arbeidet som er utført. Dette gjelder uansett vederlagsform. Forarbeidene viser til at håndverkertjenesteloven §7-2(3) har samme bestemmelse. Et hensyn til dette er at det skal være større åpenhet rundt prisen og fremme konkurranse aktørene imellom i markedet. Bestemmelsen må ses i sammenheng med krav til oppdragsavtalens innhold og emgll.§6-4 nr.14 der vederlaget skal angis i oppdragsavtalen. Emgll.§6-7 nr.14 er gitt av hensyn til kjøperen og andre interessenter. Åpenhet rundt vederlagsstrukturen kan lett føre til en økt bevissthet om vederlagsvalgets betydning for megleren. Noe som igjen vil føre til økt konkurranse meglerforetakene imellom.³¹

Andre enn selger skal ikke betale vederlaget, jf fjerde ledd. Denne bestemmelsen springer ut i fra prinsippet om at avtaler kun binder partene. Partene skal ikke kunne avtale at tredjemann skal betale vederlaget. Et slik forbud skal være konkurransefremmende i og med at oppdragsgiver er nærmest til å velge, herunder påvirke megler og forhandle prisen. Dette er noe som en tredjemann(kjøper) ikke vil kunne ha mulighet til å påvirke³².

Departementet vil sikre prisinformasjon gjennom forskrift 28.november 1997 om prisopplysning for tjenester, gitt med hjemmel i lov 16.juni 1972 nr 47. Departementet ønsket å gi regler i forskrifts form av hensyn til lovens formål om prisbevissthet. Departementet var ikke sikker på om en formell lov om tilbudet og prisinformasjon ville virke etter sin hensikt. Derfor bestemte de seg for at tiltakene skulle virke over tid, for deretter å vurdere om tiltakene fikk sin ønskede effekt. Ved tolkning av forskriften sett i sammenheng med loven, må man altså foreta en helhetsvurdering der man ser om forskriften sikrer lovens formål.

³¹ Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.137.

³² Ot.prp.nr.16(2006-2007)s.126-127.

4.1.1 Beregningsgrunnlag av vederlaget hvor forkjøpsrett benyttes

Det kan reises spørsmål til hvorvidt vederlaget skal beregnes av kjøpesummen før eller etter forkjøpsrett er benyttet.

RG.2003.937 gjaldt et sameiepar i eiendom. Eiendommen ble lagt ut på markedet. Det ble benyttet forkjøpsrett ovenfor det høyeste bud. Salgsprisen ble mye lavere da eiendommen ble solgt til sameier, som kunne gjøre fratrekke for sin andel i det høyeste bud. Provisjonen ble beregnet av pris etter forkjøpsrett ble gjort gjeldende.

Det kan reises kritikk mot denne tilnæringsmåten for å beregne provisjonsgrunnlaget. Lovens ordlyd trekker i retning av at den totale kjøpesummen skal være beregningsgrunnlaget. Handelen forfaller når selger aksepterer det første budet fra tredjemann, jf §7-4(1), jf pkt 4.2 og 4.3.1 om når handel kommer i stand. At en sameiepart så velger å benytte sin forkjøpsrett i ettertid, er en etterfølgende omstengighet. Forkjøpsretten benyttes med andre ord på et tidspunkt etter at avtalen er ”endelig”. Reelle hensyn støtter også dette, da en annen ordning ville skape uforutberegnelighet.

På denne bakgrunn mener jeg at riktige beregningsgrunnlaget vil være den totale kjøpesummen, dvs kjøpesummen før forkjøpsretten.

4.2 Når er handel ”kommet i stand”?

Eiendomsmeglerloven §7-3 hjemler meglers rett på vederlag. Bestemmelsen kan fravikes ved avtale, jf fjerde ledd. Megleren har vederlagsrett når ”handel er kommet i stand i oppdragstiden”, jf pkt 3.5 om oppdragstidens lengde. Handel er kommet i stand presiseres som når avtalen er ”endelig”, jf pkt 4.3.1.

Ordlyden stiller ikke opp noe krav om at det skal være en sammenheng mellom meglers innsats og handelen. Dette skiller eiendomsmegleroppdrag fra andre mellommannsoppdrag. På denne måten løper megler ikke risiko for at en annen megler slutter oppdraget og krever

provisjon. Falkangerutvalget i lov av 1989 mente at dette bruddet på årsaksprinsippet er et uttrykk for meglers eneforbidlingsrett som ble lovfestet i 1931.³³ Dette gjelder i motsetning til mange andre land, bl.a USA, der flere eiendomsmeglere kan være involvert i en eiendomshandel av et objekt. Megler som slutter kontrakten får vederlaget. Eneformidler-retten innebærer kun en rett på vederlaget, ikke retten til å megle.

Etter en naturlig språklig forståelse er en ”handel kommet i stand” når oppdraget er fullført i henhold til oppdragsavtalen. Det vil innebære at det foreligger en *gyldig avtale* mellom hovedpartene. En ugyldig avtale vil hovedpartene ikke ha incentiv til å gjennomføre, og megler har ikke rett på vederlag. Motsetningsvis følger av ordlyden at megler ikke har rett på vederlag hvis handel ikke kommer i stand. Det er et ”no cure, no pay” system. Megleren har således *avslutningsrisikoen* ved handelen.

Avtaler som lider av formmangel(muntlig avtale når det kreves skriftlighet), habilitetsmangler(mindreårighet og sinnssykdom), innholdsmangler(for eksempel ulovlig prising, jf pristiltaksloven §2) og tilblivelsesmangler(særlig de som nevnes i avtaleloven §§28-33), har hatt en mangel allerede på kontraktsinngåelsestidspunktet. Avtalen har i realiteten aldri vært gyldig hvis den lider av slike feil. Ingen ”handel er kommet i stand”, og megler har følgelig heller ikke har rett på noe vederlag, jf emgll §7-3.³⁴

Det kan spørres om det er *rimelig* at megler bærer risiko for upåregnelige ugyldighetsgrunner som forelå på avtaleinngåelsestidspunktet. Lovgiver har imidlertid ikke ansett det som noen særlig tilleggsrisiko til oppdraget at megler taper vederlaget på grunn av ugyldighet. Det følger av megleroppdragets karakter. Denne risiko anses reparert ved at megler kan rette erstatningskrav mot parten som har opptrådt uaktsomt.

³³ Erik Monsen. *Om eiendomsmeglere rett til provisjon* s.24, Tidsskrift for eiendomsrett 2007 nr 1 Brækhus s.415.

³⁴ NOU 1987:14 Eiendomsmegling s. 84

Megleren har ingen beskyttelse mot en oppdragsgiver som vilkårlig nekter å akseptere tilbudet. Dette er imidlertid ikke normalt hovedrisikoen i mellommannsvirksomheten. Det vanskeligste vil erfaringsmessig være å finne den rette kjøper, og det har formodningen for seg at selger uansett vil være interessert i å selge når han har lagt ut eiendommen på markedet³⁵. Det er videre en fordel for selger å kunne velge fritt. Hvis et brukbart tilbud var nok for at megler ville hatt vederlagsrett, ville dette være et kraftig inngrep i oppdragsavtalen. Det ville være uheldig av retts tekniske grunner³⁶.

4.2.1 Unntak ved ugyldighet

Som redegjort for under dette punktet må gyldig avtale må foreligge for at ”handel er kommet i stand”. Det er imidlertid situasjoner når megler har rett på vederlag selv om avtalen er ugyldig. Dersom avtalen er blitt ratihabert eller blitt oppfylt tross ugyldigheten, kan det i visse situasjoner tenkes at megler har sitt vederlagskrav i behold. Parten som lider under ugyldigheten kan velge å ikke gjøre ugyldigheten gjeldende, og oppfylle avtalen. Begge parter må være enige om å ratihabere avtalen. I en slik situasjon vil det være urimelig å nekte megleren provisjon³⁷. Denne løsningen kan også sies å samsvare med ordlyden om at avtale er ”kommet i stand”. Avtalen har i et slikt tilfelle fått realitet etter sitt innhold partene imellom, til tross for ugyldigheten.

4.2.2 Når er det inngått ”gyldig avtale”?

I vurderingen av om gyldig avtale er inngått må man se hen til alminnelige avtalerettslige prinsipper. Disse prinsippene blir bl.a. uttykt i avtaleloven av 1918. Vanligvis inngås en gyldig avtale ved at selger aksepterer et tilbud som kjøperen har gitt. Etter avtalelovens §2 er kjøper endelig bundet når selger har akseptert hans tilbud. Etter §7 kan en potensiell

³⁵ Brækhus s.348

³⁶ Brækhus s.349

³⁷ Brækhus s.356

kjøpers tilbud kalles tilbake inntil det kommer til selgers ”kunnskap”. Kjøper vil være bundet når selger får kunnskap om tilbudet. Da gjenstår det for selger å akseptere tilbudet, før partene er ”endelig budet”, jf emgll. §7-3.

4.2.3 Erstatningskrav mot uaktsom part³⁸

Det kan spørres om megler har sitt vederlagskrav i behold dersom ugyldigheten skyldes uaktsomhet fra oppdragsgiver. Eiendomsmeglerloven har ingen regler om dette. Det kan tenkes at megler har rett til å få dekket sitt krav ved hjelp av alminnelige erstatningsrettslige regler.

Spørsmålet er om det er *rimelig* at megler har erstatningskrav mot oppdragsgiver i slike situasjoner. Oppdragsgiver kan uansett i alle tilfeller nekte å inngå avtale med den erverver/kjøper megler finner. Skal da megler posisjon bli bedre når oppdragsgiver forsettelig eller uaktsomt inngår en ugyldig avtale? Mot dette kan innvedes at det er forskjell mellom en avtale som nektes inngått og en ugyldig avtale på grunn av oppdragsgivers forsett eller uaktsomhet. Det å nekte en å inngå en avtale er en ærlig sak. Å inngå en avtale der det er utvist forsett eller uaktsomhet er imidlertid en handling som ikke skal underbygges av rettsordenen. Det vil være urimelig dersom oppdragsgiver kunne påberope seg et slikt grunnlag for å komme unna vederlagskrav fra meglers side.

Et annet argument mot meglers erstatningskrav er prinsippet om at skadelidte skal stilles i samme posisjon som om den skadevoldende handling (uaktsomheten) kan tenkes bort. Selger gir for eksempel forsettlig uriktige opplysninger om eiendommens tilstand; eiendommen selges fritt for råte og sopp. Da må man se an til hvordan meglers posisjon hadde vært dersom det hadde blitt gitt riktige opplysninger. Mest sannsynlig ville det ikke

³⁸ Brækhus s.356-357.

blitt inngått noen avtale, og megler hadde uansett ikke fått noe vederlag ihht restitusjonssynspunktet.

Megler kan i alle tilfeller søke erstatning for forskjeves arbeid og utlegg. Megler har rett på å få dekket sistenevnte ihht til de uttrykkelige hjemler som finnes i emgll §§6-5(3) og 7-5.

Erstatningskravet kan videre reduseres skjønnsmessig dersom megler ikke har vært aktsom nok. Selger har for eksempel angitt et areal på eiendommen som megler burde skjønt at var feilaktig. Megler får da muligens tilkjent halvt vederlag. Det er et strengt profesjonsansvar for megler og aktsomhetsterskelen er høy. Dette følger av alminnelige erstatningsrettslige regler.

Meglers kan imidlertid ha et erstatningskrav på grunnlag av ”dolus in contrahendo” i behold. Det er for eksempel utvist svik under avtaleslutningen eller opprinnelig vanhjemmel. Et vilkår er at meglers oppdragsgiver har utvist skyld og sviktaktig opptreden.³⁹

4.3 Betingede avtaler og vederlagsreguleringen av handel som kommer i stand utenfor oppdragstiden

Hovedregelen er at handel må ha kommet i stand i oppdragstiden for at megler skal ha rett til vederlag, jf emgll § 7-3(1). Oppdragstidens starttidspunkt, varighet og avbrudd ble redegjort for under pkt 3.5. Etter emgll § 7-3(2) kan megler, på gitte vilkår, ha vederlagsretten i behold i tre måneder etter oppdragstiden er løpt ut. Det forutsetter at avtalen er ”kommet i stand” innefor denne fristen.

³⁹ Brækhus s.357

4.3.1 Når er partene ”endelig bundet”?

Emgll.§7-3(1) 3.pkt. presiserer at handel er kommet i stand når partene er ”endelig bundet”. Spørsmålet er når partene er ”endelig bundet”. Avtalen er ”endelig” når det er inngått gyldig avtale, men særlige forhold kan hindre at avtalen blir bindende, jf pkt 4.3.1.1-4.3.1.3 om betingede avtaler. Sperrefristen på tre måneder, samt vilkårene i §7-3(2), er da avgjørende for meglers vederlagsrett.

En problemstilling er hvor oppdragstaker blir kontaktet av en interessent i oppdragstiden, men avtalen blir ikke bindende før etter oppdragstiden er utløpt. Har megler da rett på vederlag?

Spørsmålet om når partene er ”endelig bundet” ble drøftet i Rt.2005.507 som gjaldt en norsk eiendomsmegler som skulle selge eiendom i Sverige. Eiendommen ble ikke solgt i oppdragstiden, men bud var akseptert innefor sperrefristen. Oppdragsavtalen var regulert i henhold norsk rett. Etter norsk rett er tilbud og aksept nok for bindende avtale. I Sverige er ikke kontrakt bindende før avtale er signert av begge parter. Megler hadde ikke rett på provisjon. Spørsmålet i saken var om når partene var ”bundet” skulle avgjøres etter norsk eller svensk rett. Høyesterett fant at partene var bundet i henhold til svensk lov. Hensynet til at selger, og andre i liknende situasjoner, ville risikere å måtte betale meglerprovisjon uten å få kjøpesummen, ble vektlagt. Avtalen ga ikke svar. Det syntes heller ikke som om partene hadde vært bevisst om lovulikheten. Høyesterett mente at advokaten som profesjonell part ikke hadde vært aktsom nok i forhold til lovulikhetene og at han burde ha sikret seg mot dette i oppdragsavtalen. Høyesterett mente at siden det var snakk om provisjonsbasert vederlag, var det ikke urimelig at han ikke fikk vederlag, da det uansett usikkert om han ville motta godtgjørelse.

Megler fikk ikke rett på provisjon. Dommen illustrerer at det ikke er nok at det er rimelig sikkert at det vil bli handel og at det foreligger et brukbart tilbud, når oppdragstiden går ut. Avtalen må ha blitt rettslig bindende mellom hovedpartene i oppdragstiden for at megler skal ha vederlagsretten i behold.

4.3.1.1 Betingede avtaler⁴⁰

Spørsmålet som reiser seg i forbindelse med betingede avtaler er om handelen er ”endelig” når tilbud med *forbehold* er akseptert av selgeren i oppdragstiden eller innefor sperrefristen. Dersom tilbudet aksepteres utenfor oppdragstiden og innenfor sperrefristen, må vilkårene i §7-3(2) om at megler må ha forhandlet eller kjøper har fått opplysninger om eiendommen etter forespørsel fra megler, være oppfylt, jf pkt 4.3.2-4.3.4.

I et slikt tilfelle er avtalen gyldig, men ikke ”endelig”. Avtalen er gyldig i den forstand at tilbyder ikke vilkårlig kan trekke seg fra avtalen, men plikter på en annens side ikke å gjøre noe for å ”effektuerer” gjennomføringen av handelen, som f.eks betale kjøpesum, søke konsesjon mv. Prinsippet om at partene er bundet av en avtale når partene er blitt enige om de vesentligste punktene, herunder prisen, har redusert argumentasjonsverdi i eiendomshandel. Dette prinsippet kommer som regel til anvendelse i kompliserte avtaleforhold der avtalen ”gror frem” etter hvert. I eiendomshandel er som regel tilbud og aksept nok for at avtalen skal være bindende.

I avtaleretten skilles det mellom *suspensive* (utsettende) og *resolutive* (oppløsende) betingelser. Jeg skal hovedsakelig konsentrere meg om de suspensive betingelsene, da resolutive betingelser sjelden oppstår i eiendomshandel.

De *suspensive* avtalene forutsetter at en betingelse skal inntre/ikke inntre for at den skal bli endelig. Avtale har ikke ”kommet i stand” før betingelsen er en realitet. Det er for eksempel avtalt eiendommen skal overtas innen en viss dato, konsesjon om skjenkebevilling innfris, eiendommens heftelser slettes mv.⁴¹ Til suspensive betingelser hører også hvor handelen er avhengig av tredjemann. Fra tid til annen må tredjemann samtykke for at en avtale skal få rettsvirkning mellom partene. Samtykket kan være hjemlet i lov eller avtale. De vanligste formene for tredjemannssamtykke finner sted der hvor

⁴⁰ Bergsåker, 1997, ”Bindende avtale? Om eiendomsmeglerloven § 4-2 og 4-3 samt avhendingsloven § 2-1, 2-3 og 2-4(3)” i Ånd og Rett: Festskrift til Birger Stuevold Lassen s. 107 flg.

⁴¹ Brækhus s.358-359

forkjøpsrett eller odel kan gjøres gjeldende, og i forbindelse med omsetning av felles bolig i ekteskap (Ekteskapsloven §32). Forkjøpsrett må dog gjøres gjeldende innen seks måneder etter han fikk eller burde ha fått kunnskap om forhold som utløser forkjøpsretten, jf lov om løysningsrettar §12. *Brækhus* har også som nevnt et eksempel der handel av et hotell var avhengig av at skjenkebevilling ble innfridd. I dagens rettstilstand har kjøper risiko for konsesjon, men det kan tenkes avtaler som fraviker dette.

I Rt.1921.285 satte kjøper som betingelse at lokalene skulle være ledige ved overtakelse. Dette ble ikke innfridd og handelen ble annullert. Megleren fikk da heller ikke provisjon. I Rt.1927.488 ga kjøper bud med betingelse om at han skulle se eiendommen først. Tilbudet ble akseptert. Kjøper trakk seg etter besiktigelse. Handel var ikke funnet sted, og megler fikk ikke provisjon.

4.3.1.2 Betingelser som inntre utenfor oppdragstiden

Har megler rett på vederlag dersom den *suspensive* betingede avtalen inngås i oppdragstiden, men betingelsen først blir avklart etter utløpet av oppdragstiden. Sperrefristen er på tre måneder, og spørsmålet er om betingelsen må inntre innenfor denne fristen for at handelen er ”endelig”?

Ordlyden i emgll.§7-4 er klar på at vederlaget ikke forfaller før avtalen er ”endelig” innenfor oppdragstiden. Problemstillingen er verken drøftet i forarbeidene av eiendomsmeglerloven av 1989 eller dagens, men er nevnt i teorien.

Reelle hensyn taler på en side for at det er illojalt mot megler å vente med å inngå avtale til etter oppdragstiden er ute. Det kan lett tenkes at oppdragsgiver venter med å inngå avtale for å spare store vederlagsbeløp. Bakgrunnen for bestemmelsen i § 7-3(2)⁴² er at dersom meglers krav til vederlag skulle være begrenset til oppdragstiden, ”ville megler innsats kunne utnyttes ved at oppdragsgiveren og hans medkontrahent ble enige om å utsette den

⁴² NOU 1987:14 Eiendomsmegling s.82

endelige avtaleinngåelsen til oppdragstiden var ute.” Av denne grunn ble det gitt en regel som sikrer megler vederlag på gitte vilkår også etter oppdragstiden er ute.

På en annen side taler karakteristikken av ”eiendomsmeglervirksomheten” for at meglers hovedoppgave, i kraft av å være mellommann, er å bringe partene sammen, og dette innebærer en naturlig risiko. Hovedrisikoen er å finne rette medkontrahent for oppdragsgiver innenfor oppdragstiden. Dersom megler feiler, har han heller ikke rett på provisjon. Når megler derimot oppfyller denne plikten, men avtalen ikke blir bindende innenfor fristen, er megler i realiteten årsak til at handel er kommet i stand. Det vil da være naturlig at megler har rett på vederlag.

Det kan imidlertid anføres at det er gitt en absolutt oppdragstid i lovens ordlyd, og det følger av dette at det hører med i mellommannsrollen at oppdraget skal oppfylles innen en gitt frist, selv om det kan få urimelig utslag i enkelttilfeller. Utvidelse av tremånedersfristen ble diskutert opphevet til fordel for en tidsubegrenset frist i forarbeidene,⁴³ men ble ikke endret da tremånedersfristen er en retts teknisk enkel regel å forholde seg til. Lovgiver har her tatt høyde for at urimeligheter kan inntreffe. ”Eneformidleretten” er ikke en rett til selve oppdraget, bare en rett til vederlag innenfor oppdragstiden i følge forarbeidene. Lovgiver har også bevisst valgt å gå vekk i fra et vilkår for vederlagsrett om årsakssammenheng mellom handelen og meglers innsats. Det er resultatet som teller. Oppdragstidens hendelser er en retts teknisk enkel og forutberegnelig regel å forholde seg til.

Dette taler for at megler taper rett på vederlag dersom betingelsen ikke kommer i stand i oppdragstiden, eller innefor sperrefristen.

⁴³ Ot.prp. nr.16(2006-2007) s.146

4.3.1.3 Er det *rimelig* at megler har risiko når betingelsens inntreden er utenfor hans kontroll? ⁴⁴

Det kan virke urimelig for megler dersom han har arbeidet for å få avklart betingelsen innenfor oppdragsperioden, men ikke har lykket, for deretter å bevitne at betingelsen inntreder utenfor sperrefristen, og at avtalen således blir gjennomført.

En problemstilling som oppstår i denne forbindelse er hva som skjer med meglers vederlagskrav når hans krav beror på forhold han ikke kan kontrollere. I mange tilfeller er megler ikke herre over betingelsens inntreden. Det er opp til partene å ”effektuerer” betingelsens inntreden (for eksempel ved styrevedtak i periodisk styremøte). Gode grunner taler i slike tilfeller for at megler skal ha rett på vederlag. Et hensyn er å hindre regulært misbruk av forfallsregelen. Også hvor partene i eiendomshandelen har en viss grad av kontroll vil det være mulighet til å spekulere mot megleren. Slike tilfeller kan åpne for samarbeide mellom kjøper og selger, der de søker å trenere betingelsens inntreden, for eksempel forsinke finansiering, konsesjonssøknad mv (dersom dette er satt som nødvendig betingelse). Det er ofte store vederlagsbeløp å spare for oppdragsgiver.

Megler bør ut i fra dette ha rett på vederlag.

En annen problemstilling er om megler har rett på provisjon i tilfeller der selger sier opp oppdragsavtalen straks bindende avtale er inngått med kjøper, og betingelsen ennå ikke er inntruffet. Tremåneders-risten begynner å løpe fra oppsigelse, jf §7-3(2). Emgll. §7-3(2) er bl.a. gitt for å forhindre utnyttelse av meglers innsats.⁴⁵ Megler er i en slik situasjon avhengig av om betingelsen inntreder eller ikke. Vilkaarligheter kan være utslagsgivende for meglers vederlagskrav.

⁴⁴ Jf artikkel til Bergsåker i ”Ånd og rett: Festskrift til Birger Stuevold Lassen” s. 107 flg

⁴⁵ NOU 1987:14 Eiendomsmegling s 82. Bestemmelsen er en videreføring av §4-2 av 1989-loven, og denne lovens forarbeider er relevant.

Hensynet til å hindre regulært misbruk gjør seg også gjeldende her, som ovenfornevnt.

Det finnes imidlertid reelle grunner som taler mot at megleren har krav på provisjon i slike tilfeller. Det vil for eksempel være vanskelig skille mellom betingede avtaler, som ennå ikke er bindende, og en avtale som ennå ikke er bindende fordi partene ennå ikke har tatt det forpliktende skitt. Det kunne jo hende underskrift av avtalen ble ansett som det avgjørende for at avtalen er bindende. Det vil i slike tilfeller ikke være rimelig å behandle det ene tilfellet annerledes enn det andre, og det vil heller ikke stemme overens med utgangspunktet om at skriftlig kontrakt ikke nødvendigvis binder partene.

Det følger videre av mellommannens karakteristikk at hans stilling er avhengig av partenes valg, og har rett på vederlag etter "no cure, no pay"-systemet. Meglers rettslige stilling i forhold til vederlaget er allerede risikabelt, og det er akseptert at det leilighetsvis kan føre til urimelige resultater for megler.⁴⁶ *Brækhus* skriver at megler er prisgitt oppdragsgivers vilje til å akseptere et godt tilbud, og megler har således ikke kontroll over dette valget. Denne risiko er imidlertid ikke den mest utslagsgivende. Den virkelige utfordringen til megler er å finne rett medkontrahent til oppdragsgiver. Forarbeidene til 1989-loven uttaler at megler taper rett på vederlag ved ugyldige avtaler, men ikke ved heving. I situasjoner hvor hovedpartene kan velge mellom ugyldighet eller misligholdsbeføyelser mot hverandre er megler stilling prisgitt deres valg. Dette innebærer ingen vesentlig tilleggsrisiko for megler, men forarbeidene uttalte: "At meglers stilling dermed avhenger av partenes valg, er ikke noen vesentlig tilleggsrisiko i forhold til den utsatte stillingene kravet på vederlag ellers har".⁴⁷

Ut i fra dette kan det se ut som om megleren må bære risikoen for at forutsetninger blir innfridd innenfor en gitt frist.

⁴⁶ NOU 1987:14 Eiendomsmegling s.85.

⁴⁷ NOU 1987:14 Eiendomsmegling s.83-85.

Megler har kun rett til vederlag dersom betingelsen inntreffer i oppdragstiden eller innenfor sperrefristen i hht vilkårene i §7-3(2).

4.3.2 Eiendomsmeglerloven §7-3 (2)

Hvorvidt megler har rett på vederlag utenfor oppdragstiden, vil bero på en konkret vurdering av grunnlagene i §7-3(2). I følge denne bestemmelsen har megler rett på vederlag på visse vilkår i tre måneder etter at oppdragsavtalen opphørte. Det vil si at megler i realiteten maksimalt har rett på vederlag, fra signering av oppdrag og ni måneder frem i tid, dersom vilkårene i 2.ledd er oppfylt.

”Handel kommer i stand” er behandlet i pkt 4.2 og 4.3.1.

4.3.2.1 Hva menes med ”noen” i §7-3(2)

Spørsmålet er om ”noen” betyr direkte kontakt med kjøper, eller om det er nok at megler har vært i kontakt med tredjemann i kjøpers omgangskrets.

Den naturlige språklige forståelsen av ”noen” er tvetydig. Ordlyden kan både trekke i retning av at det menes kjøper personlig, og at andre som kan identifiseres med hans interesser omfattes også av ordlyden. *Rosèn/Torsteinsen* mener at ordlyden må tolkes snevert, og bare omfatter kjøperen fysisk. Denne snevre tolkningen er også en bevisteknisk enkel regel å praktisere. Sistnevnte et tungtveiende hensyn i rettspraksis.

På en annen side vil en snever tolkning innebære at en lite retsteknisk heldig løsning i forhold til selskaper og andre sammenslutninger som også naturligvis driver med eiendomshandel. *Brækhus*⁴⁸ mener også at informasjon gitt til noen kjøper har tilknytning til kan gi rett på vederlag. Derfor bør ”noen” også omfatte representasjonsforhold, og dette

⁴⁸ Brækhus s.404-406

støttes i reelle hensyn og lovens formål⁴⁹. Det vil virke urimelig der megler har vært i kontakt med nærstående av kjøper, f.eks ektefelle, barn, foreldre, hovedaksjonær i selskap som kjøper eiendommen, og det senere er inngått handel på denne bakgrunn. Kjøper kan også ha hatt personlige grunner for at han har sendt en representant. Bestemmelsen skal hindre regulært misbruk av meglers innsats. Man har ønsket å beskytte megler mot at kjøper og selger undergraver meglers innsats ved å inngå skjulte avtaler der denne innsatsen blir utnyttet. Dersom ”noen” skulle tolkes innskrenkende, åpner dette for en uthuling av bestemmelsens formål. Kjøper skal ikke kunne sende en nærstående til å kontakte megler. Det kan by på problemer å skille mellom hvem som opptrer i eget navn og hvem som er representant for selger. Dette trekker i retning av at representasjonsforhold også faller inn under betegnelsen.

Eiendomsmeglerlov §4-2(2) av 1989, som er den samme som dagens §7-3(2), er ”i all hovedsak en videreføring av” regelen i §38(2) av 1938. I Ot.prp. nr 54(1938) s.8 ble det uttalt at det er nok at megler har forhandlet med ”noen som bevislig har opptrådt som fullmektig eller verge for vedkommende”. Det er verken i eiendomsmeglerlov av 1989 eller av 2007 noe eksplisitt i forarbeidene som tyder på at man ønsker endringer på dette punktet.

Etter en helhetsvurdering er jeg kommet til at ”noen” både kan være kjøper personlig og andre tredjemenn som representerer ham.

4.3.2.1.1 Hva er et relevant representasjonsforhold?

Dersom ”noen” er tredjemann, er det et ytterligere spørsmål om det foreligger et relevant representasjonsforhold, evt. hva er forholdet mellom kjøper og denne tredjemann.⁵⁰

⁴⁹ Erik Monsen, *Om eiendomsmegler rett til provisjon* s.39.

⁵⁰ Monsen s.40 og Brækhus s. 404-406.

Ved bevisvurderingen av ”noen” må det altså være en tilknytning mellom meglers innsats og hans kontakt med enten kjøper personlig, eller noen på hans vegne. Anvisningen til tredjemann må ikke være for tilfeldig. For eksempel hvis B har fått utlevert en rekke prospekt, men ikke funnet noe interessant. C besøker B, i et helt annet ærend, og ser prospektene på hans skrivepult. C sier dette til sin venn D, som kontakter selger og kjøper eiendommen. Dette finner *Brækhus* for fjerntliggende for at det kan gi rett på provisjon.

4.3.2.2 Kreves det alminnelig årsakssammenheng?

Gjelder årsaksprinsippet fullt ut ved eiendomshandel? NOU 1987:14 Eiendomsmegling s.82 taler mot at det alminnelige årsaksprinsippet skal gjelde fullt ut. Følgende ble uttalt i forbindelse med bruk av en ren årsaksregel:

”Uten særlige lovbestemmelser... ville situasjonen være at det måtte avgjøres konkret hvorvidt handelen var kommet i stand som følge av meglers innsats. En ren årsaksregel kan i enkelte tilfeller by på vansker av både faktisk og rettslig art”.

Dette er sannsynligvis bakgrunnen for at lovgiver har gitt en forenklet bestemmelse som innsnevrer den generelle årsakslære.

Et mer konkret spørsmål i forhold til årsaksvurderingen er om personen som har vært i kontakt med megler har opptrådt i eget navn eller for kjøper. Relevante momenter i denne vurderingen⁵¹ er om det er en økonomisk eller familiær forbindelse mellom kjøper og tredjemann. Jo tettere bånd, jo lettere kan det tenkes at partene har forsøkt å misbruke meglers innsats. På en side, trekker det i retning av misbruk dersom meglers innsats overfor tredjemann var en nødvendig årsaksfaktor for at avtalen ble inngått. På en annen side, innebærer denne vurderingen en kartlegging av årsakssammenhengen mellom meglers innsats og handelen. Hele formålet bak §7-3(2) er jo at det skal være et innskrenket

⁵¹ Monsen s. 40 og *Brækhus* s 404.

årsaksprinsipp. Dette momentet taper sin vekt da hensynet bak regelen er å beskytte megleren mot misbruk. Sistnevnte kan tenkes som argument i favør av megler, dersom det er klart at det forelå et fullmaktsforhold.

4.3.3 Eiendomsmeglerloven §7-3(2) nr.1

Det første alternative vilkåret for meglers vederlagsrett innenfor sperrefristen er at kjøper er noen ”som oppdragstakeren har forhandlet med i oppdragstiden”.

Hva er ”forhandlet”?

En naturlig språklig forståelse av ”forhandlet” vil tilsi at megler har vært i kontakt med kjøper og diskutert objektet med ham. Vurderingen er objektiv, og de ytre omstendigheter må være avgjørende. Det må kunne konstateres årsakssammenheng mellom meglers innsats og kontraktsinngåelsen på objektivt grunnlag.

Juridisk teori har behandlet ”forhandlet”.⁵² En forutsetning er at forhandlingene gjaldt den aktuelle eiendommen. På den ene side omfatter begrepet når megleren har overbrakt forespørsler og bud fra kjøperen til oppdragsgiveren, vært i ensidige forhandlinger, personlige møter eller telefonsamtaler om eiendommen og vilkårene for kjøp. På den andre siden må forhandlinger være mer enn en ren anvisning. Det er uten betydning at kjøperen ikke var interessert på forhandlingstidspunktet, men er blitt det senere etter oppdragstidens utløp.

I Rt.1962.1067 fant Høyesterett at den kontakt megleren hadde hatt med kjøper, ikke tilfredstilte kravet å ha ”forhandlet” med kjøper. Megler hadde ikke rett på provisjon da oppdraget ikke var gitt på offentlig foreskrevet skjema. Det relevante i denne dommen er drøftelsen av ”forhandlet”. Det kreves at megleren ”virkelig har forhandlet”. Det er ikke

⁵² Brækhus s.418

nok å sende en meddelelse til den potensielle interessenten, som tidligere har vært interessert, og få tilbakemelding om at vedkommende ikke er interessert.

Rettpraksis har imidlertid trukket i retning av en ikke like streng tolkning av ”forhandlet” i Rt.1962.1062. Etter omstendighetene er det nok at megler har vært en medvirkende faktor til at handelen er kommet i stand. I Rt.1973.196, som gjaldt godtgjørelse for bistand ved eiendomssalg, ble en eiendom solgt utenfor oppdragstiden, til noen som oppdragstakerne hadde skaffet til selger i oppdragstiden. I denne saken hadde oppdragsgiver og oppdragstakerne(to meglere) inngått en tidsbegrenset oppdragsavtale som skulle strekke seg over 14 dager. Oppdragstakerne forsøkte å kontakte kjøper, som de visste var i marked for den type eiendom som skulle omsettes, men kjøper var bortreist til etter oppdragsavtalens frist. Da kjøper kom tilbake, ble han igjen kontaktet av oppdragstakerne, og handel kom i stand.

Rettens utgangspunkt var at megler ikke hadde rett på provisjon for handel utenfor oppdragstiden, selv om meglere hadde skaffet den kjøperen som selger senere inngikk kontrakt med. Mellommennene fikk godtgjørelse, men på det grunnlag at retten fant det bevist at oppdragsgiver muntlig hadde gitt tilsagn om godtgjørelse. I vurderingen av hva som ble ansett for ”rimelig godtgjørelse”, ble det ikke bare lagt vekt på arbeidsinnsats og omkostninger for oppdragstakerne, men også at de på en effektiv måte hadde utnyttet sitt kontaktnett for å skaffe en kjøper.

Dommen illustrerer at det, etter omstendighetene, er nok at megler har utnyttet sitt kontaktnett for å sette kjøper og oppdragsgiver i forbindelse. Dette er uavhengig av at megler i det ytre selvstendig virkelig har forhandlet med kjøper. Mer indirekte metoder som er egnet til å føre partene sammen, godtas som et vurderingsmoment, og kan gi rett på vederlag.

4.3.4 Eiendomsmeglerloven §7-3(2)nr.2

Det andre alternative vilkåret for meglers vederlagsrett innenfor sperrefristen er at kjøperen er ”noen... som etter forespørsel har fått opplysninger om eiendommen fra oppdragstakeren i oppdragstiden”.

Et spørsmål er derfor om det er ”forespørsel” når man går inn på internett, leser en annonse, laster ned og skriver den ut.⁵³ Etter en naturlig språklig forståelse er en ”forespørsel” en henvendelse om informasjon. Henvendelsen kan være muntlig, skriftlig, via internett mv. Det er kjøperen som må ha vært den aktive part, som får en tilbakemelding i form av informasjon om objektet fra megleren. Hvor presis ”forespørsel...om eiendommen” må være gir ordlyden ikke henvisning til. Det normale vil være at kjøper ikke vet hvilken eiendom han skal spørre om når han kontakter megleren. Juridisk teori⁵⁴ har med støtte i forarbeidene slått fast at en generell henvendelse om hvilke eiendommer megler har for salg er nok.

Et annet spørsmål er hva det innebærer at opplysningene er kommet ”fra oppdragstakeren”(megler). Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden, må megler være den som gir ut informasjon, etter kjøperen først har henvendt seg. Opplysningene må være av direkte karakter. Det som kommer fra meglers side må være egnet til å bringe partene sammen.

Et videre spørsmål er om annonser på internett er ”opplysninger... fra oppdragstakeren”, eller er det for indirekte og fjerntliggende for å bringe partene sammen. Gode grunner taler for at indirekte spredning av informasjon ikke er nok for at det er kommet informasjon ”fra oppdragstakeren”. For eksempel ved å spre salgsoppgaver/flyers uten å rette noen direkte kontakt med kjøper. Det bør ses hen til eiendomsmeglerens karakteristikk, og om den

⁵³ Rosèn/Torsteinsen s.94

⁵⁴ Brækhus s.420

informasjon han sprer, er egnet til ”å bringe partene sammen”. En type indirekte spredning av informasjon er ”mekanisk formidling”⁵⁵, og er ikke ansett som et middel som er egnet til ”å bringe partene sammen”. Mekanisk formidling innebærer etter en naturlig språklig forståelse en mer passiv rolle i forhold til ”å bringe partene sammen”. Man retter seg mot den generelle markedsmassen uten noen spesiell aktiv fokus på utvalgte personer eller grupper. Forarbeidene nevner eksempler på mekanisk formidling som for eksempel avisannonser, oppslagstavler eller lignende.⁵⁶ I forhold til dagens moderne samfunn kan det være naturlig å sidestille annonser på internett med avisannonser og oppslagstavler.⁵⁷

Grensen fra mekanisk formidling til aktiv formidling er dog lett å overskride i følge forarbeidene. Dersom annonsene inneholder visning, individuelle råd eller bistand eller deltakelse i forhandlinger kan det lett gå over til å bli mellommannsvirksomhet. Flertallet i NOU 2006:1 mente også at det er eiendomsmegling, der som man i tillegg til annonsering, avholder informasjonsmøter eller salgsmøter eller arrangerer visningsreiser. Hensynet til forutberegnelighet støtter dette syn.

Rene annonser anses ikke tilstrekkelig for å bringe partene sammen, og er ikke en opplysning gitt ”fra oppdragstakeren” om eiendommen.

Et ytterligere spørsmål er om er det direkte ”opplysninger... fra oppdragstakeren” når kunden laster ned, lagrer og skriver ut et fullstendig prospekt.⁵⁸ Når kjøper har mulighet til å laste ned og skrive ut alle relevante opplysninger via meglers internett side eller annet nettsted (finn.no, tinde.no etc.), kan det spørres om han har fått informasjon som er egnet til å bringe partene sammen ”fra” megler ”på forespørsel”.

⁵⁵ NOU 2006:1 s.27, jf NOU1987:14 s.50. Uttalelsene bygger på gammel tankegang helt tilbake til Brækhus sin tid(1946).

⁵⁶ NOU 2006:1 s.27

⁵⁷ Monsen, *Om eiendomsmeglernes rett til provisjon* s.42 i Tidsskrift for eiendomsrett 2007 nr 1.

⁵⁸ Monsen, *Om eiendomsmeglernes rett til provisjon* s.37 flg.

Da bestemmelsen i §7-3 første gang ble utformet i 1938 eksisterte ikke internett, og lovgiver hadde ikke tenkt på problemstillingen. Det vil derfor være naturlig å overføre internettproblematikk til bestemmelsens anvendelsesområde så langt det passer. Nettsteder (finn.no, tinde.no etc.) for annonser kan analogiseres med en gammeldags annonseplass. Annonser på internett er sammenlignbart med mekanisk formidling og vil isolert sett ikke kvalifisere til at informasjonen har kommet ”fra” megleren.

I eldre tider var det vanlig at kjøper tok direkte kontakt med megler for å få informasjon om eiendommen. Nedlasting av fullstendig prospekt, gir samme type informasjon som ved direkte kontakt, og kan sammenlignes med å ta direkte kontakt med megler i eldre tider, da de ikke hadde internett. I prospekter på internett ligger det en innsats fra meglers side bak. Det er i samsvar med bestemmelsens formål at selger ikke urettmessig skal dra nytte av meglers arbeid. Rettstekniske hensyn tilsier at det ikke skal ha noe å si hvilken metode megler velger for å gi mest mulig informasjon.

Lovens formål om effektivitet taler også for denne løsningen. Hensikten for megler med å legge ut fullstendig prospekt på internett er å effektivisere informasjonsspredningen til spesielt interesserte, som velger å laste ned og skrive ut informasjonen, i stedet for å ta personlig kontakt. Det ville virke vilkårlig dersom meglere som velger å oppgi telefonnummer i annonse og de som gir en link til all informasjon, som også kan gis muntlig, skal behandles ulikt. Det vil være samme informasjonsspredningseffekt, dersom kjøper hadde kontaktet megler direkte, i begge tilfeller.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at nedlasting av fullstendig prospekt er opplysninger gitt av megler.

4.4 Betaling av vederlag og tilbakeholdsrett

Tilbakeholdsretten er i utgangspunktet ulovfestet, men er lovfestet i en rekke lover; håndverkertjenesteloven, kjøpsloven, forbrukerkjøpsloven, etc.

Tilbakeholdsretten innebærer at debitor holder tilbake en ytelse som er kreditors. I eiendomsmegler og selger forholdet kan megler vanskelig holde tilbake eiendommen, da det vil gå ut over tredjemann. Derfor vil detensjonsretten vanskelig la seg gjennomføre i eiendomshandel. Ved håndverkertjenester har håndverkeren for eksempel rett til å holde tilbake tingen inntil oppdragsgiver har betalt. Denne avhandlingen gjelder forholdet mellom megler og selger. Problemstillingen mellom tredjemann og megler faller derfor utenfor hva jeg vil behandle.

4.4.1 Tilbakeholdsretten i eiendomsmegling

Handelsagenten har tilbakeholdsrett, i hovedmannens varer, og en viss salgsrett. Dette prinsippet fravikes i eiendomsmeglerloven. Da særlig for det gjør seg forbrukerhensyn gjeldende, men også siden en tilbakeholdsrett vil påvirke tredjemann.

Tilbakeholdsretten i ny eiendomsmeglerlov er styrket via en lovfesting om begrenset motregningsrett og forbud mot forskuddsbetaling. Hovedregelen om forfall i eiendomsmegling er når handel er ”kommet i stand” innenfor oppdragstiden, jf §7-4(1) og pkt.4.2. Emgll. §7-4(2) fastslår oppdragsgivers tilbakeholdsrett overfor oppdragstaker. Han har rett til å holde tilbake i det omfang tilsvarende misligholdskravene han har mot oppdragstaker. Avvik fra dette må avtales særskilt, men er ufravikelig i forbrukerforhold, jf §1-3.

Meglers adgang til å dekke sitt krav i klientmidler er diskutert i tre henseender av departementet. For det første, har det forhold at vederlaget ikke forfaller før handel er

kommet i stand, virkning som et forbud mot forskuddsbetaling. For det andre må oppdragsgiver samtykke før megler kan motregne i hans klientmidler. For det tredje er oppdragsgivers tilbakeholdsrett nå lovfestet⁵⁹.

Lovutvalgets flertall, som ikke fikk medhold av Departementet, ville ikke at oppdragsgiver skulle gis en tilbakeholdsrett i større omfang enn hva som følger av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Søksmålsbyrden burde være på oppdragsgivers side ved mislighold fra meglers side. Hensynet bak deres syn var at de ønsket et system som ikke innbyr til tvister og som er prosessøkonomisk uhensiktsmessig. Ved en endring vil de ordinære domstolene får en ekstrabelastning ved at det vil bli flere søksmål. Kostnadene for den enkelt og samfunnet blir høyere da den enkelte løper risiko for saksomkostninger. Det beste er om søksmålsbyrden ligger hos oppdragsgiver fordi vedkommende da vil kunne få brakt saken frem, uten omkostninger, gjennom Reklamasjonsnemnda.

Mindretallet, som fikk medhold i sitt syn av departementet, ville at oppdragsgivers tilbakeholdsrett skulle lovreguleres og at oppdragsgiver skulle få en reell mulighet til å utøve tilbakeholdsrett overfor oppdragstaker. Et hensyn er at dette gjelder midler som er betrodd megler. Oppdragsgiver har dermed behov for en effektiv tilbakeholdsrett. Oppdragsgiver skal kunne gjøre en samlet vurdering av meglers innsats før betaling av vederlaget. Mindretallet mente at det skulle innføres krav om samtykke fra oppdragsgiver før megler kan ta ut midler fra klientkontoen. I eiendomsmeglerloven av 1989, var underrettelse til oppdragsgiver tilstrekkelig, før megler trakk klientkonto.

Mindretallet ville at det i forbrukerkjøp skulle innføres et forbud mot forskuddsbetaling. Departementet⁶⁰ ville gi et forbud om forskuddsbetaling i form av at forfallet av vederlaget ikke inntreffer før handelen er ”kommet i stand”. Et hensyn bak dette var å sikre tilbakeholdsrettens realitet. Et forskuddsbetalt beløp kan vanskelig tilbakeholdes på det

⁵⁹ Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.137flg.

⁶⁰ Ot.prp. nr.16(2006-2007) s.140

senere forfallstidspunktet. Dette skal bare gjelde i forbrukerforhold, men kan avtales i næring.

4.4.2 Vilkår for tilbakeholdsrett

Tilbakeholdsretten er ulovfestet. Den ses på som en kontraktsrettslig virkning og en sanksjonsmulighet overfor den som har misligholdt en avtale.

Et grunnvilkår er derfor at det foreligger mislighold. Mislighold oppstår ved avvik mellom det som er avtalt og det som er faktisk gjennomført. Mislighold må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. Forarbeidene angir mer presist feil ved saksbehandling som en type mislighold. Selger har bl.a holdt visning på egen hånd i strid med det som er avtalt, han har måttet rett feil og svakheter i annonsetekster, opplevd at eiendommen er lagt ut for sent på internett i forhold til visningstidspunktet og at megleren hadde for få prospekter med på visning.⁶¹

En nærmere drøftelse av ”mislighold” ligger utenfor denne oppgaven.

4.4.3 Hvor mye kan oppdragsgiver holde tilbake?

Når det kommer til omfanget av tilbakeholdsretten i eiendomshandel, kan det spørres om oppdragsgiver har rett til å holde tilbake hele eller bare den del av vederlaget, som vil dekke misligholdskravet⁶²

Hjemmel er emgl.§7-4(2) som fastslår at tilbakeholdsrettens omfang tilsvarer et beløp som kan ”sikre de kravene oppdragsgiveren har som følge av mislighold fra opptakers side”. Hvordan skal man beregne dette? Utgangspunktet bør være differensen mellom pris med

⁶¹ Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.139.

⁶² Denne problemstillingen forutsetter at det er konstatert mislighold.

og pris uten mangelfull tjeneste fra oppdragstakers side. Megler må bevise at tilbakeholdsretten er grunnløs, eventuelt av begrenset omfang, da søksmålsbyrden ligger på hans side.

4.4.4 Retten til motregning på grunnlag av vederlagskrav⁶³

Motregning er i utgangspunktet ulovfestet. Juridisk teori definerer motregning i vid forstand som når to fordringer avregnes mot hverandre og faller bort så langt de dekker hverandre.⁶⁴ Dette samsvarer også med rettspraksis og den ulovfestede motregningslæren.

Motregningsadgang oppstår etter forfall. Hovedregelen i norsk ulovfestet rett er tvungen motregning, dvs at skyldneren ikke kan motsette seg at motregning gjøres gjeldende. Grunnlaget er rettspraksis som implisitt anerkjenner den tvungne motregningen og juridisk litteratur.⁶⁵

Fordelen med motregning er at det er en praktisk og effektiv oppgjørsmåte. Den er effektiv i den forstand at den kan virke som et pressmiddel mot debitor. De alminnelige vilkårene for motregning er komputabilitet, gjensidighet og oppgjørsmodne krav. Sistnevnte innebærer at forfall og frigjøringstid har kommet. I eiendomshandel er det når handelen er ”kommet i stand”, jf §7-4(1). Komputabiliteten er neppe en problemstilling da det i en eiendomshandel som regel dreier seg om pengekrav som partene har mot hverandre. Gjensidighetsvilkåret gjelder mellom megler og oppdragsgiver. Selger faller utenfor problemstillingen om motregning.

⁶³ Sæbø. *Motregning*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2003.

⁶⁴ Bergsåker. *Pengekravsrett* s.238

⁶⁵ Bergsåker, *Pengekravsrett* s.240 for referanser.

Reguleringen av motregning reguleres i §7-4(3). Bestemmelsen kan ikke fravikes i forbrukerforhold. I forhold til næringskunder kan en annen ordning avtales, jf pkt 2.1.1 om lovens fravikelighet.

4.4.5 Vederlag i klientmidler og frivillig motregning

En problemstilling i eiendomshandel er om oppdragstaker kan motregne overfor oppdragsgiver i klientkonto når han har utført sitt oppdrag i henhold til avtalen, jf §7-4(3). Klientkonto er ikke meglers penger, men klientens penger selv om megler ofte har disposisjonsevne over den. Når motregning er foretatt, er oppdragsgivers krav opphørt.

I tradisjonell motregningslære har begge parter lik rett på motregning. Unntak fra hovedregel følger av lovfestede bestemmelser som fastslår frivillig motregning, herunder nevnte emgll § 7-4(3). I eiendomsmeglerloven kan oppdragstaker bare dekke sitt krav i klientmidler når oppdragsgiver ”samtykker”. Samtykket skal videre ikke foreligge tidligere enn ”når handel er kommet i stand” innenfor oppdragstiden, jf emgll §7-4(3). Hensynet til effektivitet får redusert verdi ved frivillig motregning.

Et hensyn er at eiendomshandel er et særtilfelle der det ikke alltid er like lett for oppdragsgiver å motsette seg et motregningskrav fra meglers side.⁶⁶ Hovedkravet er oppdragsgivers krav(misligholdsbeføyelsen) og motkravet er meglers vederlagskrav. Det er megler som må erklære motregning.

I Ot.prp.nr.16 (2006-2007) har departementet sluttet seg til mindretallet som ville forby motregning uten samtykke fra oppdragsgiver. Flertallet i NOU-utvalget ville beholde det gamle systemet med tvungen motregning. Et hensyn er at oppdragsgiveren ved tvungen motregning befinner seg i en svak posisjon ved en eventuell tvist om vederlagets størrelse. Det er videre viktig for oppdragsgiver å kunne håndheve en effektiv tilbakeholdsrett, når det er snakk om betrodde midler hos oppdragstaker, og det oppstår tvist om vederlaget.

⁶⁶ Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.138 flg.

Spørsmålet er således hva som er et ”samtykke”. Etter sin ordlyd innebærer det at partene har en felles forståelse og den ene part er enig i den andres forslag. Resultatet avgjøres etter en helhetsvurdering. Momenter som er typiske og mer regelmessig, blir vektlagt i vurderingen. For det første et utsagn som etter sin art stifter plikt. For det annet må det være et klart, bestemt og endelig utsagn. Grensen går mot ikke forpliktende meddelelser. Man kan spørre seg hva adressaten med rimelighet legger i utsagnet.⁶⁷

Megler kan ikke motregne klientmidler uten oppdragsgivers samtykke.

4.5 Misligholdsbeføyelser og ugyldighet på grunn av bristende forutsetninger eller avtalelovens §36⁶⁸

Etter handel er kommet i stand kan det oppstå diverse rettslige krav fra hhv. kjøper og selger seg imellom; misligholdsbeføyelser (heving, prisavslag, erstatning mv.) og lemping/bortfall av betalingsforpliktelser (på grunn av ugyldighet etter avtaleloven §36 eller læren om bristende forutsetninger). Hva vil dette ha å si for meglers vederlag? Problemstillingen for meglers vederlagskrav knyttes til om megler har *risiko for oppfyllelsen av avtalen*.

4.5.1 Meglers oppfyllelserisiko

Meglens vederlag forfaller til betaling når ”handel er kommet i stand”, jf §7-4(1). Etter en naturlig språklig forståelse har megler med andre ord ingen risiko etter dette tidspunkt. Megler har *avtaleslutningsrisikoen*. Det følger av dette at megler i utgangpunktet har rett på vederlag uansett hva som skulle skje med ”hovedavtalen” etter dette tidspunktet. Det følger

⁶⁷ Woxholth s.66flg.

⁶⁸ Når jeg skriver om ”ugyldighet” under dette punktet mener jeg ugyldighet på grunnlag av læren om bristende forutsetninger eller i hht avtl § 36.

av forarbeidene⁶⁹ at megler har krav på vederlag når avtalen har vært bindende mellom hovedpartene før kravet ble gjort gjeldende. Dette er tilfelle ved misligholdsbeføyelser og ugyldighet pga bristende forutsetninger eller avtaleloven §36. Hovedregelen om at megler ikke har oppfyllelsesrisiko er også støttet i fast og langvarig rettspraksis⁷⁰ og litteraturen⁷¹.

Det fremgår også av mellommannsbegrepets karakteristikk er at megler ikke har oppfyllelsesrisiko, jf mellommannsbegrepet pkt 3.2. Eiendomsmeglerens oppgave er å opptre i en formidlerrolle med den hensikt å oppnå et resultat. Det følger derfor naturlig av mellommannens karakter at han ikke skal bære risikoen for hva som skjer etter han har utført sitt arbeid (resultatet er oppnådd). Mellommannen skal da ha fått sitt vederlag, og er ute av bildet.

Verken forarbeidene til eiendomsmeglerloven av 2007 eller 1989 begrunner prinsippet om oppfyllelsesrisikoen⁷². Dette er en svakhet rettskildemessig. Begrunnelsen for meglers manglende oppfyllelsesrisiko er forklart i teorien⁷³ med etter at avtalen er kommet i stand, har megler oppfylt sin plikt, og da skal han kunne kreve lønn for arbeidet. Meglers ”hovedoppgave” er altså å finne rette kjøper. Lykkes han ikke å få avtale i stand, vil han heller ikke få vederlag for strevet. Megleren har derfor ikke rett på vederlag i forhold til innsats, men ut fra en risikobetraktning. Det kalles, som tidligere nevnt, at megler har avslutningsrisikoen for avtalen. Avtalens senere liv ligger utenfor meglers risikosfære. Det er hovedpartene som er nærmest til å kontrollere forhold etter avtaleslutningen.

⁶⁹ NOU 1987:14 s.84

⁷⁰ Se for eksempel Brækhus s.367-381.

⁷¹ Brækhus s.371

⁷² Artikkel Monsen s.29

⁷³ Brækhus s.368 flg.

Det kan spørres om oppfylleelsesrisikoen for megler gjelder fullt ut. Falkanger-utvalget⁷⁴ kritiserte prinsippet i to henseender i forbindelse med ugyldighet på grunn av bristende forutsetninger eller avtl. §36 og misligholdsbeføyelser mellom hovedpartene.

Det ble for det første diskutert at det burde sondres mellom ugyldighet på grunnlag av ”*bristende forutsetninger*” og ”*uriktige forutsetninger*”. Førstnevnte begrep har partene ingen kontroll over, mens sistnevnte er innenfor megler/selger-sidens kontrollsfære på avtaletidspunktet. Som eksempel nevnes at det er blitt gitt gale opplysninger om eiendommen. Skillet grunnes på at megler har kontroll over å ”bringe partene sammen” i en avtale.⁷⁵ Etterfølgende omstendigheter kan megler ikke kontrollere. Dersom en uriktig forutsetning bare begrunner partiell ugyldighet, skal det beregnes provisjon ”av det lovlige vederlaget”. Dette mente forarbeidene var så klart at det ikke var nødvendig å ta inn noen lovbestemmelse.⁷⁶ Det blir i forarbeidene her tatt til orde for en risikovurdering mellom forhold megler har risiko for og det som er utenfor hans kontroll.

Problemstillingen som reiser seg er ved krav fra kjøper mot selger ved ugyldighet er om megler taper eller får redusert vederlaget hvis kjøper får lempet eller bortfalt hele kjøpesummen på grunnlag av bristende forutsetninger eller avtaleloven §36? Jf. pkt. 4.5.2 om denne problemstillingen.

For det andre ble det av Falkanger-utvalget diskutert at misligholdsbeføyelser mellom hovedpartene ikke har innvirkning på meglers provisjonskrav. Dette følger naturlig av at misligholdsbeføyelser kun påropes når en avtale anses som allerede bindende, og megler har rett til å beholde vederlaget. Utvalget mente det var uten betydning om grunnlaget for misligholdsbeføyelsen hadde sin bakgrunn i forhold ved avtaleslutningstidspunktet (f.eks.faktiske mangler ved eiendommen) eller et senere tidspunkt(kjøpers betalingsmislighold). Særspørsmål som reiser seg i denne forbindelse er hvor det er et krav

⁷⁴ NOU 1987:14 s.84

⁷⁵ Artikkel Monsen s.32

⁷⁶ NOU 1987:14 s.84

fra kjøper mot selger(heving pga betalingsmislighold), eller selger mot kjøper(prisavslag) ved misligholdsbeføyelser; Har megler rett på vederlag ved heving, prisavslag og erstatning? Jf. pkt. 4.5.3 og 4.5.4 om denne problemstillingen.

Det klare utgangspunktet etter dette er at megler har risiko for ugyldighet for ”uriktige forutsetninger” etter avtaletidspunktet. Megler har derimot ikke risiko for ”bristende forutsetninger” og misligholdsbeføyelser etter avtalen er bindende. Dette utgangspunktet er gitt i klare forarbeidsuttalelser, og må vektlegges relativt tungt.

4.5.2 Ugyldighet: Meglers kontroll over ”opprinnelige omstendigheter”

Ved ugyldighet mellom hovedpartene, er spørsmålet om megler har kontroll over forhold på avtaleslutningstidspunktet, som har vært grunnlag for ”uriktige forutsetninger” for kjøper. Dersom avtalen kjennes ugyldig på grunnlag av forhold på selger-siden, kan det spørres om megler beholder vederlaget.

Forhold som forelå allerede ved avtaleslutningen er forhold som kunne tenktes være innenfor hva megler kan kontrollere. Megler har kontroll over ”å bringe partene sammen”⁷⁷, og en rekke andre faktorer rundt kontraktsslutningsprosessen. Megler har en rekke oppgaver i tidsperioden til handelen blir ”endelig” og kjøper får overta eiendommen. Megler skal bistå med utferdigelse, tinglysning, søknader(konsesjon) og økonomisk oppgjør i denne tidsperioden, jf.emgll. §6-9. Megler skal ”i samsvar med god meglerskikk med omsorg for begge parters interesse”, herunder ”gi kjøper og selger råd og opplysninger av betydning for handelen og gjennomføringen av denne”, jf emgll.§6-3(1). Megler har også undersøkelses- og opplysningsplikt hvor han ”skal sørge for at kjøperen før handel får opplysninger denne har grunn til å regne med å få og som kan få betydning for avtalen”, jf § 6-7(1). Dette er meget vidtgående plikter, som jeg avgrenser mot en nærmere vurdering av. Megler har derfor en ”risikofære” for disse opprinnelige omstendigheter, både ovenfor

⁷⁷ Monsen s.32

selger og kjøper, som kan gjøre sitt utslag på et senere tidspunkt, i motsetning til etterfølgende omstendigheter.

Det kan anføres at det kan virke urimelig at megler har risiko for opprinnelige omstendigheter når det gjelder omstendigheter av en uforutseerlig art, særlig når det er gått lang tid siden forfall. Selv om megler har risiko for opprinnelige omstendigheter, trenger han derimot ikke ha det for etterfølgende omstendigheter. Vederlagskravet er uansett usikkert for megler (jf pkt 3.2), og det vil ikke innebære noen ”vesentlig tilleggsrisiko”⁷⁸ at vederlaget kan gå tapt på grunn av ugyldighet, uansett om det er påregnelig eller ikke. Rettstekniske hensyn taler også mot en sontring mellom tilfeller av upåregnelig og påregnelig art.⁷⁹

Vederlaget er resultat av meglers innsats og det er naturlig at alle meglers plikter skal iberegnes hans risikofære. På denne måten blir megler oppmuntret til å oppfylle sine forpliktelser på en solid måte. Lovens bestemmelser, prevensjonshensyn og formålet, jf §1-1, taler for meglers plikter rundt gjennomføringen av oppdraget og handelen skal ligge innefor meglers ”risikofære”. På bakgrunn av dette vil megler tape sitt vederlag dersom det skyldes forhold han har risiko for under kontrakt slutningen, men ikke etterfølgende forhold.

4.5.3 Misligholdsbeføyelser: Selger misligholder mot kjøper

Utgangspunktet om at megler ikke har risiko, ved misligholdsbeføyelser etter ”handel er kommet i stand”, er klar. Spørsmålet er om manglende oppfyllelsesinteresse ved misligholdsbeføyelser kommer på kollisjonskurs med en tolkning av provisjonsberegningen av ”kjøpesummen” i emgll. §7-2(1). En antitetisk tolkning av ordlyden i §7-2(1) tillater at provisjon beregnes av ”kjøpesummen”.

⁷⁸ NOU 1987:14 s.84

⁷⁹ Monsen s.33

Problemstillingen er hva som skjer med meglers vederlag når kjøperen får rett til prisavslag (uten at dette skyldes forsømmelse fra meglers side). Er det "kjøpesummen" før eller etter prisavslag beregningsgrunnlaget?

Drøftelsen her gjelder ikke når det gjøres erstatning gjeldende mellom hovedpartene. Erstatning mellom hovedpartene kan ikke beregnes ut i fra "kjøpesummen" fordi erstatningens karakter er et restitusjonsmiddel for tap, og beregnes ut i fra det økonomiske tap. Både heving og prisavslag er misligholdsbeføyelser som har gjensidighetsvirkninger mellom hovedpartene. Ved heving skal begge parter levere tilbake det mottatte, og ved prisavslag skal det gis reduksjon i prisen i samsvar men pliktbruddet. De økonomiske virkningene mellom hovedpartene bør gjenspeiles i prisavslaget til megler, og "kjøpesummen" er et utgangspunkt i denne beregningen. Jeg avgrensner drøftelsen under dette punktet til å gjelde når det er heving eller prisavslag som er misligholdsbeføyelsen mellom hovedpartene. Jeg utelukker ikke at megler kan få redusert eller bortfalt sitt vederlag på alminnelig grunnlag etter emgll. §7-7, i tilfelle erstatningskravet mellom partene springer ut i fra meglers "pliktforsømmelse", men dette er en annen problemstilling.

Eiendommen selges for eksempel for 100. Det gis 50 i prisavslag, så selgeren sitter igjen med 50. Skal megler ha provisjon av 50 eller 100? Den endelige "kjøpesummen" er etter dette blitt 50, og som er resultatet av meglers innsats. Ordlyden sier at forfall for vederlaget er når "handel er kommet i stand", dvs 100. Da er det i utgangspunktet 100 som skal danne utgangspunktet for vederlagsberegningen. Dette er også i samsvar med forarbeidsuttalelsene i NOU 1987:14 s.84, jf pkt.4.5.1.

På bakgrunn av forståelsen av "når handel er kommet i stand" og forarbeidsuttalelsene, er jeg kommet frem til at beregningsgrunnlaget for provisjonene forblir 100, og megler beholder vederlaget.

4.5.4 Misligholdsbeføyelser: Kjøper misligholder mot selger⁸⁰

Et neste spørsmål er om megler beholder vederlaget uavkortet når kjøper misligholder mot selger etter kontraktsinngåelsen. Typisk at han misligholder betalingsplikten og avtalen heves, uten at det foreligger ikke pliktforsømmelse fra meglers side. Hva blir da vederlagsgrunnlaget for megler? Utgangspunktet er at megler ikke har oppfyllelsesrisiko. Forfall av vederlagskravet har passert da "handel er kommet i stand". "Kjøpesummen" som må legges til grunn er den som forelå på forfallstidspunktet. Jeg viser til drøftelsen under 4.5.3 også gjelder for denne problemstillingen. Megler beholder vederlaget.

4.6 Meglers pliktforsømmelse og prisavslag i vederlaget

Emgl.§7-7 hjemler prisavslag på grunn av meglers mislighold. Megler risikerer å tape eller få redusert sitt vederlag på et tidspunkt etter at avtalen mellom kjøper og selger er blitt bindende. Emgl.§7-7 lyder:

"Dersom det foreligger en ikke ubetydelig pliktforsømmelse fra oppdragstakers side, kan oppdragsgiveren kreve at vederlaget settes ned eller faller bort". (Min understrekning).

Hovedvilkåret for prisavslag i eiendomsmeglerloven §7-7 er at det foreligger en "*ikke ubetydelig pliktforsømmelse*". Virkningen er at vederlaget kan settes helt eller delvis ned. Vilkår- og virkningssiden må vurderes skjønnsmessig og kan gli over i hverandre. Jeg vil vurdere vilkårene fortløpende nedenfor i pkt. 4.6.1 - 4.6.5.

I følge ordlyden i §7-7 kan kun "*oppdragsgiveren*" kreve prisavslag. Kjøper kan ikke kreve prisavslag. Det er naturlig ihht til prinsippet om at en avtale kun binder partene. Oppdragsavtalen, herunder vederlagsretten, er avtalt mellom oppdragsgiveren og megler, og er en avtale mellom disse.

⁸⁰ Erik Monsen. *Meglere rett til provisjon* s.33-34.

Prisavslag er en generell misligholdsbeføyelse innenfor obligasjonsretten. Alminnelige betraktninger i forbindelse med denne sanksjonen er derfor relevant i forbindelse med tolkningen av bestemmelsen. Vurderingen er objektiv uavhengig av skyld fra meglers side, og kan gjøres gjeldende mot megler for omstendigheter som springer ut fra meglers side under oppdragstiden. Prisavslagsbestemmelsen er bl.a. praktisk når megler misligholder sine plikter overfor partene i perioden mellom forfall av vederlaget og til oppdraget er gjennomført. Etter forfall kan oppdragsgiver ikke holde tilbake vederlaget, jf pkt 4.4.

4.6.1 *Hva er "pliktforsømmelse"?*

Motstykket til meglers "plikt" er oppdragsgivers og kjøpers "rett". Ordlyden er nøytral i forhold til hvem pliktforsømmelsen skal være rettet mot, og både selger og kjøper kan tenkes å falle inn under en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Emgll.§4-6 av 1989 bestemte at subjektene for pliktforsømmelsen var "kjøper eller selger". Det er ikke nevnt i forarbeidene at det skal være en endring i rettsstilstanden. Pliktforsømmelsen kan dermed ramme kjøper og selger. Selger har rett på en tjeneste som er kvalitativt god, og at megler oppfylder plikter ihht til avtalen og loven. Kjøper på sin side har rett til å motta bistand og opplysninger i forbindelse med handelen og gjennomføringen av denne, jf. §6-3. Med "pliktforsømmelse" menes at selger eller kjøper ikke har fått den rett de har krav på. Det er et objektivt avvik mellom meglers plikter, og det han har utført. Utgangspunktet for vurderingen er om det er levert en tjeneste som er kvalitativt dårligere enn det opprinnelige avtalte.⁸¹

Under 4.5.2 nevner jeg noen av pliktene som megler har i forbindelse med oppdraget; opplysnings-, undersøkelsesplikter, god meglerskikk, etc. Jeg forutsetter de samme pliktene i denne drøftelsen. Pliktene som kan gjøres gjeldende ihht til §7-7 er av objektiv karakter.

⁸¹ Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.144-145.

Et tilfelle hvor nedsettelse av meglers vederlag kan være aktuelt, er hvor selger har betalt prisavslag til kjøper fordi megler har misligholdt sine plikter.

Et annet tilfelle megler kan tenkes å tape sitt vederlag, er dersom megler har glemt å undersøke kjøpers finansiering, og avtalen mellom hovedpartene heves på grunn av vesentlig betalingsmislighold. Det er derimot ikke sikker rett at megler har en plikt til å undersøke finansieringen i følge rettspraksis. I Rt.1993.156 kom Høyesterett i avdeling enstemmig frem til at megler ikke hadde handlet i strid med god meglerskikk(emgll. §6-3) ved å ikke sjekke kjøpers finansiering. Høyesterett støttet resultatet på bl.a. juridisk teori, som sier at megler ikke har en alminnelig plikt til å undersøke kjøpers finansiering, dersom det ikke kan være ”grunn til å tvile på kjøpers betalingsevne”(s.160).

Jeg avgrenser mot en grundig drøftelse av meglers plikter.

4.6.2 Vilkåret ”fra oppdragstakers side”

Ordlyden, ”oppdragsgiver side”, er nøytral i forhold til hvem som har begått pliktbruddet. Vilkåret er språklig i forhold til lov av 1989 endret fra ”foretaket” til ”oppdragsgivers side”. Denne endringen er neppe av innholdsmessig karakter, ettersom med ”foretaket” var det ment både megler og hans kontraktsmedhjelpere. Ordlyden ”oppdragstakers side” peker også mot denne løsningen, og da forarbeidene heller ikke nevner noe om denne språklige endringen, vil jeg gå ut i fra at rettstilstanden videreføres. Denne løsning samsvarer også med prevensjonshensynet og lovens formål om sikkerhet og effektivitet.

4.6.3 Hva er ”ikke ubetydelig”?

En motsatt naturlig språklig forståelse av ”ikke ubetydelig” er ”ubetydelige”. Det motsatte av ”ubetydelig” er ”betydelig” pliktforsømmelser. Sistnevnte utgjør den øvre grensen for vilkåret. Andre, mer strenge misligholdssanksjoner enn prisavslag, må anvendes mot ”betydelige” mangler. ”Ubetydelige” forsømmelser og feil gir ikke rett til prisavslag, og er

den nedre grensen for bestemmelsen. Pliktforsømmelsens alvorlighetsgrad må ligge et sted mellom det ”ubetydelige” og ”betydelige” i forbindelse med prisavslag.

Utgangspunktet i vurderingen av prisavslag innenfor obligasjonsretten er at det legges en objektiv vurdering til grunn. Det angis i forarbeidene til eiendomsmeglerloven at vilkåret ”ikke ubetydelig” er gitt etter mønster etter husleieloven §2-11.⁸² Om termen uttaler forarbeidene til husleieloven at det er ”ikke ubetydelig” når det etter en ”håndverksmessig vurdering” er nødvendig med utbedring.⁸³ Dette taler for at det skal foretas en objektiv og profesjonell vurdering i avgjørelsen om pliktforsømmelsen er av ikke ubetydelig grad. Dette samsvarer med alminnelige tolkningsprinsipper i obligasjonsretten, og meglers profesjonsansvar. Norsk Lovkommentar har uttalt at bestemmelsen tolkes objektivt som i avhendingsloven, jf Rt.1998.1510(1518) om mangelsvurderingen.⁸⁴

Vilkåret ”ikke ubetydelig” er etter sin ordlyd ikke like strengt som vilkåret ”vesentlig har tilsidesatt sine plikter” av 1989-loven. ”Vesentlig” er etter sin ordlyd et strengt vilkår, tilsvarende som for heving. Forarbeidene viser at bestemmelsens formål og funksjon ikke skulle innføre et vesentlighetskrav tilsvarende med hevingsterskelen. Falkanger-utvalget av 1989 mente at ”vesentlig” skulle forstås som den tilsvarende svenske bestemmelsen; at forsømmelsen ikke må være av ”ringa betydelse”. Etter sin naturlige språklige forståelse er det norske vilkåret ”ikke ubetydelig” og ”ringa betydelse” samme term.

4.6.3.1 Hvordan forstås det gamle vilkåret ”vesentlig” sammenliknet med dagens ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”?

På bakgrunn av forrige avsnitt kan det spørres om ”vesentlig” og ”ikke ubetydelig” er det samme.

⁸² Ot.prp.nr.16 (2006-2007) s.144

⁸³ NOU 1993:4 s.139

⁸⁴ Note 102 til husleieloven §2-11.

Utgangspunktet for vurderingen, i følge forarbeidene av dagens eiendomsmeglerlov, er at oppdragsgiver ikke skal betale full pris hvis megler ved utførelsen av oppdraget har ytet noe som er kvalitativt dårligere enn det avtalte.⁸⁵ Det er meningen at den nye formuleringen skal ha en lavere terskel enn tidligere for å få innvilget prisavslag.⁸⁶

Vedrørende terskelen i eiendomsmeglerloven av 1989 uttalte Falkanger-utvalget mer presist at ”Mindre forsømmelser – som ikke har medført økonomisk tap for kjøper eller selger – bør ikke kunne påberopes”.⁸⁷ Det er denne rettsstilstanden utvalget har ønsket å gjøre endre på i Ot.prp.nr.16(2006-2007) s.144-145.

LB-2005-77187 gjaldt en forsømmelse fra meglers side. Det ble ikke tilkjent prisavslag. Det avgjørende var at det ikke kunne dokumenteres økonomisk tap. Lagmannsretten vurderte og la avgjørende vekt på Falkanger-utvalgets uttalelse, men tok ikke hensyn til reservasjonen ”bør” i resultatet for dommen. Dommens vekt svekkes av dette. I teoretiske fremstillinger er det uttalt at det, av prosessøkonomiske grunner, ikke bør tilkjennes prisavslag som utgjør mindre enn 5-10%⁸⁸ av vederlaget. Forsømmelse under denne terskelen er ubetydelig. Det kan umiddelbart se ut som om rettspraksis og teori til 1989-loven har trukket et avgjørende skille mellom hvorvidt pliktforsømmelsen har medført økonomisk tap eller ikke.

Forarbeidene til dagens eiendomsmeglerlov⁸⁹ vurderer ikke ”bør-reservasjonen” knyttet til Falkanger-utvalgets uttalelse. Det fremgår verken at Departementet eller NOU-utvalget har drøftet denne reservasjonens betydning i forhold til rettsstilstanden av 1989-loven.

⁸⁵ Ot.prp.nr.16 (2006-2007) s.144.

⁸⁶ Ot.prp.nr.16 (2006-2007) s.145.

⁸⁷ NOU 1987:14 Eiendomsmegling s.89. Min understrekning.

⁸⁸ Rosèn/Torsteinsen s.276.

⁸⁹ Ot.prp. nr 16 (2006-2007) under pkt 8.6.1 om Gjeldende rett

Ordlyden, ”bør”, åpner for at ikke økonomiske ulemper også kan gi rett til prisavslag. Det trekkes i retning av at bestemmelsen ikke er absolutt og at konkrete tilfeller bør avgjøres etter en helhetsvurdering. Dette kan tolkes dit hen at pliktforsømmelsen kan være ”vesentlig” selv om kjøper og selger ikke er påført et økonomisk tap. Senere i Falkangerinnstillingen ble det uttalt at ”Forsømmelser fra meglers side kan forårsake alvorlige ulemper for oppdragsgiveren (.....) selv om det ikke kan påvises noe økonomisk tap”. Av dette fremgår det at det ikke nødvendigvis behøver å være et økonomisk tap. Det samme syn har Finansdepartementet lagt til grunn.⁹⁰ *Rosén/Torsteinsen* mener at forarbeidene må tolkes dit hen at økonomisk tap kun er et moment i en helhetsvurdering, der andre ikke-økonomiske ulemper også vurderes.⁹¹ Vurderingen må skje konkret og ulempen må tilsvare en skjønsmessig stor nok ulempe til å begrunne prisavslag. Det trekkes et skille mot ”ubetydelig pliktforsømmelse”. Rettspraksis, i forhold til den tidligere bestemmelsen, gir ikke særlig anvisning til den nedre grensen.

Forarbeidene til eiendomsmeglerloven av 2007 mener at ”rene bagateller” ikke bør utløse rett på prisavslag⁹². En ”ubetydelig” pliktforsømmelse kan språklig sett sammenlignes med en ”bagatell”. Pliktforsømmelsen skal i følge utvalget og departementet være ”mer enn rent bagatellmessig”. Med bagateller menes etter en naturlig språklig forståelse bryderi av ikke økonomisk art i form av bl.a irritasjon, stress, brydderi mv.

Lovens formål taler for at ikke-økonomiske ulemper omfattes, da det bl.a. ønsker å fremme sikre, ordnede og effektive eiendomsmeglertjenester. Da er det uten viktighet om pliktforsømmelsen er av økonomisk karakter. Prevensjonshensyn taler for en lav terskel, for å oppfordre til aktsomhet hos megler, og herunder ivareta forbrukerne.

Det er ingen umiddelbar forskjell på ”vesentlighets-vilkåret” og ”ikke ubetydelig” – vilkåret. En endring er at utgangspunktet om at kun økonomiske tap kan påberopes som

⁹⁰ Ot.prp. nr 59 (1988-89)s.49.

⁹¹ Rosén/Torsteinsen s.275.

⁹² Ot.prp. nr.16(2006-2007) s.144.

grunnlag, er endret til at både økonomiske og ikke økonomiske tap er utgangspunktet i vurderingen. I en språklig forstand er ”ikke ubetydelig” mer i samsvar med forarbeidene av 1989 meningsinnhold enn ”vesentlig pliktforsømmelse”. De ikke økonomiske ulempene, som rettsgrunnlag, er forsterket gjennom en endring av ordlyden.

4.6.3.2 Helhetsvurdering

For å avgjøre det nærmere innholdet av ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse” må det foretas en skjønsmessig helhetsvurdering.

Et moment i helhetsvurderingen er at vederlaget skal stå i forhold til meglers innsats. Megler risikerer at det overhode ikke blir noen handel. Oppdragsgiver har frem til handelen er ”endelig” mulighet til enten å si opp oppdragsavtalen eller holde tilbake vederlaget, som sanksjon, dersom han er misfornøyd med meglers innsats. Etter at handelen er ”endelig”, har han ikke andre sanksjonsmuligheter enn å kreve misligholdsbeføyelser.

I LE-2001-00580 uttalte retten at det var ”en vesentlig feil å ikke sørge for sikkerhet når kjøpesummen var utbetalt, og det ville gå noe tid før skjøtet var tinglyst”. Lagmannsretten fant det ikke relevant at det ikke hadde skjedd noen økonomisk skade. Selger kunne allikevel i dette tidsrommet behefte, selge eller på annen måte disponere rettslig over eiendommen, og det ville fått store økonomiske konsekvenser. Megler hadde derfor ”vesentlig tilsidesatt sine plikter”.

LB-2006-6933 gjaldt erstatning og prisavslag på grunn av meglers mislighold. Megler hadde som oppdrag å innfri et lån og slette en heftelse tilhørende kommunen. Megler hadde ved forespørsel om lånet til kommunen feilstavet navnene til selgerne, og oppgitt feil personnummer på den ene av de to. Dette førte til at kommunen ga informasjon om et lån som var et ”sosiallån” til en av selgerne. Sosiallånet hadde ikke pant i eiendommen, og sosialgjelden ble med en feiltakelse nedbetalt med midler fra kjøpesummen. Da feilen ble oppdraget saksøkte selgerne megler og mente megler måtte være ansvarlig for denne

feiltakelsen. Retten fant at vederlaget skulle settes ned fra 80.600,- til 50.000,- (ca 40% prisavslag).

I den skjønnmessige vurdering la retten vekt på flere momenter. For det første hadde meglers arbeid medført ulempe og fare for tap for mange involverte parter. Kjøpers kreditorer risikerte økonomisk tap fordi de ikke ville få den pantesikret prioritet som avtalt med kjøper; noe kjøper kunne bli ansvarlig for. Selger hadde misligholdt kjøpekontrakten ved at han ikke kunne levere en heftelsesfri eiendom. Selger misligholdt også overfor sin pantekreditor, kommunen, ved at han ikke innfridde det pantesikrede lånet, og risikerte å komme i erstatningsansvar overfor kommunen, som også selv led tap.

Retten mente videre at megler i egenskap av å være ”mellommann” var pålagt et stort ansvar ved gjennomføringen av oppgjøret. Megler har en viktig stilling som skal ivareta samtlige parters interesser. Retten presiserte videre: ”Det er særlig samtidigheten i ytelsene fra mange parter som utløser behov for en mellommann. Det er derfor viktig at oppgjøret er korrekt på det tidspunktet hjemmelen registreres på ny eier, heftelser slettes/registreres og kjøpesummen fordeles og utbetales”.

Retten har i dette tilfellet lagt særlig vekt på grovheten av feilen og dets skadepotensiale⁹³, og ikke bare de faktiske økonomiske konsekvenser, men også andre konsekvenser som er nærliggende til å oppstå ved en slik feil. Retten la videre vekt på at megler skal ivareta alle parters interesser slik at man får til en sikker handel. Formålsbetraktninger og prevensjonshensyn, rundt ønsket om en sikker og faglig kvalifisert handel, trekkes inn som reelle hensyn i denne vurderingen. Som ett ytterligere moment i helhetsvurderingen var at megler hadde opptrådt uaktsomt ved en sentral oppgave av megleroppdraget. Teorien støtter dette momentet⁹⁴ som en del av helhetsvurderingen. Isolert sett har dette momentet lite vekt da ansvaret til megler er strengt objektivt.

⁹³ Rosèn/Torsteinsen s.277 har også vurdert dette momentet som relevant.

⁹⁴ Rosèn/Torsteinsen s.279.

4.6.4 Virkningen av meglers pliktforsømmelse

Vederlaget kan ”settes ned eller falle bort” dersom megler begår en pliktforsømmelse.

Etter alminnelige prinsipper om prisavslag skal vederlaget beregnes forholdsmessig, og eiendomsmeglerlovens forarbeider uttaler at prisavslaget skal settes skjønnsmessig i forhold til pliktbruddet.⁹⁵ Det er opp til retten å bestemme hvilken beregningsmetode den vil anvende. Oppdragsgiver trenger ikke å dokumentere økonomiske tap ved denne vurderingen.⁹⁶ Utmålingen må ses i sammenheng med vilkåret om ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”, og det søkes en balanse mellom ulempen og prisavslagets størrelse.

Den endelige prisen må stå i forhold til resultatet av meglers arbeid. Dersom megler har sviktet i gjennomføringen av sitt oppdrag, er det naturlig at resultatet av meglers arbeid bør legges til grunn. Det ville virke uheldig dersom megler oppnår provisjon som står i misforhold til det som objektivt sett er resultatet av arbeidet hans. Når selger må betale kjøper et prisavslag bør den objektivt ”endelige” kjøpesummen legges til grunn for vederlagsberegningen, dvs ”kjøpesummen” før prisavslag minus prisavslaget, jf eksemplet i pkt 4.5.4.

Ved beregningen er mangelens betydning for oppdragsgiver et moment⁹⁷. Det kan være at kjøper ikke har lidt noe økonomisk tap, men formålet med eiendomshandelen er forfeilet. Denne ulempen skal vektlegges.

LB-2003-20721 gjaldt husleierett. Husleier, Evanaki DA, leide butikklokaler av

⁹⁵ Ot.prp. nr.16(2006-2007) s.145

⁹⁶ Ot.prp. nr.16(2006-2007) s.145

⁹⁷ Hagstrøm s.402.

Cadena AS, i Bogstadveien 27, Oslo. Evanaki DA krevde prisavslag da selskapet gjennom omtrent ett og ett halvt års periode måtte tåle fem tilfeller av lekkasjer i de leide lokalene. Huseier hadde rettet og betalt kostnadene. Husleien var på kr 2.600.000,- per år. Prisavslaget ble for perioden fastsatt skjønnsmessig til kr.450.000,- (omtrent 11,5% av betalt leie). I den skjønnsmessige utmålingen ble det lagt vekt på ekstraarbeid og usikkerhet forbundet med mangelen. Videre var tidsperspektivet og omfang momenter. Ved hver lekkasje oppsto det ekstraarbeid for leietaker, og selskapet måtte utsette åpningen av butikken en periode.

Nedsettelsens størrelse bør bero på en skjønnsmessig vurdering som smelter sammen med helhetsvurderingen av vilkårssiden i §7-7. Sentrale momenter er tid, omfang, grovhet og skadepotensiale av mangelen, mangelens subjektive betydning for partene, økonomisk ulempe og skyld hos megler.

5 Litteraturliste

Lover

Eiendomsmeglerloven av 29. juni 2007 nr.73.

Lov om løysningsrettar nr 64/1994 §12.

Ekteskapsloven nr 47/1991 §32

Husleieloven nr 17/1999 §2-11

Avtaleloven nr 4/1918 §§ 2 og 7

Forarbeider

NOU 2006:1 Eiendomsmegling

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

NOU 1987:14 Eiendomsmegling

Ot.prp.nr.54(1938)

Rettspraksis

Rt.1921.285

Rt.1927.488

Rt.1962.1067

Rt.1973.1061

Rt.1993.156

Rt.1997.1061

Rt.1998.1510

Rt.2005.507

LE-2001-00580

RG 2003 s 937

LB-2003-20721

LB-2006-6933

Juridisk litteratur

- Bergsåker Trygve Bergsåker, *Pengekravsrett*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2002.
- Brækhus Sjur Brækhus, *Meglers rettslige stilling*, Tell Forlag, Oslo 1946.
- Hagstrøm Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett i samarbeid med Magnus Aarbakke*, Universitetsforlaget 2003, 2. opplag 2004, Oslo
- Rosèn/Torsteinsen Karl Rosèn og Dag Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, Gyldendal Norske Forlag AS 2005, 1. utgave, 1. opplag 2005, Oslo.
- Norsk Lovkommentar* (Karnov).
- Sæbø Rune Sæbø, *Motregning*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2003.
- Woxholth Geir Woxholth, *Avtalerett*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2003, 5. utgave 2003.

Juridiske artikler

Trygve Bergsåker, "Bindende avtale? Om eiendomsmeglerloven § 4-2 og 4-3 samt avhendingsloven § 2-1, 2-3 og 2-4(3)", *Ånd og Rett: Festskrift til Birger Stuevold Lassen* s. 107 flg., 1997.

Erik Monsen, "Om eiendomsmeglers rett til provisjon", *Tidsskrift for eiendomsrett* 2007 nr. 1 s. 23.

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>