

Selger og meglers solidaransvar og regressoppgjør



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 602

Leveringsfrist: 25. november 2011

Til sammen 13743 ord

Dato: 21.11.2011

INNHOLDSFORTEGNELSE:

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.2	Forutsetninger for avhandlingen	1
1.3	Bakgrunn	2
1.4	Problemstilling	3
2	SOLIDARANSVAR MELLOM SELGER OG MEGLER	5
2.1	Hva er solidaransvar	5
2.2	Argumenter for at meglers ansvar er subsidiært	6
2.3	Solidaransvarets omfang	7
2.3.1	Erstatningens omfang	8
2.3.2	Megler er ikke ansvarlig for restitusjonsoppgjør	11
2.3.3	Solidaransvarets gråsoner – forholdet mellom prisavslag og erstatning	11
2.3.3.1	Er krav om prisavslag og erstatning ”samme krav”?	12
2.3.3.2	Forskjell på vilkårssiden	14
2.3.3.3	Utmålingsreglene	15
2.3.3.4	Har kjøper valgfrihet?	17
2.3.3.5	Er megler solidarisk ansvarlig for prisavslagskrav?	19
3	REGRESSREGELEN	22
3.1	Hva er solidarregress?	22
3.2	Skadeserstatningsloven § 5-3 (2)	22
3.2.1	Ansvarsgrunnlaget	23

3.2.2	Forholdene ellers	24
3.2.3	Når er berikelsessynspunktet relevant?	25
3.2.4	Hvor stor vekt har berikelsessynspunktet?	26
3.2.5	De to perspektivene - Partenes selvstendig ansvar overfor kjøper og tilknytningen mellom partene	32
3.2.5.1	Selgers opplysningsplikt	33
3.2.5.1.1	Avhendingslova § 3-7	33
3.2.5.1.2	Avhendingslova § 3-8	34
3.2.5.1.3	Innvirkningskriteriet	35
3.2.5.1.4	Identifikasjon	36
3.2.5.2	Meglere opplysningsplikt - Eiendomsmeglingsloven § 6-7	36
3.2.5.3	Regress når selger ikke kan bebreides for opplysningssvikten	38
3.2.6	Har ansvarsforsikring betydning for regressspørsmålet?	44
3.2.6.1	Hvilken betydning har forsikringsargumentet mellom selger og megler?	45
3.2.6.2	Har selgers eierskifteforsikring betydning for berikelsessynspunktet?	46
3.2.6.3	Har selgers forsikringsmuligheter noen betydning?	48
4	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	49
5	LOVREGISTER	51
6	RETTS- OG NEMNDSAVGJØRELSER	52
7	LITTERATURLISTE	53

1 INNLEDNING

1.1 TEMA

Omsetning av bolig skjer i stor grad gjennom eiendomsmegler.¹ Både megler og selger har en selvstendig opplysningsplikt overfor kjøper. Misligholdes opplysningsplikten, kan kjøper ha et krav mot selger eller mot megler. For det tilfellet at begge kan holdes ansvarlig for at det er gitt feil eller manglende opplysninger, er megler og selger prinsipielt solidarisk ansvarlig overfor kjøper. Tema for denne avhandlingen er solidaransvar og regress mellom megler og selger.

1.2 FORUTSETNINGER FOR AVHANDLINGEN

For å avgrense avhandlingen til et passende format, bygger den videre fremstillingen på følgende forutsetninger:

1. Det forutsettes at salget reguleres av avhendingslova, og at eiendomstransaksjonen gjelder salg av brukt bolig til en forbruker. Avhendingslova er dermed delvis preseptorisk til kjøpers ugunst, jf. avhl. § 1-2 (2) andre punktum. Mest relevant for denne avhandlingen er at avhl. §§ 3-7 til 3-10 ikke kan fravikes til kjøpers ugunst. Det forutsettes også at selger har tatt et forbehold om at eiendommen selges ”som den er” ved besiktigelsen, jf. avhl. § 3-9.
2. Det legges til grunn at eiendomsmeglingsloven av 2007, som trådte i kraft 1. januar 2008, kommer til anvendelse. Det forutsettes at selger er forbruker og har inngått oppdragsavtale om salg av boligen med megler før eiendommen ble solgt, og at det dermed ikke er tale om et begrenset megleroppdrag eller oppgjørsoppdrag. Meglers undersøkelses- og opplysningsplikt etter emgll. § 6-7 gjelder full ut, jf emgll. § 1-3.

¹ ”Eiendomsmegler”, ”megler” m.v. er en beskyttet tittel, jf. emgll. § 4-5. I den videre fremstillingen vil ”megler” bli brukt til å beskrive mellommann i transaksjonen, og det er uten betydning for avhandlingen om det er en eiendomsmegler, megler, advokat eller en eiendomsmeglerfullmektig som har utført oppdraget, jf. emgll. § 4-5 (1) til (3).

3. Det forutsettes at kjøper har oppdaget at det er gitt en feil opplysning om eiendommen og/ eller at det er gitt manglende opplysninger om eiendommen. I den videre fremstillingen vil begge forhold for enkelthetens skyld bli betegnet som en ”opplysningssvikt”.² Det forutsettes at reklamasjonsfristene ikke er utløpt, kravet ikke er foreldet, og at opplysningssvikten utgjør en mangel, jf. avhl. § 3-7 og § 3-8. Det forutsettes videre at vilkårene for å kreve erstatning fra megler er oppfylt.
4. Det forutsettes at kjøper ikke har krav på retting, og/ eller at selger ikke har krevd å rette mangelen, jf avhl. § 3-10.

1.3 BAKGRUNN

Kjøp og salg av bolig skjer i stor grad gjennom megler, etter oppdrag fra selger. Både selger og megler har en selvstendig opplysningsplikt over kjøperen, som i praksis oppfylles ved at megler utarbeider en skriftlig salgsoppgave som kjøper gjør seg kjent med før handel sluttet. Avdekkes en opplysningssvikt etter at avtale er inngått, oppstår spørsmålet om hvem kjøper kan holde ansvarlig; den profesjonelle mellommannen i transaksjonen eller kjøpers kontraktspartner?

Etter at Rt 2005 s. 870 (meglerdommen) ble avsagt, er det ikke lenger tvilsomt at megler og selger kan holdes prinsipalt solidarisk ansvarlig overfor kjøper for kjøpers krav, som følge av at der foreligger en opplysningssvikt om eiendommen som selges. Kjøperen har fri valgrett, såfremt begge kan holdes ansvarlig for opplysningssvikten på selvstendig grunnlag.

Samtidig som solidaransvaret ble konstatert, ble det i dommen lagt til:

”Når skyldnere er solidarisk ansvarlige, er retten til regress et naturlig - og nødvendig - supplement, som gjør det mulig å plassere byrden der den bør være

² Dette er den samme terminologien som brukt av Færstad og Skjefstad, Tidsskrift for Erstatningsrett, (2008) s. 149-189.

ut fra forholdet mellom de ansvarlige og omstendighetene for øvrig, uavhengig av hvem som tilfeldigvis tar ansvaret overfor skadelidte.”

Selger og megler hefter henholdsvis *i* og *utenfor* kontrakt, og det har vært noe tvilsomt om det foreligger noen hjemmel for regress. Skadeserstatningsloven (skl.) § 5-3 (2) er bare anvendelig *utenfor* kontraktsforhold. Høyesterett var imidlertid ikke i tvil om at en regel tilsvarende skl. § 5-3 (2) ville komme til anvendelse, og det ble ikke ansett nødvendig å vurdere om bestemmelsen skulle anvendes direkte eller analogisk. Det ble vist til at det fantes en tilsvarende ulovfestet regel også i kontraktsforhold.

Høyesteretts resonnement har blitt kritisert, blant annet av Askeland.³ Han kritiserer Høyesteretts rettskildebruk, og han argumenterer for at det faktisk ikke finnes noen generell ulovfestet regel om solidaransvar i kontraktsforhold tilsvarende skl. § 5-3 (2). Askeland mener prejudikatverdien av Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) på dette punkt bør være begrenset.

1.4 PROBLEMSTILLING

Solidaransvar og regress på tvers av reglene om delikts- og kontraktsansvar byr på noen særskilte utfordringer. At det foreligger solidaransvar, jf skl. 5-3 (1), er en forutsetning for at det skal kunne foretas et regressoppgjør etter skl. § 5-3 (2). Solidaransvar og regress har en sterk indre sammenheng, og kan ikke vurderes isolert.

Solidaransvaret er tema for avhandlingens del 2. Meglers ansvar overfor kjøper er rent erstatningsmessig, mens kjøper kan gjøre andre typer krav gjeldende overfor selger. Det kan med rette reises spørsmål om hvor langt solidaransvaret strekker seg. Strekker erstatningsansvar *i* og *utenfor* kontrakt seg like langt? Foreligger det solidaransvar dersom kjøper har krevd prisavslag eller hevet avtalen? Først når det er klart hvor langt

³ Se Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s. 6-9.

de ansvarlige partenes ansvar rekkes og solidaransvar er konstatert, kan regressoppgjøret begynne.

Selve regressregelen er tema for avhandlingens del 3. Det vil bli redegjort for regressregelen ved solidaransvar, og hvilke forhold som mest typisk kommer i betraktning når tapet skal fordeles mellom partene. Ansvarsgrunnlaget, årsaksbidraget, partenes tilknytning, selgers berikelse og foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, er av sentral betydning.

Det som gjør regressoppgjøret mellom selger og megler særlig utfordrende, er først og fremst berikelsessynspunktet. Det er berikelsessynspunktet som derfor er viet størst plass i avhandlingen. Berikelsessynspunktet relevans og vekt vil bli drøftet. Det vil bli skilt mellom det tilfelle at selger hefter ved egen skyld og det tilfelle at ikke kan bebreides for opplysningssvikten. Eierskifteforsikringen er en spesiell form for forsikring, som også byr på noen særskilte utfordringer i regressomgangen. Forholdet til selgers eierskifteforsikring er derfor også viet en del plass i avhandlingen.

2 SOLIDARANSVAR MELLOM SELGER OG MEGLER

2.1 HVA ER SOLIDARANSVAR

Solidaransvar for et erstatningskrav innebærer at de ansvarlig hefter ”en for alle og alle for en”, jf skl. § 5-3 (1). Hensynet til skadelidtes dekningsmulighet er hovedbegrunnelsen for prinsipalt solidaransvar.⁴

Det ligger både i erstatningsrettens- og det prosessuelle system, at en skadelidt kan prøve et erstatningskrav mot den han eller hun anser for å være ansvarlig for tapet.⁵ Skadelidte trenger egentlig ikke hjelp av skl. § 5-3 (1) for å kreve erstatning av megler. Problemet kan omformuleres slik at det må gis en begrunnelse for hvorfor skadelidte er avskåret fra å kreve erstatning av megler.

Formentlig baserer kjøpers valg seg på hvor kjøperen tror det er mest sannsynlig å få dekket sitt tap. Denne vurderingen kan bero på for eksempel bevisspørsmål, debtors antatte dekningssevne, reklamasjons- og foreldelsesfrister. Kjøperens valg kan imidlertid også bero på mer personlige forhold som at kjøperen ikke ønsker å ramme en av partene. Kjøperens rettferdighetssyn kan virke styrende for hvem av partene han ønsker å kreve dekning av, kanskje mener kjøperen en av partene er sterkt å bebreide mens den andre er ”uskyldig”. Kjøperen kan også ha en personlig tilknytning til en av partene, mest typisk selgeren, og føler seg derfor mest komfortabel ved å rette sitt krav mot den andre parten.

Etter mitt syn har det mindre betydning om man sier at selger og megler hefter ved solidaransvar, eller om man bare slår fast at skadelidte har fri valgrett. I begge tilfeller er det derfor behov for en regressregel slik at tapet kan plasseres der det endelig hører hjemme. På bakgrunn Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) må det være trygt å legge til

⁴ Dette argumentet ble tillagt avgjørende vekt, se Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) avsnitt 40. Se også Askland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 164-170.

⁵ Se Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s. 17-18.

grunn at det finnes en slik regressadgang, og at reglen tilsvarende skl. § 5-3 (2). Denne regelen gir imidlertid stor frihet til å fordele tapet mellom partene, og resultatet kan bli at den ene parten må bære det totale tapet til slutt.

2.2 ARGUMENTER FOR AT MEGLERS ANSVAR ER SUBSIDIÆRT

I Rt. 1997 s. 231 (Ditten-dommen) ble en byggeleders ansvar for å kontrollere en entreprenør, ansett for å være subsidiær i forhold til entreprenørens utbedringsplikt. I etterkant har det vært noe varierende underrettspraksis og fremstillinger i teorien om hvorvidt meglers ansvar er subsidiær i forhold til selgers.⁶ Partskonstellasjonen var imidlertid annerledes enn for Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen), og det var ikke snakk om et kontraktshjelperansvar.⁷ Rt. 1997 s. 231 (Ditten-dommen) ble ikke tillagt noen vekt da spørsmålet om meglers kunne holdes solidaransvarlig kom opp.

Obligasjonsrettens system, reklamasjonsfrister og manglende regressrett har særlig blitt fremhevet i teorien som begrunnelse for at meglers ansvar er subsidiært i forhold til selgers overfor kjøper.⁸ Alle disse argumentene ble prøvd i Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen), men ble ikke funnet tilstrekkelig tunge til avskjære kjøpers erstatningskrav direkte av megler. I teorien har det vært påpekt at Høyesterett har tatt et rettpolitisk valg.⁹

Når det gjelder omgåelse av reklamasjonsfrister, mener Færstad og Skjefstad at de beste grunner taler for at megler er avskåret fra å fremme et regresskrav mot selger etter at reklamasjonsfristene i avhendingslova er oversittet.¹⁰ Det konkluderes med at

⁶ Rosén, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2005) s. 114-118. Se også Bergsåker, Kjøp av fast eiendom, (2003) s. 212-214.

⁷ Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s. 22.

⁸ Kleven, Juristkontakt 5 (2002) s. 50-53.

⁹ Se særlig Kleven, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s.1.

¹⁰ Færstad og Skjefstad, Tidsskrift for Erstatningsrett, (2008) s. 149-189.

”Reklamasjonsfristen i avhendingsloven utgjør ... en absolutt skranke for meglers eventuelle regress mot selger.” I tråd med forutsetningene for avhandlingen vil jeg ikke berøre denne problemstillingen nærmere.

Når det gjelder obligasjonsrettens system, ble det fra meglers side anført at kjøper først måtte utnytte gjensidighetsbeføyelsene mot selger, og at kjøper først kunne gå på megler for erstatning dersom det ikke var noe å hente hos selger. Høyesterett avviste at en slik systembetragtning var til hinder for skadelidtes valgfrihet.

Askeland forsøker å gi en mer utfyllende forklaring på hvorfor obligasjonsrettens system ikke kan begrunne et subsidiært ansvar for megler, enn det som kan leses ut fra Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen).¹¹ Han påpeker først at lovgiver etter alt å dømme tenkte seg at gjensidighetsbeføyelsene skulle prøves før erstatning, og at også kontraktslovens oppbygning taler for denne løsning. Bestemmelsene om prisavslag i avhl. § 4-12 er plassert før bestemmelser om heving etter § 4-13, og til slutt kommer erstatningsregelen i § 4-14. Imidlertid mener Askeland slike systembetragtninger har lite støtte i tradisjonen, og at *”en undersøkelse av de historisk toneangivende fremstillinger av obligasjonsretten viser ingen slik systematikk”*. Han påpeker også at erstatning for *”oppfyllelsesinteresse”* er et begrep som fanger inn den samme tapspost som et prisavslag. Prisavslagskrav, som ble innført med kjøpsloven, er også et langt yngre institutt enn erstatningskrav.

På bakgrunn av Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) er det lite tvilsomt at selger og megler er prinsipielt solidarisk ansvarlig overfor kjøper for opplysningssvikt.

2.3 SOLIDARANSVARETS OMFANG

Solidariteten rekker bare så langt den enkeltes ansvar rekker, jf skl. § 5-3 (1).¹²

¹¹ Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s. 20-21.

¹² Ot. prp. nr.60 (1980-1981) s. 46.

Før et regressoppgjør kan foretas må det fastslås hvor langt den enkeltes ansvar rekker. Megler og selgers erstatningsansvar overfor kjøper er henholdsvis i og utenfor kontrakt. Både erstatningsgrunnlaget og utmålingsreglene er forskjellige, og kjøper kan rette flere typer mangelskrav mot selger, jf avhl. § 4-8.

2.3.1 ERSTATNINGENS OMFANG

Megler har et strengt profesjonsansvar, jf Rt. 1995 s. 1350. Som profesjonsutøver har megler et informasjonsansvar, og kan bli holdt erstatningsansvarlig for å villedde andre en sin egen kontraktpart.¹³ For å utløse informasjonsansvar må tre grunnvilkår være oppfylt; uaktsomhet utvist i en profesjonell sammenheng, skadelidte må hatt rimelig grunn til å stole på og innrette seg etter informasjonen, og informasjonen må ha vært ment for skadelidte (også kalt ”flodbølgebegrensningen”).¹⁴ Det er liten tvil om at en megler som uaktsomt har gitt feil opplysninger til en kjøper om eiendommen som selges, har oppfylt alle tre vilkår for å bli ansvarlig etter informasjonsansvaret.¹⁵

Kjøpers erstatningskrav mot selger som følge av at det foreligger en mangel, er i loven hjemlet i § 4-14. Erstatningsreglene er bygget opp på samme måte som i kjøpsloven.¹⁶ Det trekkes et skille mellom ansvarsgrunnlaget for direkte og indirekte tap. Hvilket tap som regnes som indirekte, reguleres av § 7-1 (2), men modifiseres noe ved konverteringsregelen i tredje ledd. Øvrig tap følger av den generelle regel om erstatningens omfang i avhl. § 7-1 (1).

¹³ Se særlig Hagstrøm, Tidsskrift for Rettsvitenskap (1989) s. 196-220.

¹⁴ Jf Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen).

¹⁵ Se særlig emgll. § 1-1, 6-3 og 6-7 om meglers plikter overfor kjøper.

¹⁶ Sml. kjl. § 40.

Selgers ansvar for direkte tap reguleres av kontrollansvaret, jf avhl. § 4-14 (1).¹⁷ At selger også er ansvarlig for kontraktsmedhjelpers forhold som ligger innenfor kontrollansvaret, følger av avhl. § 4-5 (2), jf § 4-14 (1) siste punktum.

For at kjøper skal ha krav på erstatning for indirekte tap, kreves det at det er utvist skyld på selgers side, eller at eiendommen på *avtaletidspunktet* ikke svarer til garanti gitt av selgeren, jf § 4-14 (2). Med ”*garanti*” menes noe mer enn bare å gi en opplysning.¹⁸

Når det i loven står ”*skyld på seljarens side*”, er dette brukt for å få frem at selger ikke bare hefter ved egen skyld, men også skyld hos medhjelpere som opptrer på oppdrag fra selger.¹⁹

Som det fremgår er meglers erstatningsansvar betinget av egen skyld, mens selger delvis kan holdes objektivt ansvarlig og identifiseres dessuten med sin medhjelper når loven oppstiller skyldkrav. Selger kan bli erstatningsansvarlig for kjøperens indirekte tap, uten at han selv kan bebreides for opplysningssvikten.

Erstatningsreglene i avhendingslova gir egentlig bare uttrykk for den alminnelige erstatningsplikten i kontraktsforhold.²⁰ Erstatningsreglene i kontrakt har som formål å reparere tapet en avtalepart lider som følge av kontraktsbrudd, og den skadelidte part skal stilles som om avtalen ble riktig oppfylt. Erstatningen har funksjon som et oppfyllelssurrogat, og kan sies å være en avledning av at det foreligger en bindende

¹⁷ Sml. kjl. § 27.

¹⁸ Sml. kjl. § 40 (3) bokstav b. Se også Ot. prp. nr. 66 (1990-91) s. 110 som viser til Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 93.

¹⁹ Jf Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 102.

²⁰ Jf. Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 120.

avtale, som i stedet for å kreves naturaloppfylt fastholdes som en økonomisk realitet.²¹ Dette beskrives ofte som erstatning for ”oppfyllelsesinteressen”.

Megler er en mellommann i transaksjonen. Mellommann i denne sammenheng har blitt definert i forarbeidene til eiendomsmeglingsloven som en som opptreter for fremmed regning, uten egen økonomisk risiko for avtalen som formidles.²² I Rt. 2011 s. 137 (hevedommen) avsnitt 25, la Høyesterett til grunn at det *klare utgangspunktet* er at megler står utenfor det rettsforhold som oppstår mellom kjøper og selger, men at megler kan bli erstatningsansvarlig for ”for de opplysninger han gir eller unnlater å gi”.

Kravet mot megler er et erstatningsansvar på grunnlag av meglers egen uaktsomhet, og er å anse som et ansvar utenfor kontrakt.²³ Det følger av skl. § 4-1 at erstatningen skal dekke ”skadelidtes økonomiske tap”. Megler er derimot ikke ansvarlig for *oppfyllelsesinteressen*.

At det er forskjell på å være ansvarlig for et adekvat økonomisk tap og kontraktens oppfyllelsesinteresse kan illustreres ved et eksempel. En bolig er markedsført med ”utleiedel”, men i ettertid viser det seg at utleiedelen ikke lovlig kan leies ut. Tapte leieinntekter er et avsnvntap og utgjør et *indirekte tap* etter avhendingslova, jf. avhl. § 7-1 (2) bokstav b. Tapet kan kjøper kreve dekket såfremt det foreligger en mangel, og det foreligger skyld på selgerens side, jf. avhl. § 4-14 (2). Dette er et typisk tap for *oppfyllelsesinteressen*.

Meglens erstatningsansvar er begrenset til å gjelde tap som er en følge av meglers uaktsomhet. Hvis megler hadde gitt korrekte opplysninger om utleiedelen, kunne dette ha betydning for kjøpesummen, men utleie ville like fullt vært ulovlig. Tapte leieinntekter er dermed heller ingen adekvat følge av meglers brudd på

²¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2011), s. 539.

²² Se NOU 1987: 14 Eiendomsmegling s. 35 og NOU 2006:1 Eiendomsmegling s. 27.

²³ Se også Rosén og Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, (2008) s. 519-521.

opplysningsplikten. Det er mulig adekvansspørsmålet ville stilt seg annerledes om kjøper klarer å sannsynliggjøre at han ikke ville kjøpt eiendommen, men investert i et tilsvarende objekt med lovlig utleiedel.

Forskjellen i erstatningsplikts omfang er ikke særlig problematisk når det er spørsmål om erstatning, ettersom solidaransvaret bare strekker seg så langt det minste ansvar rekker. Det er imidlertid viktig at hvert ansvarsgrunnlag vurderes for seg, før det konstateres et solidaransvar.

2.3.2 MEGLER ER IKKE ANSVARLIG FOR RESTITUSJONSOPPGJØR

I Rt. 2011 s. 137 (hevedommen) var det sentrale spørsmålet om megler kunne holdes ansvarlig for et restitusjonsoppgjør når selger ikke var søkegod. Kjøperne fikk medhold i tingretten og lagmannsretten for at megler pliktet å tilbakeføre kjøpesummen til kjøperne mot å få overført boligene til seg. Høyesterett mente at det ikke var rettslig grunnlag for et slikt krav. Meglers ansvar er et rent erstatningsansvar, og det følger av kjøpers tapsbegrensningsplikt at kjøper må nyttiggjøre seg av verdien som ligger i boligen.²⁴

Det er sentralt at Høyesterett i avsnitt 31 uttaler at kjøpernes kostnader ved å tegne eierskifteforsikring ved et eventuelt videresalg, vil være omfattet av meglers erstatningsansvar. Selv om megler ikke kan holdes solidarisk ansvarlig for selve restitusjonsoppgjøret, kan megler holdes solidarisk ansvarlig for kjøperens *øvrige erstatningskrav* ved heving, herunder kostnader til videresalg.

2.3.3 SOLIDARANSVARETS GRÅSONE – FORHOLDET MELLOM PRISAVSLAG OG ERSTATNING

Solidaransvar aktualiseres først når flere har plikt til å betale ”erstatning” for ”samme skade”, jf skl. § 5-3 (1). Spørsmålet er om et ”prisavslagskrav” i det hele tatt rammes av solidaransvarsregelen, eller om solidaransvar utelukkende gjelder for erstatningsansvar.

²⁴ Se også Bergsåker, Nytt i privatretten (2011) s. 23-24.

I Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) tok ikke Høyesterett stilling til om kravet mot selger var et prisavslag eller erstatningskrav. Forutsettes det at megler ikke kan hefte på deliktuelet grunnlag for prisavslag, må megler med ”logisk nødvendighet” anses å hefte for et erstatningskrav.²⁵ I såfall må det også legges til grunn at selger hefter for et erstatningskrav, jf. bruken av skl. § 5-3.

Dette resonnementet er mindre problematisk når kjøper har valgt å rette sitt krav direkte mot megler, slik som i Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen). Kjøper velger imidlertid i stor grad å rette sitt krav mot selger, slik at problemstillingen blir omvendt. Når kjøperen har rettet et prisavslagskrav mot selgeren, blir spørsmålet om selgeren likevel kan anses for å hefte for et erstatningskrav, slik at solidaransvarsregelen kommer til anvendelse.

2.3.3.1 ER KRAV OM PRISAVSLAG OG ERSTATNING ”SAMME KRAV”?

Hvorvidt et krav om erstatning og om prisavslag er ”*det samme kravet*” har betydning i flere sammenhenger.²⁶ Bl.a. kan det ha betydning for spørsmål om foreldelse.²⁷ I forhold til tvisteloven kan spørsmålet ha stor betydning.²⁸ Særlig relevant for denne avhandlingen er det at solidaransvar først aktualiseres når flere har plikt til å betale ”*erstatning*” for ”*samme skade*”, jf skadeserstatningsloven § 5-3 (1).

Formålet med prisavslagskrav er å gjenopprette balansen i kontraktsforholdet. Kjøper har betalt en overpris, og motsatt har selger fått en tilsvarende forhøyet pris. I avhendingslova er krav om prisavslag hjemlet i § 4-12.

²⁵ Se Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s. 15.

²⁶ Anderssen, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2009) s. 128-131.

²⁷ Se Rt. 2006 s. 983.

²⁸ Se bla tvisteloven §§ 9-2, 18-1, 19-1, 29-4 og 30-7.

Et tap som følge av verdireduksjon eller utbedringskostnader vil i utgangspunktet også kunne kreves dekket i form av erstatning.²⁹ Selgers erstatningsansvar rekker imidlertid lenger enn til bare å dekke verdiminuset. Krav om erstatning og prisavslag kan derfor delvis overlape hverandre, men kjøper har ikke krav på dobbel kompensasjon.³⁰ Det er imidlertid klart at erstatningsposter som ikke omfattes av prisavslaget kommer i tillegg til denne utmålingen. Krav om erstatning kan også fremmes i kombinasjon med øvrige mangelbeføyelser.

I Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) tok ikke Høyesterett stilling til om kjøpers krav utgjorde et erstatningskrav eller prisavslagskrav mot selger:

”Det er ikke tvilsomt at kravet mot megler gjelder det samme pengekravet som kjøper fremsatte mot selger, og at kravet i relasjon til begge skyldes at leilighetene i kjelleren og på loftet ikke var godkjent som separate boenheter.”

I en kommentar til Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen), skrev Askeland at det er en ”kjensgjerning” at prisavslag og erstatningskrav prosessuelt blir vurdert som ulike krav.³¹ I Rt. 2000 s. 199 (pelsdyrhalldommen) ble kjøperen under prosessen nektet å endre sitt krav fra prisavslag til erstatning. Dommen ble avsagt under dissens 3-2. Flertallet la vekt på at det er ”vesentlig forskjell mellom de vilkår som må være til stede for at kravene skal kunne tas til følge, og det er forskjell i beregningsmåten for kravene.”

Til tross for at prisavslagskrav og erstatningskrav i praksis kan ligge nær opp til hverandre, både i grunnlag og omfang, og at kravene kan være identiske dersom selger krever reduksjon i eiendommens markedspris som følge av opplysningsvikt,

²⁹ Jf også Anderssen, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2009) s. 130.

³⁰ Ot. prp. nr.66 (1990-91) s. 108.

³¹Se Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s. 13.

konkluderte flertallet med at prisavslag og erstatningskrav var to ulike krav i tvistelovens forstand.

I ettertid har imidlertid Høyesterett avsagt Rt. 2009 s.286 (Garnbergetkjennelsen) som gjelder samme problemstilling, men på entrepriserettens område. I denne saken ble resultatet motsatt, uten at det ble synliggjort noen spesiell grunn for at rettstillingen skal være ulik for de to kontraktstypene. Det prosessøkonomiske hensynet ble tillagt avgjørende betydning.³²

Dommen har vært kritisert i teorien, fordi det ikke klart fremkommer om dette kun gjelder på entrepriserettens område, eller om det samme må gjelde også for krav som bygger på avhendingslova. Anderssen har uttrykt at den ”uelegante håndtering” av forholdet til Rt. 2000 s. 199 (pelsdyrhalldommen) kan ha bidratt til mer rettsforvirring enn rettsavklaring.³³ Andersen kunne ikke se at det var noe som talte for en ulik løsning på avhendingslova og entrepriserettens område, men at grunnen til at Høyesterett kom til et annet resultat, var at de samme hensyn ble vektlagt annerledes. Etter Anderssens syn staket Høyesterett ut en ny kurs i forholdet mellom prisavslag og erstatning, ved Rt. 2009 s. 286 (Garnbergetkjennelsen).

I Rt 2000 s. 199 (pelsdyrhalldommen) og Rt. 2009 s.286 (Garnbergetkjennelsen) ble det særlig fremhevet at forskjeller mellom prisavslag og erstatning, på vilkårs- og virkningssiden (utmålingsreglene).³⁴

2.3.3.2 FORSKJELL PÅ VILKÅRSSIDEN

For at kjøper skal ha krav på prisavslag, er det tilstrekkelig at det konstateres en mangel, jf avhl. § 4-12, og mangelen må ha virket inn på markedsverdien av eiendommen. Det

³² I Rt. 2009 s.286 (Garnbergetkjennelsen) avsnitt 23 og 24.

³³ Anderssen, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2009) s. 128-131.

³⁴ Se også Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s. 13-15.

vises til fremstillingen under i punkt 3.2.5.1 om mangelsvurderingen etter avhl § 3-7 og § 3-8.

Erstatning for eiendommens verdiminus, er et direkte tap som reguleres av kontrollansvaret, jf avhl. § 4-14 (1). De er bare mangler som skyldes opplysningssvikt som er relevant for avhandlingen. Opplysninger som gis om eiendommen er alltid innenfor selgers kontroll, slik at erstatningsansvaret i praksis er et rent objektivt ansvar.³⁵

For at kjøper skal kunne ha krav på erstatning, gjelder det dessuten et adekvanskrav, jf avhl § 7-1 første ledd annet punktum. Erstatning for at kjøper har betalt en for høy kjøpesum, vil alltid være et påregnelig tap. For at det skal være en mangel etter avhl. § 3-7 og 3-8 er det uansett oppstilt et adekvanskrav ved at opplysningssvikten må ha *virket inn* på avtalen. Adekvanskrevet etter avhl. § 7-1 har derfor liten selvstendig betydning i denne sammenheng.

Det kan dermed konstateres at det på vilkårsiden ikke er forskjeller av særlig praktisk betydning for de tilfeller som rammes av opplysningssvikt.

2.3.3.3 UTMÅLINGSREGLENE

Utmålingen av prisavslag og erstatning for eiendommens verdiminus i mangelfull og avtalt stand, kan ofte være identisk. Det er imidlertid ulike utmålingsregler og bevisbyrderegler.

Felles for begge regelsett er at kjøper ikke har krav kompensasjon for den nedsatte markedsverdien boligen har som følge av mangelen, i tillegg til kompensasjon for utbedringskostnadene for å sette boligen i kontraktmessig stand. Kjøper ville da fått eiendommen i kontraktmessig stand til en redusert pris. Samordningsspørsmål kan oppstå når en eiendom har en verdireducerende mangel som lar seg utbedre, men

³⁵ Se Bergsåker, Kjøp av fast eiendom, (2003) s. 337.

verdireduksjonen avviker fra utbedringskostnadene.³⁶ Kjøpers krav som følge av eiendommens verdireduksjon må settes til det laveste beløp.³⁷

Prisavslaget skal settes forholdsmessig, og hovedregelen er at prisavslaget utmåles i forhold til avvik i markedsverdien på avtaletidspunktet, jf avhl. § 4-12 (1).³⁸

Det er imidlertid svært vanskelig å fastslå markedsverdi på eiendom med og uten mangel. Lovgiver har ”tatt inn over seg” at verdifastsettelsen byr på vanskelige bevissspørsmål.³⁹ Løsningen er at prisavslaget settes til utbedringskostnaden med mindre annet er godtgjort, jf avhl. § 4-12 (2).

Bestemmelsen omtales i Rt 2000 s. 199 (pelsdyrhalldommen) av flertallet som ”*presumpsjonsregelen*”. Flertallet mente at selger har bevisbyrden for at markedsverdien (noko anna) ikke er sammenfallende med utbedringskostnadene, og at det må mer enn vanlig sannsynlighet til. I denne saken utgjorde utbedringskostnadene kr. 180 000, og det ble godgjort at differanse i markedsverdi bare utgjorde kr. 100 000. Etter flertallets syn hadde kjøper da bare krav på å få et forholdsmessig prisavslag for differansen i markedsverdi som utgjorde kr. 100 000. Mindretallet derimot, mente hovedregelen var at utbedringskostnadene skulle legges til grunn.

Prisavslag utmåles ”forholdsmessig”, jf avhl. § 4-12 (1).⁴⁰ Dette innebærer at det må tas en vurdering av hva eiendommen er verdt i avtalemessig og i mangelfull stand. Det regnes så ut forholdet mellom disse. For eksempel vil en eiendom som i avtalemessig stand er verdt kr 2 000 000 og i mangelfull stand kr 1 500 000, ha en mangel som tilsvarer ¼ av markedsverdien (kr. 500 000). Det er ikke alltid det betales markedspris

³⁶ Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008) s. 282-283 og 307.

³⁷ se Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008) s. 308.

³⁸ Jf Rt 2000 s. 199 (pelsdyrhalldommen).

³⁹ Færstad og Skjefstad, Tidsskrift for Erstatningsrett, (2008) s. 149-189.

⁴⁰ Se også kjøpslovens forarbeider Ot. prp. nr.80 (1986-1987) s. 90.

for en eiendom, og prisavslaget skal settes forholdsmessig i forhold til kjøpesummen. Har kjøperen i det gitte eksempelet betalt kr 1 000 000 for eiendommen, utgjør prisavslagskravet fortsatt $\frac{1}{4}$ av kjøpesummen, dvs. kr 250 000. Eksempelet kan også tenkes motsatt: Kjøper har betalt en overpris og gitt kr 3 000 000 for eiendommen. Prisavslagskravet utgjør da kr. 750 000.

For erstatningskrav gjøres det ingen forholdsmessighetsvurdering, det er det konkrete tapet som må legges til grunn. Erstatningsregelen bygger ikke på noen presumpsjonsregel om at verdiminuset skal settes til utbedringskostnadene med mindre annet er godtgjort, men kjøper må sannsynliggjøre tapet etter alminnelige bevisbyrderegler.

2.3.3.4 HAR KJØPER VALGFRIHET?

Det kan reises spørsmål om kjøperen er fri til å velge mellom kompensasjonsformen prisavslag eller erstatning der disse overlapper hverandre, eller om loven regulerer hvordan valget skal skje.⁴¹

Opprinnelig var det ikke forslått å innta en regel om prisavslag i avhendingslova, men bare en objektiv erstatningsregel.⁴² Departementet mente imidlertid at kjøperens krav på kompensasjon for en mangel som reduserte eiendommens verdi, ikke burde være betinget av kontrollansvaret:

”Det bør derfor gjelde ein absolutt rett for kjøparen til å avkorte eller få att ein del av kjøpesummen dersom det er manglar ved eigedomen. Om dette skal kallast "prisavslag" eller skadebot på fullt ut objektivt grunnlag, blir etter dette mest spørsmål om navn.”

⁴¹ Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008) s. 309.

⁴² Ot. prp. nr. 66 (1990-91) s. 50.

Hagstrøm omtaler også reglene om prisavslag, som er regel som i realiteten fungerer som en objektiv erstatningsregel begrenset til det verdiminus mangelen utgjør.⁴³

Videre fremgår det av forarbeidene at kontrollansvaret for direkte tap kan ha en selvstendig betydning utover det som følger av regelen om prisavslag, hvis prisavslaget blir mindre enn verdireduksjonen på grunn av mangelen.⁴⁴

I Rt 2000 s. 199 (pelsdyrhalldommen) ble det lagt til grunn at kjøper ”i utgangspunktet” kan kreve dekket hele sitt økonomiske tap såfremt vilkårene for erstatning er oppfylt.

Anderssen peker på at Høyesteretts uttalelse er forbeholden ”i utgangspunktet”.⁴⁵ I følge Anderssen taler lovens system for at kjøpers kompensasjonskrav skal settes til det laveste beløp av mangelens verdireducerende betydning og utbedringskostnadene. Videre mener han at det ikke er noen rimelig grunn til at kjøper skal kunne omgå begrensningen, ved å kreve erstatning ut over hva et prisavslag gir ham. Han konkluderer imidlertid med at selv om de beste grunner taler for at adgangen til å kreve erstatning er oppad begrenset til hva et prisavslag ville utgjort, må rettsstilstanden anses som *svært uklar*.

Følger man erstatningsrettens utgangspunkt, har kjøper krav på erstatning for ”oppfyllelsesinteressen”. Etter min mening taler dette for at kjøperen må kunne velge å kreve erstatning, dersom oppfyllelsesinteressen ikke dekkes av prisavslagskravet.

Dette harmonerer godt med de ovennevnte uttalelsene i forarbeidene og Høyesteretts uttalelse i Rt 2000 s. 199 (pelsdyrhalldommen).

⁴³ Hagstrøm, Obligasjonsrett, (2011) s. 413.

⁴⁴ Ot. prp. nr.66 (1990-91) s. 128.

⁴⁵ Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008) s. 310-311.

Utmålingsreglene for prisavslag samt presumpsjonsregelen i § 14-2 (2), vil i mange tilfeller gjøre det *mer fordelaktig* for kjøperen å velge krav om prisavslag fremfor erstatning.

2.3.3.5 ER MEGLER SOLIDARISK ANSVARLIG FOR PRISAVSLAGSKRAV?

Et problem med å anse prisavslag og erstatningskrav som det "samme kravet" under regressen, er etter mitt syn at kravene bygger på ulike bevisbyrderegler, som punkt 2.3.3.3 foran.

Selger er pålagt mer enn alminnelig bevisbyrde for at markedsverdien med mangelen er høyere enn markedsverdien minus utbedringskostnaden.⁴⁶ Kjøperen derimot har alminnelig bevisbyrde for størrelsen på eiendommens verdiminustap, når det rettes et krav om erstatning.

Et særskilt problem ved opplysningssvikt, er at opplysningen som skulle vært gitt ofte bare gir uttrykk for en *risiko* for at det foreligger en mangel. Det er ikke opplagt at markedsverdien ville vært tilsvarende utbedringskostnaden ved et slikt tilfelle.

Det kan for eksempel være at opplysningen som skulle blitt gitt, gjaldt eiendommens historikk. Det kan tenkes at området eiendommen ligger i tidligere har vært rammet av flom. Denne opplysningen kan tilsi at det er en noe høyere risiko for vanninntrengning. Er opplysningen ikke gitt og det oppstår en vannskade, blir spørsmålet om i hvilken grad opplysningssvikten har virket inn på avtalen. Det er ikke sikkert opplysningen om risiko for skade, har den *samme prisdempende effekten* på markedsverdien av eiendommen som selve utbedringskostnaden. Risikoen kan være svært lav, slik at mange kjøpere vil finne risikoen for akseptabel. Oppdages opplysningssvikten etter at skaden har inntrådt, må selger bevise at prisavslaget skal settes *lavere* enn utbedringskostnaden, jf avhl. § 4-12 (2). Bevisbyrden er omvendt i forhold til kjøpers

⁴⁶ Jf avhl. § 4-12 (2) og Rt 2000 s. 199 (pelsdyrhalldommen)

krav mot megler. Da er det kjøperen som må sannsynliggjøre at kjøpesummen ville vært tilsvarende utbedringskostnaden.

Selv om kjøperen klarer å sannsynliggjøre et krav om prisavslag, er det ikke sikkert at kjøperen ville klare å sannsynliggjøre et krav om erstatning på grunn av ulikt krav til bevisbyrde. Å pålegge megler et solidaransvar for et prisavslag, når det ikke er sannsynliggjort noe tap etter alminnelig bevisbyrde, ville være å *utvide* meglers ansvar.

Samtidig kan det påpekes at for det tilfelle at megler *ikke* kan holdes ansvarlig overfor kjøper fordi bevisbyrden ikke er oppfylt, innebærer det samtidig en innrømmelse av at det er sannsynlig at prisavslagskravet ikke er satt i henhold til verdiminuset. Det kan da argumenteres med at prisavslaget faktisk utgjør et økonomisk tap på selgers hånd, som megler kan holdes ansvarlig for etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.⁴⁷ Et eventuelt spørsmål om lemping av ansvaret på grunn av skadelidtes medvirking, vurderes i stor grad på samme måte som krav om regress.⁴⁸

I LB-2002-1681 og LB-2004-8918 søkte selger regress mot megler, men nådde ikke frem. Det ble lagt avgjørende vekt på at et prisavslag er en misligholdsbeføyelse som følge av at eiendommen har en redusert verdi, og at et slikt krav ikke kan tilbakesøkes av megler. Resultatet ble motsatt I LE-1994-1897 da det var megler som søkte regress av selger. Megler hadde utbetalt en erstatning til kjøper, som følge av at det var blitt gitt feil/manglende opplysninger om en forkjøpsrett, som innebar at forkjøpsberettigete kunne tre inn i avtalen for en redusert kjøpesum. Retten fant at selger selv var å bebreide, og at tapet måtte likedeles mellom de ansvarlige.

Resultatet ble med andre ord at selger måtte bære det fulle tapet for det tilfelle at kjøperen først hadde søkt dekning hos selger, mens selger bare måtte bære halve tapet da kjøperen først hadde søkt dekning av meglerforetaket. Kjøpers valg av motpart synes dermed å ha vært styrende for det endelige resultatet. Hensynet bak regressreglen er at tapet endelig skal plasseres der det hører hjemme, uten hensyn til hvem som tilfeldigvis dekket skadelidtes tap i første omgang.

⁴⁷ Problemstillingen drøftes av Færstad og Skjefstad, Tidsskrift for Erstatningsrett, (2008) S. 155-163.

⁴⁸ Askland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 211.

Når det i Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) ble lagt til grunn av Høyesterett at det ikke var grunn til å ta stilling til om selger var ansvarlig for et prisavslag eller erstatningskrav, fordi det var klart at det var ”*samme pengekrav*”, må dette etter mitt syn også tale for at solidaransvar også gjelder hvis selgeren først har utbetalt et prisavslagskrav. Særlig må dette gjelde hvis det forutsettes at kjøper som utgangspunkt står fritt til å velge mellom å kreve prisavslag eller erstatning, slik drøftet under punkt 2.3.3.4. I motsatt tilfelle vil det være kjøpers valg som styrer om det foreligger en regressadgang.

Det vil etter min mening være i strid med reglens legislative begrunnelse, å ilegge solidaransvar og dermed også åpne for regress, hvis kjøper har formulert sitt krav som et erstatningskrav, men ikke hvis det er formulert som et prisavslagskrav.

3 REGRESSREGELEN

3.1 HVA ER SOLIDARREGRESS?

Når selger og megler er prinsipalt solidarisk ansvarlig for en opplysningssvikt, innebærer det i utgangspunktet at kjøper har fri valgrett i forhold til hvem det skal søkes dekning hos. Det kan med andre ord være nokså tilfeldig, men også overlagt, om det er selger eller megler som må kompensere kjøperen fullt ut.

Som Høyesterett bemerket i Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen), er regress et nødvendig og naturlig supplement til solidaransvaret. Regressen er en prosess som skal sørge for at tapet fordeles på samme måte, uansett hvem av de solidaransvarlige som har måtte dekke kjøpers tap i første omgang.⁴⁹ Hvem kjøper velger å rette kravet mot skal være likegyldig for resultatet. Er selger avskåret fra å kreve regress mot megler, innebærer det at megler har full regressrett mot selger, og omvendt.

Solidarregress skiller seg fra andre typer regress, hvor tredjemann har betalt for en annens gjeld.⁵⁰ Ved solidaransvar betaler den ansvarlige sin egen gjeld til skadelidte, og det blir siden foretatt en form for etteroppgjør. Regresskravet gjelder ikke alltid hele summen som har blitt betalt, men kan omfatte en del av den. Den skadelidte har allerede fått dekket sitt tap, slik at det bare er hensynet til de ansvarlige som står igjen.

3.2 SKADESERSTATNINGSLOVEN § 5-3 (2)

I hvilken utstrekning den som har betalt erstatning kan kreve regress mot andre ansvarlige, skal avgjøres under hensyn til ”ansvarsgrunnlaget” og ”forholdene ellers”, jf skl. § 5-3 (2). Det er ikke tilfeldig at regressregelen i skl. § 5-3 (2) omtales som ”en

⁴⁹ Se Askland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 165.

⁵⁰ Askeland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 166.

elastisk fordelingsregel” i forarbeidene.⁵¹ Regelen er meget skjønnsmessig, og det må foretas en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle hvor alle relevante forhold tas i betraktning.

3.2.1 ANSVARSGRUNNLAGET

Forløperen til skl. § 5-3 (2) er strl. ikrl. § 26, hvor det het at retten skulle avgjøre fordelingsspørsmålet under hensyn til ”*utvist skyld*” og ”*omstendighetene for øvrig*”. Noen realitetsendring ved at skl. § 5-3 (2) viser til ”*ansvarsgrunnlaget*” er ikke tilsiktet.⁵² Det er ikke tvilsomt at utvist skyld er et sentralt moment i vurderingen.

Et av formålene med erstatningsplikten er å oppnå ”corrective justice”. Corrective justice har to sider; den skadelidte skal få dekket sitt tap, og den ansvarlige skal gjøre opp for seg.⁵³ Før regressoppgjøret er foretatt, er en av sidene til ”corrective justice” allerede ivaretatt ved at skadelidte har fått dekket sitt tap. For å oppnå korrelativitet, må også den ansvarlige også gjøre opp for seg. Hvordan skadelidtes rettsgode ble krenket, og hvordan de respektive partenes ansvar oppstod, er i stor grad styrende for etteroppgjøret mellom partene.⁵⁴

I forholdet mellom megler og kjøper, må megler i det minste har opptrådt uaktsomt for å havne i ansvar. Selger derimot kan hefte ved objektivt ansvar overfor kjøper.

I LB-2001-2211 mente retten det var viktig både å se på relasjonen mellom selger og kjøper og relasjonen mellom selger og megler, for å vurdere om megler kunne kreve regress av selgeren. Det ble uttalt at det for regressen var av ”*vel så stor betydning*” hva selgeren hadde fortalt megleren som hva selgeren hadde fortalt kjøperen. Retten delte

⁵¹ NOU 1977: 33 Om endringer i erstatningslovgivningen s. 44.

⁵² Ot. prp. nr.60 (1980-81) s. 46.

⁵³ Askeland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 21-24.

⁵⁴ Askeland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 167.

seg i synet på om selgeren kunne bebreides for at det ble gitt feil opplysninger, og således om megler kunne kreve delvis regress av selgeren. Flertallet uttalte at det ikke var nødvendig å ta stilling til om selgeren kunne bli ansvarlig på objektive grunnlag for meglerens feil, da *”et slikt ansvar ikke kan gi grunnlag for regress fra forsikringsselskapet.”*

Isolert sett vil ansvarsgrunnlaget tale klart for at den uaktsomme megler ikke kan kreve regress av en selger som ikke selv er å bebreide for opplysningssvikten. Retten til regress beror imidlertid på en helhetsvurdering, hvor andre forhold også spiller inn i større eller mindre grad. Ut fra lovens ordlyd, hvor ansvarsgrunnlag er spesielt fremhevet, er det imidlertid klart at ansvarsgrunnlaget er et helt sentralt moment i vurderingen.

3.2.2 FORHOLDENE ELLERS

Regress etter skl. § 5-3 (2) avgjøres ikke alene ut fra ansvarsgrunnlaget, men også på bakgrunn av ”forholdene ellers”.

Det er flere forhold som kan utgjøre relevante momenter i vurderingen. Ved regressoppgjøret mellom selger og megler, vil det særlig være relevant å vurdere hva som er den dominerende årsaksfaktor, partenes tilknytning til hverandre, samt foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter.⁵⁵

Reglene om selgers erstatningsansvar og kjøpers krav på prisavslag har en noe annen legislativ begrunnelse enn det alminnelige skadeserstatningsansvaret. Det er først og fremst reparasjonshensynet, og ikke prevensjonshensynet som gjør seg gjeldende. Imidlertid vil en opplysningssvikt som har medført at kjøper har betalt en forhøyet kjøpesum, også innebære at selger har mottatt en berikelse. Det kan fremstå som

⁵⁵ Askland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 205 og 280. Om forsikringsmuligheter, se Ot. prp. nr.60 (1980-81) s. 46.

urimelig at selger skal sitte igjen med en berikelse ved at han har mottatt en forhøyet kjøpesum, samtidig som megler må dekke kjøperens tap.

Hensynene til at en uaktsom skadevolder skal gjøre opp for seg og synspunktet om at en av partene ikke skal bli sittende igjen med en tilfeldig gevinst, er ikke alltid forenlige. Er selger ikke selv å bebreide for opplysningsplikten, men likefremt har oppnådd en berikelse på grunn av feilen som er begått, må det foretas en avveining over hvilke av de to momentene som skal veie tyngst. Andre momenter i vurderingen kan også spille inn. Som jeg kommer tilbake til under punkt 3.2.6, kan forsikringsmuligheter være et sentralt moment i vurderingen.

3.2.3 NÅR ER BERIKESSESYNSPUNKTET RELEVANT?

Selgers erstatningsansvar for kjøperens direkte tap, omfatter hele kjøperens økonomiske tap såfremt det er en adekvat følge av opplysningssvikten, jf. avhl. § 7-1 (1). Det tapet som tilsvarer reduksjonen i eiendommens verdi (verdiminustapet) vil ofte utgjøre den vesentligste delen av kjøperens tap, men ikke nødvendigvis.⁵⁶ Berikelsessynspunktet har imidlertid bare relevans for verdiminustap. For det øvrige normaltapet eller det indirekte tapet har berikelsessynspunktet ingen betydning.

Et eksempel på et direkte tap, som ikke har noen betydning for verdifastsettelsen av eiendommen, er utlegg kjøper har hatt for å konstatere mangelen. Et annet eksempel er at det har oppstått en skade på eiendommen, som følge av at kjøper ikke ble opplyst om at deler av eiendommen måtte vedlikeholdes på en helt bestemt måte. Skaden ville ikke oppstått dersom kjøper var kjent med hvordan korrekt vedlikehold skulle utføres. Dette regnes heller ikke et indirekte tap etter avhl. § 7-1 (2), og utgjør da et direkte tap som reguleres av kontrollansvaret.

Det var etter mitt syn feil av retten i LA-2009-177115, å legge til grunn at balansehensynet gjaldt *både* prisavslaget og erstatningsposten knyttet til utgifter i

⁵⁶ NOU 1987: 14 Eiendomsmegling s. 80.

forbindelse med sakskyndige og juridisk bistand. Kjøperens kostnader ved å undersøke sin rettstilling, kan som utgangspunkt kreves erstattet *i tillegg til* at det kreves prisavslag for verdiminustapet. Dette tapet har ikke noe med markedsverdien av eiendommen å gjøre.

I LG-2001-2211 var retten samstemt i vurderingen om at megler som utgangspunkt kunne kreve regress mot selger, dersom opplysningssvikten hadde medført en berikelse på selgers hånd. Retten fant det imidlertid *ikke bevist* at den feil opplysningen hadde ført til noen forhøyet kjøpesum. Et slikt regresskrav kunne derfor ikke føre frem.

I denne saken var det *uklart hvilket tap* meglere hadde dekket ved forliket med kjøper. Det ble bemerket av retten at erstatningsutbetalingen i alle fall utgjorde den tapte skattegevinsten. Tapte inntekt er i utgangspunktet et *indirekte tap*, jf avhl. § 7-1 (2), som selger bare er ansvarlig for hvis han har utvist skyld eller gitt en garanti, jf. avhl. § 4-14 (2). Fordi flertallet mente at selger ikke selv var å bebreide, mente retten at det ikke var grunnlag for regress. Mindretallet derimot mente selger selv var å bebreide, og at tapet burde skjevdeles til selgers fordel, slik at selger måtte betale kr 100 000 av det totale beløpet kr 245 000.

Når berikelsessynspunktet ikke er relevant, må regressen avgjøres på bakgrunn av de øvrige momentene. Utvist skyld og årsaksbidrag er sentrale momenter i vurderingen, jf Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen). I tillegg kan nok meglers ansvarsforsikring kunne spille en viss rolle, som jeg kommer tilbake til under punkt 3.2.6. I den ovennevnte LG-2001-2211 mente mindretallet at tapet burde skjevdeles slik at selger dekket kr 100 000 av det totale tapet på kr 245 000, uten at det ble nærmere begrunnet. Både selger og megler hadde utvist skyld.

3.2.4 HVOR STOR VEKT HAR BERIKESSESYNSPUNKTET?

Da det ble foreslått at solidaransvar skulle lovfestes i eiendomsmeglingsloven gjennom en henvisning til skl. § 5-3, mente utvalget at det måtte legges betydelig vekt på om

selger hadde oppnådd en berikelse på grunn av opplysningssvikten i regressomgangen.⁵⁷

”Oftest vil det nok være rimelig at selger i det minste bærer den delen av erstatningen som svarer til en reduksjon i eiendommens verdi.” (min understreking)

Ettersom utvalgets uttalelse er forbeholden ved at det ”oftest” vil være rimelig, kan ikke uttalelsen etter min mening tas til inntekt for at selger *alltid* bør bære den del av tapet som tilsvarer selgers berikelse.

Departementet gikk imot en slik bestemmelse og uttalte at rettspraksis var mer egnet til å skape rettsreglene på dette område.⁵⁸ Synspunkt ble også lagt til grunn i forarbeidene til eiendomsmeglingsloven av 2007.⁵⁹

Det er holdepunkter i norsk formuesrett for at en skadevolder ikke skal oppnå en vinning på bekostning av den andre solidaransvarlige.⁶⁰ Synspunktet er først og fremst relevant i relasjon til felleshandlinger, og det kan begrunne en skjevdeling hvor felleshandlingen ellers kan tale for en likedeling.⁶¹ Det er kanskje noe tvilsomt om et eiendomssalg gjennom megler kan anses som en ”felleshandling”. Sammenbindingen mellom selger og megler er imidlertid sterk. Både selger og megler har interesse i at eiendommen selges.⁶² Kjøper vil ofte ha meget begrenset eller ingen kontakt direkte med selger gjennom kjøpsprosessen, men fått formidlet all kontakt gjennom megler. Til

⁵⁷ NOU 1987: 14 Eiendomsmegling s. 80.

⁵⁸ Ot. prp. nr. 59 (1988-89) s. 26.

⁵⁹ NOU 2006:1 Eiendomsmegling s. 132.

⁶⁰ Askland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 199-200.

⁶¹ Askland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 199-200. Askland bruker begrepet ”felleshandling” om den situasjon at to personer opptrer sammen i en villet, felles aktivitet.

⁶² Se bl.a. emgll. § 7-3 (1).

tross for at megler har klare omsorgsplikter for begge parter, kan megler og selger tilsynelatende fremstå som en ”enhet” overfor kjøper.⁶³ Salgsoppgaven som utarbeides av megler, skal dekke både meglers og selgers opplysningsplikt.

Når to parter opptrer uaktsomt i en felles ønsket aktivitet som begge har interesse av, kan det som utgangspunkt fremstå som en rimelig løsning at tapet deles likt. Imidlertid fremstår det i forholdet mellom selger og megler som en mest rimelig løsning at selger dekker den delen av tapet som svarer til berikelsen, og at det øvrige tapet deles likt. Forholdet til ansvarsforsikring kan imidlertid også spille inn, og tilsi en skjevdeling av det øvrige tapet. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor, under punkt 3.2.6.

I Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) avsnitt 46, uttalte Høyesterett:

” ... Ankende part har vist til at selger urettmessig kan sitte igjen med en større kjøpesum enn han har krav på. Som det fremgår, mener jeg at en megler i utgangspunktet har rett til regress mot selger.”

Etter mitt syn er det nokså trygt å legge til grunn at det endelige ansvaret for *verdiminustap* bør plasseres hos selger, når *selger kan bebreides* for opplysningssvikten.

Resultatet er imidlertid mindre klart der selger *ikke* kan bebreides for opplysningssvikten. Det foreligger etter mitt syn ingen klare holdepunkter for at selger *alltid* skal bære tapet som tilsvare hans berikelse. Den underrettspraksisen som eventuelt kunne tale for en slik løsning, har mindre rettskildemessig verdi, fordi praksisen ikke er entydig.⁶⁴

I teorien har det vært hevdet at Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) har vært klargjørende med hensyn til hvor det endelige ansvaret i utgangspunktet skulle plasseres, og at dette

⁶³ Se særlig emgll. § 1-1, 6-3 og 6-7.

⁶⁴ Sml LE-1994-1897 mot LB-2002-1681 og LB-2004-8918.

var hos selger.⁶⁵ Etter mitt syn gir ikke dommen noe klart holdepunkt for et slikt standpunkt, utover at berikelsessynspunktet er et relevant og tungt moment i vurderingen av hvordan tapet skal fordeles, jf skl. § 5-3 (2). Spørsmålet er hvor tungt berikelsessynspunktet skal veie sett opp mot de *øvrige momentene* i den enkelte sak, og dette mener jeg Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) gir svært begrenset veiledning om.

I Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen) har Høyesterett i større grad bidratt til å klargjøre hvordan vektleggingen av de ulike momentene skal gjøres i regressomgangen. Spørsmålet var om et eierskifteforsikringsselskap kunne rette et direktekrav mot en takstmanns forsikringsselskap, som følge av at takstmannen uaktsomt hadde oppmålt feil innvendig areal, og eierskifteforsikringen hadde foretatt en utbetaling til kjøper.

Takstmannens forsikringsselskap argumenterte med at et slikt direktekrav kunne føre til en bumerangeffekt, ved at takstmann i såfall kunne kreve full regress av selger som ikke skulle ha noen berikelse som følge av takstmannens feil. Høyesteretts ovennevnte uttalelse i Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) avsnitt 46 ble brukt til å støtte dette argumentet, men argumentet fant ikke gehør hos en samstemt Høyesterett. Det ble vist til at førstvoterende i Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) avsnitt 45 understreket at den endelige plasseringen av byrden bør skje *”ut fra forholdet mellom de ansvarlige og omstendighetene for øvrig”*.

Høyesterett ga så noen føringer for denne vurderingen. Det ble presisert at *skyldmomentet* var helt sentralt, og særlig fremhevet at selger ofte ikke kan bebreides for at taksten oppgir et uriktig boligareal. Videre ble det fremhevet av det var takstmanns uaktsomhet som var det *”dominerende trekket i saksforholdet”* og at det var takstmannen som hadde *forårsaket* saken. Videre mente Høyesterett at dette momentet fikk *”økt styrke”* da det i praksis normalt vil være takstmannens forsikringsselskap som dekker kravet fra selgers forsikringsselskap.

⁶⁵ Anderssen, Lov og Rett, (2009) s. 240-251.

I juridisk teori har dommen blitt tatt til inntekt for at en uaktsom megler *ikke* kan kreve regress av en selger som selv ikke kan bebreides for opplysningssvikten.⁶⁶ Etter mitt syn kan ikke på bakgrunn av Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen) slås fast at selger *alltid* bør slippe ansvar i regressomgangen, dersom selgeren ikke er å bebreide for opplysningssvikten. Først og fremst slår dommen fast at skyldmomentet og årsaksbetraktninger er helt sentrale i regressomgangen, og *etter forholdene* kan veie tyngre enn berikelsessynspunktet.

Når skl. § 5-3 (2) anvendes må det alltid foretas en helhetlig vurdering. Som jeg kommer tilbake til under punkt 3.2.5.3 vil det kunne oppstå situasjoner hvor det fremstår som helt urimelig at berikelsessynspunktet ikke skal tillegges noen vekt i regressomgangen. Som jeg kommer tilbake til i punkt 3.2.6.2 kan dessuten det forhold at selger har tegnet eierskifteforsikring ”slå i hjel” argumentet om at selgers berikelse er uberettiget. Selger har nemlig forsikret sin innrettelse etter kjøpesummen.

Jeg har ikke funnet noen avgjørelser fra domstolene etter at Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen) ble avsagt, hvor problemstillingen kommer helt på spissen.

Resultatet i LB-2010-55875 ble at en selger ikke nådde frem med sitt regresskrav mot en *grovt uaktsom* megler, fordi prisavslaget ikke utgjorde noe økonomisk tap på selgers hånd og det fremstod som lite rimelig at megler skulle bære byrden for prisavslaget. Om forholdet til Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen) ble det uttalt at problemstillingen var så vidt annerledes, blant annet ved at saken gjaldt salg av en bolig hvor selger hadde tegnet eierskifteforsikring, der selger får beholde hele kjøpesummen selv om forsikringen utbetaler et prisavslag. Denne saken gjaldt et næringsforhold. Som jeg vil komme tilbake til, kan det se ut som at dommen åpner for en annen løsning dersom selger er en forbruker som har tegnet eierskifteforsikring.

⁶⁶ Se Ristvedt, Lov og Rett, (2008) s. 591, Færstad og Skjefstad, Tidsskrift for Erstatningsrett, (2008) s. 149-189 og Anderssen, Lov og Rett, (2009) s. 240-251.

Det fremgår ikke klart av dommen om selgeren kunne bebreides for opplysningssvikten. Dommen gir etter mitt syn holdepunkter for at både berikelsessynspunktet og forholdet til eierskifteforsikring er relevant, men ingen egentlige holdepunkter for at en aktsom selger skal bære det tapet tilsvarende berikelsen.

Også Agder Lagmannsrett mente manglende tap på selgers hånd førte til at regresskrav mot megler ble avskåret. I LA-2009-177115 ble megler ansett for å ha opptråd uaktsomt for å ha gitt feil opplysninger om en parkeringsplass til kjøper, men selger var også selv å bebreide.

En svakhet ved dommen er at retten behandlet selgerens krav som et *krav om erstatning*, som er noe annet enn et krav om regress. De alminnelige erstatningsreglene ble lagt til grunn, og erstatningskravet nådde ikke frem på grunn av manglende økonomisk tap. Ut fra de alminnelige erstatningsrettslige regler, vil et krav fra selger mot megler bortimot aldri kunne føre frem for det er et *vilkår* at selger har lidt et økonomisk tap.⁶⁷ Hadde saken vært løst etter regressrettslige regler, ville nok resultatet likevel kunne blitt det samme. Såfremt begge parter heftet ved skyld, kan berikelsessynspunktet tilsi en skjevdeling av tapet, slik at selger selv må bære størsteparten eller hele tapet. Heller ikke denne dommen kan derfor gi noen føringen på problemstillingen om en selger som selv ikke er å bebreide, skal bære noen del av tapet.

Etter min mening er det noe uheldig at selgers anke til Høyesterett ble avvist av , jf tvisteloven § 30-4. Når anledningen byr seg bør Høyesterett en gang for alle avklare hvordan de ulike momentene bør vektlegges konkret i en sak. Særlig sett i lys av at

⁶⁷ Se også Færstad og Skjefstad, Tidsskrift for Erstatningsrett, (2008) s. 149-189 hvor dette blir vurdert.

lovgiver to ganger har unnlatt å innta en bestemmelse som regulerer dette under henvisning om at rettspraksis var mer egnet til denne oppgaven.⁶⁸

3.2.5 DE TO PERSPEKTIVENE - PARTENES SELVSTENDIG ANSVAR OVERFOR KJØPER OG TILKNYTNINGEN MELLOM PARTENE

Solidarregressen kan ses ut fra to perspektiver.⁶⁹ Det første perspektivet er forholdet mellom den ansvarlige og den skadelidte. Det andre perspektivet er forholdet mellom de ansvarlige.

Det er liten tvil om at de ansvarliges opptreden overfor kjøper er et sentralt moment i regressomgangen, ettersom det fremgår av lovteksten i skl. § 5-3 (2) at tapet skal fordeles ut fra ”ansvarsgrunnlaget”.

Regressfordelingen kan imidlertid se noe annerledes ut når det er en sterk sammenbinding mellom de solidarisk ansvarlige parter, og perspektiv to vil kunne ha stor betydning når den ene parten hefter aksessorisk.⁷⁰ Selger og meglers nære tilknytning kan tilsi at dette perspektivet må ha sentral betydning for regressspørsmålet. Selger kan identifiseres med sin medhjelper. Meglers uaktsomme opplysningssvikt er imidlertid ikke bare egnet til å pådra selger et ansvar overfor kjøper, men dessuten egnet til å bidra til at selger mottar en forhøyet kjøpesum. Selger sitter med andre ord igjen med en berikelse på grunn av feilen som er begått. Dette omtales gjerne som en ”uberrettiget berikelse”.

I denne delen vil jeg reise spørsmål om hvor *uberrettiget* selgers berikelse er, særlig sett i forhold til avhendingslovas regler om risikofordeling mellom kjøper og selger, og reglene om identifikasjon mellom selger og megler.

⁶⁸ Se NOU 1987: 14 Eiendomsmegling s. 80, Ot. prp. nr. 59 (1988-89) s. 26 og NOU 2006:1 Eiendomsmegling s. 132.

⁶⁹ Askland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 171-172.

⁷⁰ Askland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 290-291.

3.2.5.1 SELGERS OPPLYSNINGSPLIKT

Selgers ansvar for å gi tilstrekkelige og korrekte opplysninger om eiendommen som selges reguleres av avhl. § 3-7 og § 3-8.

3.2.5.1.1 Avhendingslova § 3-7

Selger har en plikt til å gi opplysninger om “omstende ved egedomen” som selger “kjente eller måtte kjenne til” og som kjøper “hadde grunn til å rekne med å få”.

Konsekvensen av å unnlate å gi pliktige opplysninger er at eiendommen anses for å ha en mangel.⁷¹ Dette modifieres noe, da det også er et krav om at den manglende opplysningen må antas å ha virket inn på avtalen. Innvirkningskriteriet vil bli behandlet samlet i punkt 3.2.5.1.3.

”Omstende” er et relativt vidt begrep, og ble valgt nettopp for å unngå at bestemmelsen skulle oppfattes å gi en spesifisert oppregning av selgers opplysningsplikt.⁷² En ”omstende” er en kjensgjerning, og rene hypoteser eller mistanker vil imidlertid som regel falle utenfor.⁷³ Videre må omstendighetene knytte seg til forhold vedrørende selve eiendommen.

Opplysningsplikten begrenses ved at selger bare har plikt til å opplyse om omstendigheter kjøper hadde ”grunn til å regne med å få”. Selgers opplysningsplikt må sees i sammenheng med kjøpers undersøkelsesplikt jf avhl. § 3-10.⁷⁴ Hagstrøm mener

⁷¹ Dette gjelder også dersom eiendommen selges “som den er” jf. avhl. § 3-9.

⁷² Jf Ot. prp. nr. 66 (1990-91) s. 88.

⁷³ Se Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008) s. 144 og Hagstrøm, Obligasjonsrett, (2011) s. 154.

⁷⁴ For nærmere avgrensning, se Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008) s. 203-220.

opplysningsplikten bare gjelder “*vesentlige opplysninger*” og må sees i sammenheng med “*kausaltetsforutsetningen*” (innvirkningskriteriet).⁷⁵

Selger kan bare bli ansvarlig dersom selger *kjente eller måtte kjenne til* opplysningen. Det foreligger ikke noen egentlig plikt for selger til å innhente opplysninger om eiendommen.⁷⁶ Bestemmelsen må sees som et utslag av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.⁷⁷

I teorien er det diskutert om bestemmelsen er en bevisregel eller aktsomhetsregel.⁷⁸ Det kan være vanskelig å bevise hvilke opplysninger selger faktisk kjente til. Det må nok legges til grunn selger kan holdes ansvarlig om han har opptrådt grovt uaktsomt eller ”kvalifisert klanderverdig”, jf også LE-2004-32009.

Selgers kunnskapskrav utvides likevel ettersom selger identifiseres med sine kontraktsmedhjelpere, som megler eller takstmann. Dette vil jeg komme tilbake til under punkt 3.2.5.1.4 om identifikasjon.

3.2.5.1.2 Avhendingslova § 3-8

Selger er ansvarlig for at opplysningene som gis om eiendommen er korrekte, jf. avhl. § 3-8 (1). Dette gjelder uansett om opplysningen er gitt av ham selv eller på vegne av selger ved markedsføringen, jf avhl. § 3-8 (1) annet punktum.

Den uriktige opplysningen må være gitt før avtalen inngås. Uriktige opplysninger som er rettet i tide kan ikke påberopes som en mangel, jf avhl. § 3-8 (2).

⁷⁵ Se Hagstrøm, Obligasjonsrett, (2011) s. 144-145.

⁷⁶ I motsetning til emgl. § 6-7.

⁷⁷ Se også Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008) s. 143, Hagstrøm, Obligasjonsrett, (2011) s. 154-162 og Ot. prp. nr. 66 (1990-91).

⁷⁸ Se Krüger, Jussens Venner (2004) s 273-278.

Opplysningen må være relativt klar og konkret. Hagstrøm skriver at ”*overdrevne og mer svevende lovprisninger*” i alminnelighet ikke kan tas i betraktning, og bruker som eksempel ”*en ”perle” av en eiendom*”.⁷⁹

Det er ikke noe vilkår at selger kan bebreides for å ha gitt den uriktige opplysningen. Det avgjørende er om det er faktisk avvik mellom hva som er opplyst og hva som er tilfelle.

3.2.5.1.3 Innvirkningskriteriet

Selgers opplysningssvikt utgjør likevel bare en mangel dersom det kan antas at den feil opplysningen har *virket inn på* avtalen, jf. avhl. § 3-7 annet punktum og § 3-8 (2) første alternativ.

Det oppstilles med andre ord et krav om *årsakssammenheng*, jf Rt 2003 s. 612. Med at opplysningssvikten må ha virket inn på *avtalen*, menes både om avtalen ville blitt inngått overhodet, og om avtalen ville blitt inngått på andre vilkår.⁸⁰

Hvorvidt en manglende opplysning har virket inn på avtalen byr på vanskelige bevismessige vurderinger. Det er en presumpsjon for at en opplysning som er egnet til å virke kjøpsmotiverende også har vært det, og det er dermed selger som har bevisbyrden for at opplysningen *ikke* har virket inn på avtalen.⁸¹ Omvendt vil nok en kjøper som har lagt stor vekt på en opplysning som ikke allment kan ansees for å være kjøpsmotiverende, ha bevisbyrden for at opplysningssvikten har virket inn på avtalen.⁸²

⁷⁹ Se Hagstrøm, Obligasjonsrett, (2011) s.145 og Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008) s. 162.

⁸⁰ jf. Ot. prp. nr. 66 (1990-91) s. 90.

⁸¹ jf I Rt. 2003 s. 612 (arealsviktdommen).

⁸² Se også Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008) s. 159.

3.2.5.1.4 Identifikasjon

Når selger bruker en kontraktsmedhjelper, oppstår spørsmålet om hvem som skal bære risikoen for at medhjelperen begår feil.

Det fremgår uttrykkelig av avhl. § 3-8 (1) annet punktum, at selger identifiseres med kontraktsmedhjelper som gir opplysninger på selgers vegne.

Når det gjelder manglende opplysninger etter avhl. § 3-7, foretas det også en identifikasjon mellom selger og kontraktsmedhjelper, selv om dette ikke fremgår av lovteksten. At selger identifiseres med eiendomsmegler for manglende opplysninger fremgår av avhendingslovas forarbeider.⁸³ Selger identifiseres også med takstmann, jf Rt 2001 s. 369. Meglers profesjonsansvar er strengt, og terskelen for hva som er ”grovt uaktsomt” vurderes deretter.

Med andre ord utvides selgers kunnskapskrav i betydelig grad.

3.2.5.2 MEGLERS OPPLYSNINGSPLIKT - EIENDOMSMEGLINGSLOVEN § 6-7

Undersøkelses- og opplysningsplikten er en av meglers mest sentrale plikter. For å oppfylle kravet i emgll. § 1-1 om en sikker, ordnet og effektiv handel, er det avgjørende at partene i handelen bygger på så fullstendige og korrekte opplysninger om objektet som mulig.

Bestemmelsen suppleres også av meglers generelle omsorgsplikt, herunder plikt til å gi kjøper og selger ”råd og opplysninger av betydning for handelen” og kravet til ”god meglerskikk”, jf. emgll. § 6-3 (1) og (2). Megler vil dermed i tillegg kunne ha en opplysningsplikt om forhold som ikke direkte knytter seg til eiendommen, men for eksempel om kjøpers plikter og rettigheter ved handelen.

Etter emgll. § 6-7 (1) skal megler ”*sørge for at kjøper før handel sluttet får opplysninger denne har grunn til å regne med å få og som kan få betydning for avtalen*”. Bestemmelsen bygger på samme modell som avhendingslova og

⁸³ Se Ot. prp. nr.66 (1990-91) s. 89.

bustadoppføringslova.⁸⁴ Megler har et ansvar for å sørge for at selgers opplysningsplikt overfor kjøper ivaretas ved den skriftlige salgsoppgaven.

I motsetning til selger, har megler en plikt til i rimelig grad å undersøke og kontrollere opplysninger om eiendommen som selges. Meglers primærkilde til informasjon om eiendommen er selger.⁸⁵ I rimelig utstrekning har megler likevel plikt til å kontrollere selgers opplysninger og innhente opplysninger fra andre troverdige kilder slik som grunnboken, kommunen og dessuten foretningsfører ved salg av for eksempel borettslagsandel.

Megler har en *minsteplikt* til å innhente, kontrollere og videreformidle en rekke opplysninger om eiendommen, jf emgll. § 6-7 (2) og (3) ledd. Etter omstendigheten kan meglers undersøkelsesplikt strekke seg lenger enn å undersøke forhold som rammes av den lovpålagte minsteplikten.⁸⁶

Meglens plikt til å gi opplysninger kan bare fravikes hvis det gis en skriftlig begrunnelse om hvorfor disse opplysningene ikke er innhentet og videreformidlet, jf emgll. § 6-7 (1) siste punktum.

Utgangspunktet for vurderingen av om megler har opptrådt ”*grovt uaktsomt*”, er om megler opptreden utgjør et ”*markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte*” og er ”*sterkt klanderverdig*”, jf LB-2010-55875. I denne saken fant retten at megler hadde opptråd grovt uaktsomt ved ikke å undersøke reguleringsbestemmelsene tilstrekkelig. Det ble vist til at dette ligger i kjerneområdet for eiendomsmeglers plikter, og er nedfelt som lovpålagte oppgaver. Meglers plikt til å opplyse om

⁸⁴ jf NOU 2006:1 Eiendomsmegling s. 118-119.

⁸⁵ jf NOU 2006:1 Eiendomsmegling s. 118-119.

⁸⁶ Sml RfE klagesak nr. 017/11 og 087/10. Spørsmål om megler hadde plikt til å undersøke foreliggende byggeplaner på naboeiendommen til salgsobjektet fikk ulikt utfall.

reguleringsbestemmelser følger av minsteplikten til å gi opplysninger, jf emgll. § 6-7 (2) nr. 10.

Tilsidesettelse av minsteplikten til å gi undersøke og gi opplysninger vil nok fort kunne kategoriseres som grovt uaktsom. Manglende kontroll av innhentede opplysninger vil også kunne være grovt uaktsomt, for eksempel dersom megler ikke i tilstrekkelig grad gjør seg kjent med innholdet i en reguleringsplan. Også unnlattelse av å foreta undersøkelser når det foreligger en tydelig varsku om at det er forhold ved eiendommen som kjøper må kunne regne med å bli gjort kjent med, vil etter omstendighetene utgjøre grov uaktsomhet. At megler bidrar til utsette partene for økonomisk risiko vil ganske klart kvalifisere som grovt uaktsomt.

3.2.5.3 REGRESS NÅR SELGER IKKE KAN BEBREIDES FOR OPPLYSNINGSSVIKTEN

I forhold til selger og kjøper kan en identifikasjon mellom selger og hans kontraktsmedhjelper fremstå som rimelig. Det er her egentlig spørsmål om hvem som skal bære risikoen for at kontraktsmedhjelperen har gjort feil. For takstrapport innehentet av kjøper selv, vil det ikke kunne gjøres noen identifikasjon med selger. Derimot vil kjøper selv identifiseres med takstmann hva gjelder kjøpers undersøkelsesplikt, jf også Rt. 2001 s. 369 (takstmannsdommen).

Når det fra meglers side påberopes at det er urimelig hvis selger får en ”*uberettiget gevinst*” som følge av meglers forsømmelse, kan det spørres hvor *uberettiget* selgers gevinst egentlig er?

Reglene i avhl. § 3-7 og § 3-8 regulerer i realiteten hvem av partene i handelen som har risikoen for at opplysningene er korrekte og utfyllende.

Selgers ansvar for feil opplysninger er objektivt, jf avhl. § 3-8, og utgangspunktet er dermed at selger selv bærer risikoen for at opplysningene som gis ved markedsføringen er korrekte. For manglende opplysninger er utgangspunktet motsatt, jf avhl. § 3-7. Det er kjøper som bærer risikoen for de opplysningene selger var kjent med, men som ville

hatt betydning for handelen. Bare når selger minst har utvist grov uaktsomhet, utgjør en manglende opplysning en mangel.

Ved å ta et forbehold om at eiendommen selges ”*som den er*” er risikoen for skjulte mangler veltet over på kjøper. Når kjøper har akseptert et ”*som den er*” forbehold, har han godtatt å overta eiendommen i den stand den var ved besiktigelsen. Kjøper bærer dermed *risikoen* for skjulte mangler. Et ”*som den er*” forbehold gir ingen innskrenkning i reglene om selgers ansvar et avhl. § 3-7 og § 3-8, jf. avhl. § 3-9 første punktum. Omfanget av et ”*som den er*” forbehold innskrenkes ytterligere ved at selger likevel kan holdes ansvarlig dersom eiendommen er i ”*vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles*”, jf avhl. § 3-9 annet punktum.

Ikke enhver opplysningssvikt som har virket inn på handelen, vil utgjøre en mangel etter avhl. § 3-9. Mens avhl. § 3-8 egentlig bare oppstiller et krav til kausalitet eller årsakssammenheng, oppstiller avhl. § 3-9 et krav til alvorligheten av mangelen som oppdages. Avhendingslovas løsning er at kjøper selv må bære risikoen for at opplysningene som gis om eiendommen er fullstendige, så fremt det ikke foreligger en mangel etter § 3-9. Selger har med andre ord krav på den forhøyete kjøpesummen, selv om kjøper ikke er kjent med alle viktige opplysninger om eiendommen.

Ved å benytte seg av en kontraktsmedhjelper, utvides selgers kunnskapskrav. Meglers grovt uaktsomme brudd på undersøkelses- og opplysningsplikten kan medføre at selger likevel må bære risikoen for manglende opplysninger grunnet reglene om identifikasjon. Som argumentert for ovenfor, hadde selger i utgangspunktet et *berettiget krav* på å beholde kjøpesummen uavkortet, hvis medhjelperen tenkes bort. Etter mitt syn er det da ikke uten videre rimelig at selger i regressomgangen må gi fra seg berikelsen til fordel for den uaktsomme megler.

Et argument mot dette igjen, er at mange kjøpere finner et salg av bolig gjennom megler betryggende, nettopp fordi megler har en streng undersøkelsesplikt. Eiendommen kan

ha blitt lettere omsettelig og selger kan ha oppnådd en høyere salgssum ved å selge gjennom megler.

Et utvalg med mandat til å utrede og legge frem forslag til et regelverk som sikrer at det gis best mulig informasjon om eiendommer som selges, var inne på denne problemstillingen i forhold til takstmann.⁸⁷ Det ble påpekt her at det ikke utelukkende er fordelaktig for selger å innhente tilstandsrapport, og at selger løper en ”ikke ubetydelig risiko” på grunn av reglene om identifikasjon. Utvalget påpekte også at det i ettertid kan oppstå spørsmål om regress mellom partene, og det ble ansett som noe usikkert hvorvidt takstmann kunne søke regress av selger for erstatningsutbetaling til kjøper og omvendt. Utvalget gikk ikke nærmere inn på regressspørsmålet de lege lata.

Utvalget vurderte også ansvarsfordelingen de lege ferenda, men delte seg når det kom til forslag til lovendring.

Flertallet gikk inn for en løsning hvor en selger som ikke legger frem tilstandsrapport, blir stilt som om han hadde den kunnskapen som rapporten ville ha gitt. Forhold som går frem av en fremlagt tilstandsrapport, og forhold som skulle ha gått frem av en korrekt utarbeidet rapport, kan ikke påberopes som mangel overfor selger, om ikke selger har handlet grovt uaktsomt eller i strid med redelighet og god tro.⁸⁸ Om sakkyndiges adgang til regress ble det uttalt av flertallet:⁸⁹

”I en situasjon der det foreligger feil i tilstandsrapporten, slik at kjøper fremmer erstatningskrav mot den bygningssakkyndige, bør den sakkyndige (eller hans forsikringselskap) som et utgangspunkt heller ikke kunne rette regresskrav mot selger. Disse medlemmene mener at det er lite treffende å se det slik at selger i slike tilfeller « slipper unna » et prisavslagskrav.”

⁸⁷ NOU 2009: Tilstandsrapport ved salg av bolig s. 15-16.

⁸⁸ NOU 2009: Tilstandsrapport ved salg av bolig s. 30.

⁸⁹ NOU 2009: Tilstandsrapport ved salg av bolig s. 31-32.

Det ble pekt på at selgeren allerede i de fleste tilfeller hadde innrettet seg etter kjøpesummen. Flertallet mente det ikke uten videre var rimelig å innrømme den bygningssakkyndige regress mot selger.

Det ble foreslått unntak begrunnet i selgerens subjektive forhold og opptrådt ”*grovt uaktsomt, uærlig eller for øvrig handler i strid med redelighet og god tro*”. Som typiske eksempler ble det nevnt at selger ”*har unnlatt å gi opplysninger om relevante omstendigheter som han kjenner til, eller ved å gi feilaktige opplysninger i ond tro eller grovt uaktsomt*”.

Flertallet mente forslaget samsvarte godt med de retningslinjene som ble trukket opp av Høyesterett i Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen).

Etter mitt syn samsvarer en slik løsning også godt med avhendingslovas fastsettelse av partenes risiko for manglende opplysninger, som i utgangspunktet er kjøpers, med mindre selgers har utvist grov uaktsomhet eller forsett, eller mangelen er vesentlig.

Mindretallet derimot mente en slik løsning ville utgjøre en risiko for at ”*noen selgere spekulerer i å holde tilbake informasjon om boligen for å tjene på dette.*” Mindretallet anså ikke innrettelsessynspunktet som et tilstrekkelig tungtveiende argument til å beskytte selger mot krav fra kjøper som følger identifikasjonsreglene.⁹⁰ Dette er i realiteten et spørsmål om preventive hensyn taler for at selger skal bære tapet, også når selger selv *ikke kan bebreides*. Et slikt preventivt hensyn ivaretas etter mitt syn best ved å tillegge partenes subjektive forhold betydelig vekt i regressomgangen.

Etter mitt syn må faren for at selgere vil spekulere i å holde tilbake informasjon om boligen for å tjene på dette, uansett ansees for å være tilstede også i dag. Omtrent 70 prosent av selgerne velger å tegne eierskifteforsikring.⁹¹ Denne forsikringen kan

⁹⁰ Se NOU 2009: Tilstandsrapport ved salg av bolig s. 32-33.

⁹¹ Jf. Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen).

innebære at selgeren blir sittende igjen med gevinsten, selv om kjøperen når frem med et mangelskrav. Det kan derfor spørres om mindretallets frykt for at en allokering av ansvar til den uaktsomme part, vil føre til større grad av spekulasjon blant selgere.

Ettersom meglers og takstmanns profesjonsansvar bare utløses ved uaktsomhet, bør ikke en aktsom megler eller takstmann ha særlig grunn til å frykte at de selv havner i erstatningsansvar grunnet selgers tilbakehold av opplysninger.

Som beskrevet ovenfor, har megler nettopp en plikt til å i rimelig grad innhente og kontrollere informasjon, og kan ikke uten videre stole på at selgeren gir riktige eller fullstendige opplysninger. I LG-2001-2211 ble det fremhevet at meglers plikt til å hindre at kjøper bygger på uriktige opplysninger også er en plikt overfor selger. Megler skal *“verne ham mot at han kommer i ansvar på grunn av egen uvitenhet eller lettsindighet. Dette er en del av meglers profesjonsansvar”*.

Har selger holdt tilbake opplysninger, og megler ikke hadde noen plikt til å forsøke å innhente opplysninger fra andre kilder, er heller ikke undersøkelses- og opplysningsplikten brutt.⁹²

Askeland mener det er holdepunkter i norsk rett for en som er aksessorisk ansvarlig, hvor en part er ansvarlig uten selv å ha forvoldt skaden, vil ha krav på full regress av den som hefter ved skyld.⁹³ Han mener en slik løsning kan hjemles i skl. § 5-3 (2), og viser til motivene til strl. ikrl. § 26 hvor det uttales:⁹⁴

”at den, der uden egen Skyld hefter for andens fejl, har Regres mot denne, er en Sætning, som vistnok ikke her behøver at udtales”

⁹² Se for eksempel RfE klagesak nr. 017/11.

⁹³ Askeland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 290-294.

⁹⁴ Motiver til Strafflovens ikrafttredelseslov (1885) s. 62. Se også Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s. 28.

Færstad og Skjegstad mener det ikke er treffende å karakterisere selgers ansvar som aksessorisk, ettersom ansvaret følger direkte av kontrakt. De mener en slik ansvarsform først og fremst vil gjelde for de rene deliktstilfellene.⁹⁵ Færstad og Skjefstad konkluderte imidlertid som nevnt ovenfor at gode grunner taler for at tapet allokeres til megler hvis selgeren ikke kan bebreides, men med en annen begrunnelse.

Når selger holdes ansvarlig overfor kjøper, *utelukkende* på bakgrunn av reglene om identifikasjon, taler dette etter mitt syn for at megler bærer tapet også for verdiminuset. I forholdet mellom de ansvarlige og den skadelidte, er det rimelig at den part som kan bebreides, holdes ansvarlig. I forholdet mellom de ansvarlig kan det argumenteres for at selgers berikelse ikke egentlig er *uberettiget*. Da faller også noe av urimeligheten med at selger får beholde berikelsen bort.

Jeg mener imidlertid ikke at det finnes tilstrekkelige holdepunkter for at løsningen *alltid* vil bli at megler må bære hele tapet dersom selger ikke kan bebreides for opplysningssvikten.

Hvis eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn hva kjøper hadde grunn til å regne med, og selger ikke kan bebreides for å ikke opplyse om forholdet, ville selgeren like fullt vært ansvarlig for direkte tap, på bakgrunn av avhl. § 3-9 annet punktum. Selger er hefter da på et selvstendig grunnlag, og ikke som følge av reglene om identifikasjon. En kategorisk avvisning av at berikelsessynspunkts relevans når selger ikke kan bebreides, vil etter mitt syn kunne føre til svært urimelige resultater.

Et eksempel som illustrere dette er at selger har ervervet boligen ved arv, og selger eiendommen videre. Selger har svært begrenset kunnskap om eiendommen som selges. Selger aner ikke at kommunen har bestemt at en søppeldyngge vil etablert som nærmeste nabo. Megler burde formidlet denne opplysningen videre. Boligens markedsverdi er

⁹⁵ Færstad og Skjefstad, Tidsskrift for Erstatningsrett, (2008) s. 172.

foringet med rundt 75 %. Forholdet oppdages før overtakelsen og kjøpers betalingsplikt har inntrådt. Selger har valgt ikke å tegne eierskifteforsikring.

Dette eksempelet skiller seg etter mitt syn vesentlig fra faktum i Rt. 2008 s. 1078 hvor takstmann hadde oppmålt uriktig areal. Felles er det at selger ikke kunne bebreides, men i det tenkte eksempelet bør selgers innrettelse ha liten eller ingen betydning, både fordi gevinsten fremstår som helt tilfeldig og han heller ikke har tegnet eierskifteforsikring. Videre var ikke *årsaken* til opplysningssvikten i eksempelet utelukkende meglers uaktsomhet, men selgers *svært begrensede kunnskap* om eiendommen som spilte også inn. Hva som var den *dominerende årsak* for opplysningssvikten, ble tillagt stor vekt på i Rt. 2008 s. 1078.

Etter mitt syn åpner skl. § 5-3 (2) for et stort rom for skjønn, og hvilken part som kan bebreides kan ikke alene være avgjørende.

3.2.6 HAR ANSVARFORSIKRING BETYDNING FOR REGRESSPØRSMÅLET?

Foreliggende forsikringer er relevante for tapsfordelingen mellom de solidarisk ansvarlige.⁹⁶ Det opprinnelige forslaget til lovtekst da regressregelen ble inntatt i skadeserstatningsloven var:⁹⁷

”Hvorvidt den som har betalt erstatning eller oppreisning kan gjøre krav gjeldende mot andre ansvarlige, avgjøres under hensyn til ansvarsgrunnlaget, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter og forholdene ellers.”

Departementet anså det ikke nødvendig å lovfeste at det skal tas hensyn til ”foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter”, men var enig i at forsikringsargumentet hadde betydning for tapsfordelingen.⁹⁸ Departementet mente

⁹⁶ Askeland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 280.

⁹⁷ NOU 1977: 33 Om endringer i erstatningslovgivningen s. 14.

⁹⁸ Ot. prp. nr. 60 (1980-81) s. 40 og 46. Se også Ot. prp. nr. 75 (1983-84) s. 42.

imidlertid at forsikringsargumentet ikke burde komme sterkere i forgrunnen enn det allerede var, for så vidt angår ansvarsforsikring. Det ble vist til at fordelingsreglene er elastiske, og det er en skjønsmessig bestemmelse.

Det er ikke bare faktiske forsikringer som kan legges til grunn, men også forsikringsmuligheter. Det virker nokså naturlig at en part som ikke har forsikret seg, til tross for at dette ville ha vært naturlig, som utgangspunkt ikke skal ha fordeler av sin manglende forsikring.⁹⁹

3.2.6.1 HVILKEN BETYDNING HAR FORSIKRINGSARGUMENTET MELLOM SELGER OG MEGLER?

Som profesjonsutøver med ansvar for store verdier, vil det være naturlig at meglerforetak og advokater som driver eiendomsmegling tegner en ansvarsforsikring. Ansvarsforsikring er noe annet enn sikkerhetsstillelse, og er ikke lovpålagt.

I tråd med uttalelsene i forarbeidene til skl. § 5-3 (2), bør det kunnes legges en viss vekt på meglers forsikringsmuligheter under tapsfordelingen mellom selger og megler. Høyesterett synes også å ha lagt vekt på forsikringsargumentet i Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen).

På selgersiden er det også mulig å tegne eierskifteforsikring, som nok er en form for ansvarsforsikring, men en uvanlig sådan.¹⁰⁰ Eierskifteforsikring skiller seg fra alminnelige ansvarsforsikringer, ved at forsikringen dekker sikredes kontraktsansvar. Det er bare *kjøper* som har rett å kreve dekning under eierskifteforsikringen, jf fal. § 7-6 (1).

Krever kjøper erstatning av megler, og megler krever regress av selger, står selger *uten* forsikringsdekning. I teorien har Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) vært kritisert fordi

⁹⁹ Askeland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) s. 282.

¹⁰⁰ Anderssen, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2009) s. 214-238.

den åpner for regress fra megler mot selger, som igjen kan føre til at eierskifteforsikringen omgås.

Regressregelens utgangspunkt er at resultatet skal bli det samme, uansett hvem av partene som tilfeldigvis først dekker kjøperens krav. Imidlertid er situasjonen for selger *faktisk annerledes* avhengig av hvem kjøper har valgt å kreve dekning av.

Forsikringsargumentet vil normalt tale for at den som har eller kunne tegnet ansvarsforsikring, bærer en større del av ansvaret. I forholdet mellom selger og megler, kan dette forsikringsargumentet neppe brukes i forhold til å tillegge selger et større ansvar for tapet, ettersom selger ikke har noen forsikringsmuligheter hvis kravet kommer fra megler. Selger har bare forsikringsmuligheter i ett av tilfellende. Motsetningsvis kan nok forsikringsargumentet tillegges en viss vekt i forhold til meglers ansvarsforsikring.

3.2.6.2 HAR SELGERS EIERSKIFTEFORSIKRING BETYDNING FOR BERIKELSESSYNSPUNKTET?

Spørsmålet kan også formuleres omvendt, om det forhold at selger har tegnet eierskifteforsikring taler for at *megler* skal bære tapet. Ettersom selger har forsikret seg mot krav fra kjøper, virker det lite rimelig dersom selger likevel kan risikere et indirekte krav via megler.

En eierskifteforsikring har en noe annen karakter enn en vanlig ansvarsforsikring. Når selger tegner eierskifteforsikring, overtar selskapet *mangelsansvaret* for eiendommen.¹⁰¹ Den dekker ikke bare kjøpers *erstatningskrav*, men også kjøpers krav om *prisavslag* og *heving* som følge av skjulte mangler ved eiendommen. Eierskifteforsikringen har den virkning at den ikke bare beskytter selgers ansvar for kjøpers tap, men beskytter samtidig selgers innrettelse etter kjøpesummen. Når kjøpers

¹⁰¹ Anderssen, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2009) s. 214-238.

krav dekkes av eierskifteforsikringen, har selger et *berettiget krav* på den berikelsen opplysningssvikten har medført.

Dette kan tjene som argument for at berikelsessynspunktet ikke er relevant såfremt kjøpers krav som utgangspunkt dekkes av eierskifteforsikringen. I alle fall hvis selger *ikke* kan bebreides for mislighold av opplysningsplikten. Etter en fordeling etter skl. § 5-3 (2), bør ikke selger måtte dekke kjøperens tap, hvis han selv ikke er å bebreide og berikelsessynspunktet heller ikke er faktisk relevant.

Rettspraksis fra Høyesterett støtter også opp om et slikt argument. I Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen) mente Høyesterett at momentet om at den av partene som var den dominerende årsaksfaktoren burde bære tapet, fikk ”*økt styrke*” når det var tegnet eierskifteforsikring. Høyesterett anså et regresskrav fra en uaktsom takstmann mot en aktsom selger som ”lite aktuelt”. I den senere avgjørelsen LB-2010-55875 pekte retten på at dommen adskilte seg fra Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen):

”Det vises blant annet til at Høyesterett i den saken tok utgangspunkt i at det dreide seg om boligsalg med eierskifteforsikring, der selgeren får beholde hele kjøpesummen selv om forsikringsselskapet utbetaler et prisavslag.”

I Rt. 2011 s. 137 (hevedommen) la Høyesterett til grunn at det ikke er stor risiko for selger ved et salg når det er tegnet eierskifteforsikring. Høyesterett hadde nok ikke den ovennevnte problemstillingen i tankene da uttalelsen ble gitt. Det kan nok likevel argumenteres for at selgers eierskifteforsikring bare kan gi et effektivt vern, hvis den også tillegges vekt i regressadgangen, slik at selger ikke risikerer et indirekte krav fra kjøper gjennom megler.

Motsatt må dette også innebære at eierskifteforsikringsselskapet har krav på regress mot den uaktsomme megler, når selgeren ikke kan bebreides for opplysningssvikten, og selskapet har utbetaling til kjøper. Eierskifteforsikringsselskapet har rett til å tre inn i selgers regresskrav. Regressreglene skal nettopp sørge for at tapsfordelingen blir den samme, uavhengig av hvem som ”*tilfeldigvis tar ansvaret overfor skadelidte*”, jf Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen). Eierskifteforsikringsselskapets rett til å tre inn i selgers

regress mot takstmann, ble i Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen) anført som et subsidiært grunnlag, men Høyesterett tok ikke stilling til spørsmålet ettersom direktekravet fra selskapet førte frem.

Hvorvidt et direktekrav mot megler kan nå frem, faller utenfor avhandlingen. Det er imidlertid ikke helt opplagt at resultatet ville blitt det samme som i saken mot takstmannen. Megler er en formidler av eierskifteforsikringen, og det kan tenkes at dette vil føre til begrensninger i adgangen til å rette et direktekrav.

Et annet spørsmål er om eierskifteforsikringen har noen betydning for det tilfelle at selger selv har opptrådt uaktsomt. Det vil virke lite rimelig om megler og eventuelt hans forsikringsselskap må bære hele tapet, fordi selgeren har forsikret sin innrettelse, når forholdene ellers taler for å fordele tapet imellom de to ansvarlige. Har selger opptrådt uaktsomt, vil kjøpers krav dessuten kunne være utenfor forsikringsdekning, slik at eierskifteforsikringsselskapet kan kreve regress av selgeren eller foreta en avkorting i utbetalingen til kjøperen, jf fal. § 7-6 (4).¹⁰² Etter mitt syn er det liten grunn til å tillegge selgers eierskifteforsikring betydning, hvis selgeren har opptrådt uaktsomt.

3.2.6.3 HAR SELGERS FORSIKRINGSMULIGHETER NOEN BETYDNING?

Har selger selv valgt ikke å forsikre sin innrettelse etter kjøpesummen, kan han som utgangspunkt heller ikke kunne forvente å beholde kjøpesummen uavkortet for det tilfelle at det foreligger en mangel ved eiendommen. Dette er et bevisst valg selgeren selv har tatt, og det er etter mitt syn liten grunn til å gi selger en fordel ved at det foreligger en mulighet som han *ikke* har benyttet seg av. Berikelsessynspunktet er da *faktisk et relevant argument*.¹⁰³ Etter mitt syn bør ikke muligheten for å tegne eierskifteforsikring tillegges noen vekt i regressomgangen.

¹⁰² Se også AKN-2298. Se også Andresen, Eiendomsmegleren nr. 9 (2011) s. 31.

¹⁰³ Se også Ristvedt, Lov og Rett, (2008) s. 595.

4 OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Jeg har i avhandlingen forsøkt å peke på de vanskelige spørsmålene som oppstår både når det gjelder å ilegge solidaransvar, og når det gjelder vektleggingen av de ulike momentene i regressomgangen.

Når det gjelder selve solidaransvarets omfang, har jeg i forsøkt å få frem viktigheten av de to rettsgrunnlagene vurderes isolert, av hensyn til om hvor langt de impliserte partenes ansvar rekker og kravet som fremsettes kan være gjenstand for solidaransvar. Som det fremgår av punkt 2.3.3.5, mener jeg at de beste grunner taler for at det foreligger solidaransvar også når kjøper har krevd prisavslag.

Askeland mener Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen) er forenlig med et synspunkt om at megler kan holdes solidarisk ansvarlig for et prisavslagskrav, men advarer mot å gi *meglerdommen* prejudikatsverdi utover tilfeller som gjelder prisavslag og erstatning på avhendingslovas område.¹⁰⁴ Han mener dette vil ”*utvide solidaransvarsregelens nedslagsfelt dramatisk*” og ”*ytterligere bidra til å utviske grensen mellom kontraktsansvar og deliktsansvar*”.

Generelt kan det nok være grunn til å være forsiktig med å ilegge solidaransvar på tvers av delikts- og kontraktsansvar, nettopp fordi det er svært vanskelig å forene de ulike regelsettene. Lovgiver har bevist valgt å overlate til rettspraksis å dra opp linjene for meglers og selgers solidaransvar, men ettersom de eksisterende reglene ikke er tilpasset den spesielle formen for solidaransvar, passer heller reglene spesielt godt. Som det fremgår av punkt 3.2.5.3 er det i forhold til takstmanns ansvar forslått en spesiell lovregulering om ansvarsfordelingen mellom selger og takstmann. Etter mitt syn kunne det være hensiktsmessig om lovgiver også regulerte solidaransvaret og tapsfordelingen mellom megler og selger i en spesialregel, som spesielt var tilpasset dette tilfellet.

¹⁰⁴ Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006) s. 16-17.

Selv om solidaransvar- og regressreglene fremstår som noe uoversiktlige når reglene for kontrakt og delikt krysses, peker kildene etter mitt syn i en klar retning.

For det tapet som ikke er et verdiminustap, vil partenes subjektive forhold måtte tillegges stor vekt. Partenes nære tilknytning kan tale for en likedeling av tapet dersom begge parter har opptrådt uaktsomt. Imidlertid kan meglers ansvarsforsikring tale for at en viss skjevdeling av tapet.

Som det fremgår av punkt 3.2.4 vil berikelsessynspunktet tillegges betydelig vekt for det tap som er et verdiminustap, når ansvarsgrunnlaget og forholdene for øvrig taler for en likedeling av tapet mellom partene.

Når ansvarsgrunnlaget klart taler for at megler selv må bære hele tapet, er det mindre sikkert om berikelsessynspunktet alene kan begrunne en motsatt løsning. Ofte vil nok megler selv måtte bære hele tapet, selv om selger får en berikelse, fordi ansvarsgrunnlaget og årsaksbetraktninger er tungtveiende momenter i vurderingen. Skl. § 5-3 (2) er imidlertid ment å være elastisk, og det må etter mitt syn bero på en helhetsvurdering hvordan tapet skal fordeles mellom selger og megler. Det vises her særlig til drøftelsen under punkt 3.2.5.3.

Har selger tegnet eierskifteforsikring, og kjøpers krav er innenfor dekning, er berikelsessynspunktet etter mitt syn uten særlig betydning. Forholdet til selgers eierskifteforsikring er særlig drøftet under punkt 3.2.6.2.

5 LOVREGISTER

Norges Lover

Lov av 29. juni 2007 nr. 79 Lov om eiendomsmegling, heretter kalt **eiendomsmeglingsloven** (emgll.).

Lov av 17. juni 2005 nr. 60 Lov om rettergang og mekling i sivile saker, heretter kalt **tvisteloven** (tvl.)

Lov av 3. juli 1992 Lov om avhending av fast eiendom, heretter kalt **avhendingslova** (avhl.)

Lov av 16. juni 1989 nr. 69 Lov om forsikringsavtaler heretter kalt **forsikringsavtaleloven** (fal.)

Lov av 16. juni 1989 nr. 53 Lov om Eiendomsmegling, heretter kalt **eiendomsmeglingsloven av 1989** (eml.)

Lov av 13. mai 1988 nr 27: Lov om kjøp, heretter kalt **kjøpsloven** (kjl.)

Lov av 13. mai 1969 nr 26: Lov om skadeserstatning, heretter kalt **skadeserstatningsloven** (skl.)

Lov av 22. mai 1902 nr 11: Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden, heretter kalt **Straffelovens ikrafttredelseslov (strl. ikrl.)**

6 RETTS- OG NEMNSAVGJØRELSE

Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 2011 s. 137 (hevedom)

Rt. 2009 s.286 (Garnbergetkjennelsen)

Rt. 2008 s. 1078 (informasjonsansvarsdommen)

Rt. 2006 s. 983

Rt. 2005 s. 870 (meglerdommen)

Rt. 2003 s. 612 (arealsviktdommen)

Rt. 2001 s. 369 (takstmannsdommen)

Rt 2000 s. 199 (pelsdyrhalldommen)

Rt. 1997 s. 231 (Ditten-dommen)

Rt. 1995 s. 1350

HR-2010-1388-U (kjm. utv. Beslutning om ankenektelse.)

Underrettsavgjørelser

LB-2010-55875

LA-2009-177115

LE-2004-32009

LB-2004-8918

LB-2002-1681

LG-2001-2211

LE-1994-1897

Nemnsavgjørelser

Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglingstjenester (RfE) Klagesak nr. 087/10

Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglingstjenester (RfE) klagesak nr. 017/11

Avkoringsnemndas (AKN) uttalelse AKN-2298.

7 LITTERATURLISTE

Forarbeider

NOU 2009: Tilstandsrapport ved salg av bolig.

NOU 2006:1 Eiendomsmegling.

NOU 1987: 14 Eiendomsmegling

NOU 1977: 33 Om endringer i erstatningslovgivningen

Ot. prp. nr. 66 (1990-91) Om avhending av fast eiendom (avhendingslova), heretter kalt **Ot. prp. nr. 66 (1990-91)**

Ot. prp. nr. 59 (1988-89) Om lov om eiendomsmegling, heretter kalt **Ot. prp. 59 (1988-89)**

Ot. prp. nr.80 (1986-87) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, heretter kalt **Ot. prp. nr.80 (1986-87)**

Ot. prp. nr.75 (1983-84) Om lov om endringer i erstatningslovgivningen **Ot. prp. nr. 75 (1983-84)**

Ot. prp. nr.60 (1980-81) Om lov om endringer i erstatningslovgivningen for så vidt gjelder lemping av erstatningsansvar, forsikringsgivers regressrett m m, heretter kalt **Ot. prp. nr.60 (1980-81)**

Udkast til Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttreden med Motiver utarbeidet ved den kgl Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommision, heretter kalt **Motiver til Strafflovens ikrafttredelseslov (1885)**

Bøker

Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer, (2008) Oslo, Gyldendahl Norsk Forlag, (ISBN 978-82-05-34803-5 heretter kalt **Anderssen, Avhendingsloven med kommentarer (2008)**

Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, annen utgave, (2008) Oslo, heretter kalt **Rosén og Torsteinsen, Eiendomsmegling – rettslige spørsmål, (2008)**

Bjarte Askeland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør, (2006) Oslo, Fagbokforlaget, (ISBN 82-450-0283-2) heretter kalt **Askland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006)**

Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utgave, (2011) Oslo, Universitetsforlaget, (ISBN: 978-82-15-01776-1) heretter kalt **Hagstrøm, Obligasjonsrett, (2011)**

Trygve Bergsåker, Kjøp av fast eiendom, fjerde utgave (2003), Oslo, Norges Eiendomsmeglerforbund, heretter kalt **Bergsåker, Kjøp av fast eiendom, (2003)**

Artikler

- Lov og Rett Per M. Ristvedt, Informasjonsansvarsdommen – en ny rettstilstand for ansvarsforsikringsselskapers krav, Lov og Rett (2008), s. 579-595,(publisert [http.websir.lovdata.no](http://websir.lovdata.no)) heretter kalt **Ristvedt, Lov og Rett, (2008) s. 579-595.**
- Harald Benestad Anderssen, Noen synspunkter på Rt-2005-870 (meglerdommen) og Rt-2008-1078 (Informasjonsansvarsdommen) - og en kommentar til Per M. Ristvedt, Lov og Rett (2009 nr 4), s. 240-251, (publisert [http.websir.lovdata.no](http://websir.lovdata.no)) heretter kalt **Anderssen, Lov og Rett, (2009) s. 240-251.**
- Jussens venner Kai Krüger, « Måtte kjenne til » Frimodig ytring om avhendingslovens § 3-7, Jussens Venner (2004) s 273-278, (publisert [http.websir.lovdata.no](http://websir.lovdata.no)) heretter kalt **Krüger, Jussens Venner (2004) s 273-278**
- Tidsskrift for rettsvitenskap Viggo Hagstrøm, Informasjonsansvar – Om villedning av en annen enn kontraktspart, Tidsskrift for Rettsvitenskap (1989) s. 196-220, (publisert [http.websir.lovdata.no](http://websir.lovdata.no)) heretter kalt **Hagstrøm, Tidsskrift for Rettsvitenskap (1989) s. 196-220.**
- Tidsskrift for Eiendomsrett Harald Benestad Anderssen, Hva slags forsikring er eierskifteforsikringen?, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2009 nr 3) s. 214-238 (publisert [http.websir.lovdata.no](http://websir.lovdata.no)) heretter kalt **Anderssen, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2009) s. 214-238.**
- Harald Benestad Anderssen, Prisavslag og erstatning – En frimodig ytring om Garnberget-kjennelsen, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2009 nr 2) s. 128-131, (publisert [http.websir.lovdata.no](http://websir.lovdata.no)) heretter kalt **Anderssen, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2009) s. 128-131.**
- Karl Rosén, Solidaransvar ved ansvar i og utenfor kontrakt – Rt. 2005 s. 870, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2005 nr 2) s. 114-118, (publisert [http.websir.lovdata.no](http://websir.lovdata.no)) heretter kalt **Rosén, Tidsskrift for Eiendomsrett, (2005) s. 114-118.**
- Tidsskrift for Erstatningsrett Jan-Ove Førstad og Arnt E. Skjefstad, Prisavslag, erstatning og regress – selgers og meglers innbyrdes ansvar, Tidsskrift for Erstatningsrett (2008) s. 149-186, (publisert [http.websir.lovdata.no](http://websir.lovdata.no)) heretter kalt **Førstad og Skjefstad, Tidsskrift for Erstatningsrett, (2008) s. 149-189.**
- Nytt i privatretten Trygve Bergsåker, Er eiendomsmegleren ansvarlig for hevingsoppgjør ved kjøp av bolig? (Rt. 2011 s. 137), Nytt i privatretten (2011), s. 23-24 (ISSN 1501-9594) heretter kalt **Bergsåker, Nytt i privatretten (2011) s. 23-24.**
- Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner Bjarte Askeland, Skadelidtes valgrete perspektiver på Meglerdommen (Rt 2005 s. 870), Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006), s. 1-35 heretter kalt **Askeland, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006)**

- Stein Kleven, Skadelidtes valgrett - perspektiver på meglerdommen av 29.06.05, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006), heretter kalt **Kleven, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 82 (2006)**
- Juristkontakt Stein Kleven, Åpent spørsmål om kontraktsmedhjelperansvaret, Juristkontakt 5 (2002) s. 50-53, heretter kalt **Kleven, Juristkontakt 5 (2002) s. 50-53**
- Eiendomsmegleren Andresen, Silje Nesteng, Krav fra kjøper før overtakelse av eiendommen, Eiendomsmegleren nr. 9 (2011), s. 31, heretter kalt **Andresen, Eiendomsmegleren nr. 9 (2011) s. 31.**