

# Forsikring og regress ved salg av bolig<sup>1</sup>

*Professor Trine-Lise Wilhelmsen,  
Universitetet i Oslo, Nordisk institutt for sjørett, Juridisk fakultet*

## 1. Innledning

Temaet for denne artikkelen er forsikringsdekningen ved salg av bolig. Selve boligkjøpet er regulert i en kjøpekontrakt mellom selger og kjøper. En kjøpsrettslig mangel i forbindelse med overdragelsen kan utløse to typer forsikring: For det første tegner boligselgeren ofte en *eierskifteforsikring* eller en *boligselgerforsikring*<sup>2</sup> før salget. En slik forsikring vil dekke mangler ved boligen etter avhendingsloven (avhl).<sup>3</sup> For det andre vil både selgeren og kjøperen normalt ha en tingsskadeforsikring for boligen, eller en *boligforsikring*. Dersom mangelen utgjør en skade på boligen kan den derfor også utløse selgerens eller kjøperens boligforsikring. Spørsmålet i denne artikkelen er hvordan det forsikringsrettslige ansvaret for slike mangler/skader skal fordeles mellom disse tre forsikringsavtalene. Dette reiser to hovedproblemstillinger:

*For det første* er det spørsmål hvilken rett selgeren og kjøperen har under de forskjellige forsikringene. Dette avgjøres av forsikringskontraktenes regulering av hva som dekkes under forsikringen, hvem som er sikret (sikrede)<sup>4</sup> og hvilken periode forsikringen gjelder for. Denne reguleringen omtales under punkt 2 nedenfor for eierskifteforsikringen og under punkt 3 for selgerens og kjøperens boligforsikring. En viktig problemstilling her er hvordan en skade/mangel skal fordeles over de to boligforsikringene.

Dersom flere av disse forsikringene dekker samme skade/mangel, er det *for det andre* spørsmål om hvordan ansvaret skal fordeles mellom disse. Dette reiser dels et spørsmål om selgeren eller kjøperen kan velge mellom de aktuelle forsikringene, dels et spørsmål om regress mellom selskapene. En oversikt over aktuelle regler om valgmulighet og regress gis i punkt 4 som grunnlag for drøftelse av forholdet mellom boligselgerforsikringen og selgerens boligforsikring i punkt 5 og boligselgerforsikringen og kjøperens boligforsikring i punkt 6.

---

<sup>1</sup> Forsikringen tar utgangspunkt i en utredning skrevet for Sparebank I 22.05.2012, men er vesentlig omarbeidet og utvidet.

<sup>2</sup> Denne forsikringen er tradisjonelt omtalt som «eierskifteforsikring», men i de siste vilkårssettene bruker man istedenfor «boligselgerforsikring». Her anvendes den nye terminologien fordi jeg mener den er mer treffende i forhold til hva dekningen omfatter.

<sup>3</sup> Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova), 1992/93.

<sup>4</sup> Den som etter forsikringsavtalen vil ha krav på erstatning eller forsikringssum, jf. forsikringsavtaleloven 1989/69 (fal.) § 1-2 bokstav c.

Dersom en megler eller en takstmann er involvert i boligtransaksjonen kan også meglere/takstmannen evt. holdes ansvarlig for en mangel ved eiendommen. Denne situasjonen behandles ikke i denne artikkelen.<sup>5</sup>

## 2 Boligselgerforsikring

Boligselgerforsikringen dekker selgerens ansvar for mangler etter avhendingsloven.<sup>6</sup> Normalt omfatter dette selgerens ansvar for prisavslag, heving og erstatning.<sup>7</sup> Etter noen vilkår omfattes også utgifter til utbedring.<sup>8</sup> Forsikringen tegnes av selgeren som forsikringstaker<sup>9</sup> og gjelder for selgeren av boligen,<sup>10</sup> men vilkårene sier normalt at selskapet har rett til å betale erstatningen direkte til kjøperen.<sup>11</sup> Den dekker derfor i likhet med en ansvarsforsikring forsikringstakerens ansvar overfor en tredjemann. I det følgende gis det først en oversikt over boligselgerforsikringens dekningsfelt med utgangspunkt i avhendingsloven som grunnlag for å kartlegge i hvilken utstrekning den vil overlape boligforsikringen. Deretter drøftes spørsmålet om hva slags forsikring boligselgerforsikringen er etter fal.

### 2.1 Boligselgerforsikringens dekningsfelt

Dekningsfeltet for boligselgerforsikringen er selgerens ansvar for mangler etter avhl. Ifølge avhendingsloven har eiendommen en mangel dersom den ikke er i samsvar med avtalens krav til kvalitet, utrustning og annet (§ 3-1). Det samme gjelder dersom kjøperen ikke har fått opplysning om omstendigheter ved eiendommen som selgeren kjente eller måtte kjenne til (§ 3-7) eller eiendommen ikke svarer til opplysning om eiendommen fra kjøperen eller i markedsføringen (§ 3-8). Bestemmelsene i § 3-7 og § 3-8 gjelder også hvis eiendommen er solgt «som den er». For øvrig vil det ved denne salgsbetingelsen foreligge en mangel dersom eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med ut fra kjøpesummen og forholdene for øvrig (§ 3-9).

---

<sup>5</sup> Jf. Rt-2008-1078 og Rt-2015-556, omtalt i Jan-Ove Færstad, Regressoppgjør i erstatningsrettslige klær: En kommentar til Høyesteretts avgjørelser referert i Rt-2008-1078 og Rt-2015-556, Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett 2016 (Færstad) s. 97-120.

<sup>6</sup> Lov om avhending av fast eiendom 1992/93 (avhendingsloven).

<sup>7</sup> Protector Forsikring Vilkår Boligselgerforsikring 1.1 2018 (Protector) punkt 3.1, Inter Hannover Vilkår Boligselgerforsikring 1.1. 2018 (Inter Hannover) punkt 3.1. Se nærmere Benestad Anderssen, Hva slags forsikring er eierskifteforsikringen? Tidsskrift for eiendomsrett 2009 (Benestad Anderssen), s. 217-218.

<sup>8</sup> AmTrust Europe Boligselgerforsikring Vilkår 1.1.2018 (AmTrust) punkt III. Se nærmere Benestad Anderssen s. 217-218.

<sup>9</sup> Den som inngår en individuell eller kollektiv forsikringsavtale med selskapet, jf. forsikringsavtaleloven 1989/69 (fal) § 1-2 bokstav b.

<sup>10</sup> For eks. Protector punkt 1.1, Inter Hannover punkt 1.1.

<sup>11</sup> For eks. Protector punkt 8.8, Inter Hannover punkt 5.7. Dersom forsikringen regnes som ansvarsforsikring, har kjøperen rett til direkte krav mot forsikringsselskapet etter fal. § 7-6. Regnes forsikringen som annen type skadeforsikring må kjøperen evt. regnes som medforsikret etter fal. § 7-1 annet ledd. Se nærmere Benestad Anderssen s. 215.

Spørsmålet om boligen har en mangel avgjøres på det tidspunktet risikoen for boligen etter § 2-4 eller etter avtalen går over på kjøperen (§ 3-1 nr. 2), som ifølge § 2-4 nr. 2 er når kjøperen overtar bruken av eiendommen.<sup>12</sup> Kjøperen har risikoen for skader som inntreffer etter risikoovergangen (§ 2-4 nr. 1), mens selgeren har risikoen for endringer i boligens tilstand mellom avtaletidspunktet og overtagelsestidspunktet. Dette gjelder også når eiendommen er solgt som den er, jf. HR-2017-345-A, hvor selgeren ble holdt ansvarlig for fuktskader som oppsto mellom besiktelsen og overtagelsen.

Ifølge avhl. § 3-1 nr. 2 andre punktum kan det «vere ein mangel endå om ein feil fyrst viser seg seinare». Dette er særlig relevant for skjulte mangler, hvor det kan gå lang tid før mangelen oppdages.<sup>13</sup> I Rt-2008-963 Rottedommen ble angrep av rotter oppdaget 3-4 år etter overtakelsen av boligen. Spørsmålet om det foreligger en mangel skal likevel avgjøres på oppdagelsestidspunktet.<sup>14</sup>

Ifølge avhl. § 3-1 nr. 3 er selgeren også ansvarlig om det oppstår en mangel senere pga. selgerens avtalebrudd. Det samme gjelder dersom selgeren ved garanti eller på annen måte har påtatt seg risikoen for egenskaper ved boligen frem til et senere tidspunkt.

Det følger av reglene i § 3-1 nr. 2 annet punktum og § 3-1 nr. 3 at selgeren kan bli ansvarlig for omfattende følgeskader som mangel etter avhl.. Hvis f.eks. en bygningsmessig svakhet som er til stede ved overtakelsen senere får omfattende skadefølger i form av stormskader eller huset brenner som følge av feil ved det elektriske anlegget, vil dette utgjøre mangler selgeren hefter for.<sup>15</sup> Det samme gjelder hvis en risiko selgeren skulle ha opplyst om etter avhl. § 3-7 og § 3-8 materialiserer seg i form av en senere skade.<sup>16</sup>

Hvis det foreligger en mangel etter avhendingsloven, dekker boligselgerforsikringen selgerens ansvar for prisavslag, heving og erstatning, evt. også kostnader til retting. Hvis kjøpet heves er det ikke aktuelt å dekke noen skade slik at man får overlapping til en boligforsikring. I vår sammenheng er det derfor dekning for utgifter til retting, prisavslag og erstatning som har interesse. Etter avhl. § 4-10 har selgeren på visse vilkår rett til å utbedre mangler. Hvis utbedringen er vellykket, har kjøperen ikke ytterligere krav mot selgeren. Hvis utbedringen bare reduserer omfanget av mangelen, har kjøperen fremdeles de øvrige misligholdsbeføyelsene i behold. Etter avhl. § 4-12 nr. 1 kan kjøperen kreve et forholdsmessig prisavslag ved mangel. Dette innebærer at kjøpesummen skal reduseres med samme prosent som eiendommens verdi reduseres pga. mangelen.<sup>17</sup> Prisavslaget skal ifølge

---

<sup>12</sup> Trygve Bergsåker, Kjøp av fast eiendom, 5 utg. 2013, s. 240.

<sup>13</sup> Bergsåker s. 241.

<sup>14</sup> Rt-2008-963 Rottedommen og Bergsåker s. 240-241.

<sup>15</sup> Bergsåker s. 243.

<sup>16</sup> Bergsåker s. 243.

<sup>17</sup> Bergsåker s. 384.

nr. 2 i utgangspunktet fastsettes til kostnadene ved å få mangelen rettet. Kostnader til utbedring og prisavslag vil i utgangspunktet medføre at mangelen restitueres. I tillegg har kjøperen etter avhl. § 4-14 som hovedregel rett til erstatning for annet enn indirekte tap på objektivt grunnlag. Ved skyld hos selgeren, hefter han for både direkte og indirekte tap.

Formålet med retting og prisavslag er i utgangspunktet å reparere mangelen, mens erstatning skal dekke følgeskader av mangelen.<sup>18</sup> Når mangelsbegrepet i avhl. omfatter skadefølger av en feil som forelå på overtagelsestidspunktet, kan det imidlertid bli en smaksak om man formulerer kravet som et krav om prisavslag eller et erstatningskrav.<sup>19</sup> Høyesterett har også lagt til grunn at et krav om erstatning må anses identisk med et krav om prisavslag for samme mangel i forhold til avbrytelse av foreldelse<sup>20</sup> og spørsmålet om kravet var rettskraftig avgjort.<sup>21</sup>

## 2.2 Hva slags forsikring er boligselgerforsikringen?

Fal. § 1-1 opererer med kategoriene «forsikring mot skade på eller tap av ting, rettigheter eller andre fordeler, forsikring mot erstatningsansvar eller kostnader, og annen forsikring som ikke er personforsikring». Enkelte lovforarbeider omtaler boligselgerforsikring som en ansvarsforsikring,<sup>22</sup> og også Høyesterett synes å legge til grunn at slik forsikring er å anse som en ansvarsforsikring.<sup>23</sup> I juridisk teori har boligselgerforsikringen blitt omtalt som et eksempel på en forsikring som ikke kaller seg ansvarsforsikring, men som har sterke likhetspunkter med en slik forsikring.<sup>24</sup> Samtidig er det stilt spørsmål ved om denne karakteristikken er treffende, og om det heller dreier seg om en forsikring som har likhetstrekk med ansvarsforsikring, interesseforsikring og kausjonsforsikring.<sup>25</sup> Likevel synes den generelle konklusjonen å være at det dreier seg om en ansvarsforsikring.<sup>26</sup>

Etter min mening er det verken nødvendig eller hensiktsmessig å anvende en generell karakteristikk på en forsikring som inneholder forskjellige dekningselementer. Hvor det er spørsmål om en lovbestemmelse kommer til anvendelse bør man heller se bestemmelsen i forhold til det dekningselementet problemet gjelder. Det er klart at boligselgerforsikringen inneholder et element av ansvarsforsikring ved at den dekker selgerens erstatningsansvar for mangler overfor kjøperen etter avhl. § 4-14. Selv om de fleste ansvarsforsikringer inneholder

<sup>18</sup> Nærmere om forholdet mellom reglene Bergsåker s. 404 flg.

<sup>19</sup> Bjarte Askeland, Skadelidtes valgtrett, Norsk Forsikringsjuridisk forenings Publikasjoner nr. 82 (Askeland 2005) s. 17 omtaler dette slik at «betaling av prisavslag er kompensasjonsrelevant for erstatningsutbetalingen».

<sup>20</sup> Rt-2006-983, Bergsåker s. 394.

<sup>21</sup> Rt-2012-1138, Bergsåker s. 394. Se også Rt-2009-286.

<sup>22</sup> NOU 2008:20 s. 69 og NOU 2009:6 s.19.

<sup>23</sup> Se Rt-2008-1078, avsnitt 33.1 Rt-2015-556, avsnitt 58 er Høyesterett mer uklar, men avviser ikke at eierskifteforsikringen må kunne ansees som en ansvarsforsikring.

<sup>24</sup> Se Hans Jacob Bull, Forsikringsrett, Oslo 2008 (Bull), s. 547

<sup>25</sup> Benestad Anderssen, s. 214-238.

<sup>26</sup> Se Benestad Anderssen s. 236, Førstad s. 118.

unntak for kontraktsansvar,<sup>27</sup> kan dette ikke være avgjørende i forhold til kategorisering av produktet som ansvarsforsikring. Ansvar for prisavslag, heving og evt. retting er derimot utenfor en ordinær ansvarsforsikring selv om et erstatningsbeløp kan brukes til å dekke utbedringskostnader slik at erstatningen gjelder samme type utgifter. Likheten med ansvarsforsikring er først og fremst at selgerens betalingsplikt utløses av et krav fra tredjemann, men kravet er knyttet til en kontraktsrettslig misligholdsbeføyelse og ikke til et erstatningsansvar. Det kan derfor være like naturlig å se dette som «annen forsikring som ikke er personforsikring». Samtidig er det som nevnt nær sammenheng mellom prisavslag for mangler og erstatningskrav for den samme mangelen, slik at et krav om dekning for reparasjonsutgifter i mange tilfelle kan reises som et erstatningskrav. Reglene i avhl. medfører derfor at grensen mellom prisavslag og erstatning viskes ut, slik at mangelsbeføyelser trekkes inn i det tradisjonelle ansvarsbegrepet.

Erstatning og prisavslag/rettekostnader har også det fellestrekk at det påfører selgeren utgifter. Det er likevel en vesentlig forskjell mellom disse utgiftene. Karakteristisk for et erstatningskrav er at skadelidte lider et tap som skadevolder er ansvarlig for, slik at tapet blir liggende hos skadevolder. Utgifter til retting av en mangel eller et prisavslag reflekterer derimot at kjøperen har betalt en kjøpesum som er for høy og må reduseres for å kompensere for mangelen.<sup>28</sup> Den avtalte kjøpesummen har i så fall vært for høy i forhold til boligens tilstand, og prisavslag eller retting vil restituere balansen i avtaleforholdet.<sup>29</sup> For kjøpekontrakten er det derfor ikke naturlig å snakke om «tap» på selgerens hånd fordi situasjonen er at han må gi fra seg en berikelse han ikke hadde krav på.<sup>30</sup> Når boligselgerforsikringen dekker mangelskravet, får derfor selgeren beholde denne berikelsen.<sup>31</sup>

Dette resonnementet forutsetter likevel at mangelen faktisk ville redusere prisen på boligen tilsvarende prisavslaget og svikter dersom selgeren kunne solgt boligen til samme pris uavhengig av mangelen, samtidig som prisavslaget utmåles uavhengig av verdireduksjonen mangelen påfører kjøperen. En slik situasjon kan oppstå etter avhl. hvis prisavslaget etter § 4-12 nr. 2 utmåles til utgiftene ved å rette mangelen uavhengig av en evt. verdireduksjon. Det følger klart av Høyesterettspraksis at prisavslag er en objektiv misligholdsbeføyelse som skal gjenopprette kontraktbalansen, og ikke forutsetter at kjøperen har lidd noe tap i form av verdireduksjon.<sup>32</sup> I slike situasjoner er det kjøperne som får en gevinst fordi de får prisavslag

<sup>27</sup> Bull s. 29 og s. 541, se også Bergsåker s. 498.

<sup>28</sup> Askeland 2005 s. 14.

<sup>29</sup> Jan-Ove Færstad og Arnt E. Skjefstad, Prisavslag, erstatning og regress – selgers og meglers innbyrdes ansvar, Tidsskrift for erstatningsrett, 2008, (Færstad og Skjefstad) s. 155-156. Se også Askeland 2005 s. 2.

<sup>30</sup> Færstad s. 105-106, Færstad og Skjefstad, s. 155-156.

<sup>31</sup> Slik også Benestad Anderssen s. 225, Færstad s. 119.

<sup>32</sup> Rt-2010-1305, Rt-2010-1395, Bergsåker s. 384-385. Se også HR-2017-2102 A, hvor Høyesterett kom til at en boligutvikler som hadde betalt prisavslag til kjøperne hadde lidd et tap som i saken kunne kreves dekket av arkitekten pga. gale opplysninger om parkeringsareal. Avgjørelsen bygger på at boligutvikleren kunne solgt prosjektet til samme pris uavhengig av de gale opplysningene, samtidig som disse opplysningene

selv om boligens verdi er uberørt av mangelen. Forutsetter man derimot at boligen *ikke* kunne selges til samme pris med den aktuelle mangelen, representerer prisavslaget ikke noe tap for selgeren. Forsikring av prisavslaget vil derfor i motsetning til ordinær ansvarsforsikring enten gi selgeren eller kjøperen en gevinst i det underliggende kontraktsforholdet.

Ved anvendelsen av de forskjellige reglene om overlappende forsikringer i det følgende er det derfor etter min mening mer naturlig å se på karakteristiske trekk ved eierskiftforsikringen i forhold til de enkelte bestemmelsene enn å omtale denne forsikringen samlet som en «ansvarsforsikring».

### 3 Forsikring av bolig i en overdragelsessituasjon

#### 3.1 Innledning

Forsikring av bolig er i utgangspunktet en tingsskadeforsikring, dvs. en forsikring knyttet til interessen i gjenstandens objektive verdi.<sup>33</sup> Forsikringen omfatter i så fall skade på og tap av boligen.<sup>34</sup> Forsikringens dekningsfelt definerer hvilke farer forsikringen omfatter, hvordan disse farene må materialisere seg gjennom en skadevoldende begivenhet (forsikringstilfellet), og hvilke tap som dekkes.<sup>35</sup> Skader som skyldes farer utenfor forsikringens farefelt er ikke omfattet av forsikringen. En boligforsikring vil normalt dekke skade som følge av en del opplistede farer; brann, eksplosjon, rørledningsbrudd/vann, tyveri/hærverk og eventuelt et «kaskotillegg» for andre skader enn de som er listet opp og som inntreffer «plutselig og uforutsett».

Forholdet mellom boligforsikringen og boligselgerforsikringen reiser to problemer som må avklares før man ser på spørsmålet om sikredes valgmuligheter og regress mellom selskapene. For det første er det spørsmål om i hvilken utstrekning det generelt er overlapping mellom en skade som dekkes under en boligforsikring og en kjøpsrettslig mangel, jf. pkt. 3.2. Hvis det ikke er noen overlapping, blir det heller ikke spørsmål om noe valg. For det andre vil normalt både selgeren og kjøperen tegne boligforsikring. Spørsmålet blir derfor om det er selgerens eller kjøperens boligforsikring som overlapper boligselgerforsikringen og om det er situasjoner hvor det ikke blir noen overlapping.

#### 3.2 Overlapping mellom boligforsikringen og boligselgerforsikringen

---

påvirket den enkelte kjøpers inngåelse av avtalen. Med en slik forutsetning er det klart at boligutvikleren lider et tap ved å betale prisavslag.

<sup>33</sup> NOU 1987:24 s. 43.

<sup>34</sup> Bull s. 28.

<sup>35</sup> Bull s. 205 flg..

Boligforsikringen omfatter «skade», som er noe annet enn en kjøpsrettslig mangel. En kjøpsrettslig mangel fremkommer som nevnt gjennom et avvik mellom boligens avtalte egenskaper og boligens faktiske tilstand, jf. avhl. § 3-1 og ovenfor pkt. 2.1. Et slikt avvik kan gjelde enhver egenskap ved boligen, og behøver ikke være en skade. Overlapping mellom boligforsikringen og boligselgerforsikringen forutsetter derfor at mangelen utgjør en skade. Dette kan være tilfellet hvor boligen har en skade som selgeren hefter for når risikoen går over på kjøperen, eller hvor en mangel på overtagelsestidspunktet utvikler seg til en skade før den oppdages, eventuelt hvor selgeren som følge av kontraktsbrudd eller garanti er ansvarlig for en mangel/skade som utvikler seg senere.

Utgangspunktet for erstatningsberegningen er at sikrede skal ha hele sitt økonomiske tap erstattet, jf. fal. § 6-1. Utmålingen av forsikringsansvaret er regulert av detaljerte vilkår i avtalen. Ansvaret gjelder imidlertid kun reparasjon av selve skaden som er oppstått. En tingsskadeforsikring dekker ikke eventuelle tap som følge av skaden. Overlapping mellom boligforsikring og boligselgerforsikringen gjelder derfor i hovedsak prisavslag og rettekostnader, men også tilfeller hvor prisavslag formuleres som et krav om erstatning.

### **3.3 Forholdet mellom selgers og kjøpers boligforsikring og boligselgerforsikringen**

Hvis både selgeren og kjøperen har tegnet boligforsikring, vil man ved skader i en overdragelsessituasjon få spørsmål om periodisering, dvs. hvilken forsikring en skade skal henføres til. En grunnleggende forutsetning for ansvaret under en forsikring er at forsikringstilfellet som vilkår for selskapets ansvar inntreffer i forsikringsperioden.<sup>36</sup> Dette betyr at forsikringstilfeller som skjer i kjøperens forsikringsperiode skal henføres til kjøperens forsikring, mens forsikringstilfeller som skjer i selgerens forsikringsperiode skal henføres til hans forsikring. En forsikring opphører normalt ved eierskifte.

Fal. § 7-1 har imidlertid særlige regler om medforsikring ved eierskifte dersom kjøperen ikke har tegnet egen forsikring. I så fall vil kjøperen være medforsikret under selgerens forsikring. Bestemmelsen er ikke preseptorisk og kan fravikes ved avtale. Hvis det er avtalt at forsikringen opphører ved eierskifte, følger det av § 7-2 annet punktum at selskapet likevel er ansvarlig «for forsikringstilfeller som inntre innen fjorten dager etter eierskiftet».

Spørsmålet om hvem som har krav på erstatningen når kjøperen er medforsikret under selgerens forsikring avhenger av hvem som har den økonomiske interessen i den skaden som er oppstått. En forsikring omfatter i utgangspunktet bare sikredes økonomiske interesse i den forsikrede gjenstand.<sup>37</sup> I en avhendings situasjon vil den økonomiske interessen følge risikoens overgang etter avhl. § 3-1, jf. ovenfor pkt. 2.1. For medforsikring etter fal. § 7-2 har

---

<sup>36</sup> Bull s. 169, Knut Selmer, Forsikringsrett, 2 utg. 1982, s. 271.

<sup>37</sup> NOU 1987: 24 s. 118, Bull s. 437-438.

Høyesterett imidlertid lagt til grunn at den økonomiske risikoen ligger hos kjøperen allerede fra kontrakten er bindende.<sup>38</sup> Erstatning for skader som inntreffer før dette tidspunktet vil da tilfalle selgeren, men kjøperen kan kreve dekning for skader som inntreffer senere.

En skade som oppstår etter at kjøperen har overtatt den økonomiske risikoen for boligen kan utgjøre en mangel etter avhendingsloven dersom årsaken til skaden var en mangel ved boligen da kjøper overtok bruken eller skaden er en følge av kontraktsbrudd fra selger. I så fall får man overlapping mellom kjøperens boligforsikring/medforsikring under selgerens boligforsikring og boligselgerforsikringen. Et eksempel er skader som følge av mus eller andre skadedyr. En boligforsikring vil normalt dekke «skade» på bygningsdeler forårsaket av skadedyrene, men ikke det forhold at det er mus eller skadedyr i bygningen. Tilstedeværelsen av slike dyr kan derimot i seg selv utgjøre en kjøpsrettslig mangel. I slike tilfeller vil en skade på boligen etter at kjøperen har overtatt risikoen kunne utløse kjøperens boligforsikring om han har egen forsikring, selgerens boligforsikring hvis kjøperen er medforsikret, og boligselgerforsikringen. For enkelte skadeårsaker – f.eks. svikt i bærende bygningskonstruksjoner – kan forsikringsvilkårene også legge opp til en deling av skaden slik at skadeutvikling i selgerens forsikringsperiode dekkes under hans forsikring, mens skadeutvikling under kjøperens forsikringsperiode dekkes under hans.<sup>39</sup>

En skade som oppstår og oppdages mens selgeren har risikoen for boligen vil normalt gjøres opp på selgerens hånd og ikke få konsekvenser for overdragelsessituasjonen. En skade som oppstår før risikoovergang, men som først oppdages etter at risikoen er gått over på kjøperen, er mer problematisk. Det samme er tilfelle hvis en skade oppdages og repareres i selgerens risikoperiode, men reparasjonen var mislykket slik at skaden «gjenoppstår» eller videreutvikles etter at risikoen er gått over på kjøperen. Eksempler på slike skader er skader som følge av skadedyr (mus eller maur), råte og fukt eller andre skader som kan utvikle seg over tid, særlig i eldre hus, og hvor en reparasjon heller ikke alltid er vellykket.

I utgangspunktet tilsier forsikringsrettslige periodiseringsregler at skaden i disse tilfellene skal henføres til selgerens boligforsikring hvis skaden først inntraff mens han hadde risikoen for boligen. Når risikoen er gått over på kjøperen, har imidlertid ikke selgeren lenger noen økonomisk interesse i den forsikrede boligen som kan være gjenstand for forsikring. Han har derfor heller ikke noe krav på selskapet. Samtidig vil slike skader ikke være dekket under kjøperens forsikring fordi forsikringstilfellet oppsto før forsikringsperioden for kjøper begynte å løpe.<sup>40</sup> Dersom en slik skade ikke utgjør en mangel under kjøpekontrakten vil den være kjøperens risiko etter kjøpsavtalen, og han vil ikke ha krav på dekning for den. Tilsynelatende kommer kjøperen her i en uheldig situasjon fordi skaden så å si faller mellom to forsikringer. Men hvis skaden ikke representerer en kjøpsrettslig mangel betyr dette at

---

<sup>38</sup> Rt-2003-1300, se Bull s. 51-52.

<sup>39</sup> Se f.eks. If Bygningsforsikring BYG2-0, november 2015 A.1.6 nr. 2 annet ledd bokstav d.

<sup>40</sup> FinKN-2018-122, FinKN-2018-35.



skaderisikoen ligger innenfor det som er avtalt og som er reflektert i kjøpesummen. Dette blir også avgjørende for forsikringsdekningen.

Hvis skaden derimot representerer en kjøpsrettslig mangel, kan kjøperen reise et mangelskrav mot selgeren. I så fall er det naturlig å legge til grunn at selgeren får «tilbake» en økonomisk interesse i den solgte boligen tilsvarende mangelskravet, slik at han kan kreve dekning for skaden under sin boligforsikring i samme utstrekning som han må betale prisavslag. Dette kravet vil dekkes av boligforsikringen med mindre den har unntak for «krav i forbindelse med at en ny eier av boligen gjør gjeldende mangelskrav mot sikrede».<sup>41</sup> Med et slikt unntak vil selgeren og kjøperen være henvist til å kreve mangelen dekket under boligselgerforsikringen.

Det kan tenkes at selgeren og kjøperen forsøker å løse forsikringsspørsmålet ved at selgeren overdrar kravet mot sin boligforsikring til kjøperen. En slik overdragelse forutsetter at selgeren har et krav under sin forsikring som han kan overdra. Dersom skaden ikke utgjør noen mangel eller kjøperen ikke reiser noe mangelskrav, vil overdragelsen stanses av at selgeren ikke har noen økonomisk interesse i boligen.<sup>42</sup> Hvis skaden utgjør en kjøpsrettslig mangel, vil selgeren derimot ha en økonomisk interesse og et krav mot eget selskap som kan overdras, men en slik overdragelse kan stanses av et evt. unntak for krav i forbindelse med at kjøperen gjør gjeldende mangelskrav mot sikrede som nevnt ovenfor.

Samlet betyr dette at skader som oppsto mens selgeren hadde risikoen men som oppdages etter at kjøper har overtatt boligen i mange situasjoner enten vil være kjøperens risiko etter kjøpsavtalen, eller være unntatt fra selgerens boligforsikring fordi den utgjør en mangel og derfor bare dekningsmessig gjennom boligselgerforsikringen. I slike tilfeller blir det ikke spørsmål om valg mellom selskapene eller regress. Dersom skaden både dekkes under selgerens boligforsikring og hans boligselgerforsikring, evt. av kjøperens boligforsikring/medforsikring under selgerens boligforsikring og boligselgerforsikringen, er det imidlertid spørsmål om hvordan forholdet mellom disse er regulert.

## **4. Valgmulighet og regress – oversikt over regler og partsforhold**

### **4.1 Dobbeltforsikring**

Et mulig grunnlag for sikredes (kjøperen eller selgerens) valgmulighet og selskapenes regress er reglene om dobbeltforsikring i fal. § 6-3. Bestemmelsen er preseptorisk til fordel for sikrede, jf. fal § 1-3, og lyder som følger:

**§ 6-3.** (tapet dekkes av flere forsikringer)

---

<sup>41</sup> Se f.eks. Frende Vilkår for Bygningsforsikring 1.1.2016 pkt. 4.2.20, If Bygningsforsikring BYG2-0, november 2015, pkt. A og pkt. A.5.8.3.

<sup>42</sup> FinKN-2018-122, FinKN-2018-35.

Dekkes samme tap av flere forsikringer, kan sikrede velge hvilke forsikringer han eller hun vil bruke, inntil sikrede har fått den erstatning han eller hun i alt har krav på.

Er flere selskaper ansvarlige for sikredes tap etter første ledd, utliknes erstatningen forholdsmessig mellom selskapene etter omfanget av det enkelte selskaps ansvar for tapet, når ikke annet er avtalt mellom selskapene.

Det følger av første ledd at dersom det foreligger dobbeltforsikring, har sikrede rett til å velge hvilket selskap han vil reise kravet mot. Dobbeltforsikring skal imidlertid ikke medføre at sikrede får mer enn dekning for det tap han har lidt. Han kan derfor ikke kreve full dekning fra flere selskaper, men må nøye seg med erstatning etter de vilkårene som vil gi ham best erstatning.<sup>43</sup>

Dersom det foreligger dobbeltforsikring skal erstatningen utlignes forholdsmessig mellom selskapene etter omfanget av det enkelte selskapets ansvar for tapet, når ikke annet er avtalt mellom selskapene, jfr. bestemmelsens annet ledd. Dette betyr at det ikke spiller noen rolle for tapsfordelingen mellom selskapene om sikrede retter kravet mot boligforsikringen eller mot eierskifteforsikringen; tapet skal i regressomgangen fordeles mellom dem etter omfanget av deres respektive ansvar.

Bestemmelsen forutsetter at det er samme «sikrede» som har rett til dekning under begge forsikringer.<sup>44</sup> Den gjelder derfor ikke en situasjon hvor boligselgerforsikringen med selgeren som sikret overlapper kjøperens boligforsikring hvor kjøper er «sikrede», og heller ikke hvor boligselgerforsikringen overlapper selgerens boligforsikring hvis kravet tilkommer kjøper som medforsikret. Dette gjelder selv om kjøperen skulle ha et direkte krav mot boligselgerforsikringen etter fal. § 7-6.<sup>45</sup> Spørsmålet blir derfor om bestemmelsen kan anvendes ved overlapping mellom selgerens boligforsikring og hans boligselgerforsikring, jf. 5.1 nedenfor.

## 4.2 Kanalisering etter skl. § 4-2 jf. § 4-3

En alternativ regulering av forholdet mellom dekningene er skadeerstatningsloven<sup>46</sup> § 4-2 jf. § 4-3 om skadevolderens og ansvarsforsikringens stilling når skaden kan kreves dekket under en forsikring mot tingsskade og annen formueskade. Dersom det foreligger en mangel som er dekket under boligselgerforsikringen og denne mangelen også utgjør en skade som kan dekkes under enten selgerens eller kjøperens boligforsikring, er det spørsmål om disse reglene kommer til anvendelse. Reglene lyder som følger:

**§ 4-2.** (skadevolderens stilling når skaden er dekket ved forsikring)

<sup>43</sup> jfr. NOU 1987:24 s. 121.

<sup>44</sup> Jf. Bull s. 459, Brynildsen, Lid, Nygård, Forsikringsavtaleloven med kommentarer, Oslo 2014 (Brynildsen, Lid, Nygård), s. 229.

<sup>45</sup> Slik Bull s. 462 og Brynildsen, Lid, Nygård s. 230 for overlapping mellom skadelidtes tingsforsikring og skadevolderens ansvarsforsikring generelt.

<sup>46</sup> Lov om skadeserstatning 1969/26.

I det omfanget det er på det rene at en skade kan kreves dekket av forsikring for tingskade eller annen formuesskade, kan den skadelidte bare gjøre gjeldende sitt erstatningskrav mot den ansvarlige skadevolder dersom skaden er voldt:

- a. ved forsett eller grov uaktsomhet av den ansvarlige selv, eller
- b. i hans yrke, ervervsvirksomhet eller dermed likestilt virksomhet.

§ 4-3. (forsikringsselskapets regress for utbetalt erstatning)

I den utstrekning selskapet ved forsikring for tingskade eller annen formuesskade har betalt erstatning til skadelidte, kan det kreve regress hos den ansvarlige skadevolder så langt skadelidte kunne ha krevd erstatning hos skadevolderen etter § 4-2.

Bestemmelsen i § 4-2 gjelder forholdet mellom en skadevolder og en skadelidt når kravet er dekket av en tingforsikring, og ikke forholdet mellom to forsikringsselskaper. Konsekvensen av at skadelidte ikke kan gå på skadevolder, er imidlertid at skadelidte heller ikke kan gå på skadevolderens forsikring, men må forholde seg til tingforsikringselskapet. Hvis bestemmelsen kommer til anvendelse på forholdet mellom selgerens og/eller kjøperens boligforsikring og boligselgerforsikringen blir derfor resultatet at kjøperen ikke kan reise et mangelskrav etter avhendingsloven mot boligselgerforsikringen dersom kravet er dekket av en boligforsikring. Samtidig følger det av § 4-3 at en tingskadeforsikring som har dekket skadelidtes tap ikke kan kreve regress dersom tapet etter § 4-2 er kanalisert til tingskadeforsikringen.

Bestemmelsene kommer ikke til anvendelse på forholdet mellom selgerens boligforsikring (med selger som sikrede) og boligselgerforsikringen. Begge bestemmelser gjelder den situasjonen at «skadelidte» har tegnet en tingsskadeforsikring som dekker skade som er voldt av «en ansvarlig skadevolder», og det følger av forarbeidene at § 4-2 gjelder en tingforsikring på skadelidtes – her kjøperens - hånd.<sup>47</sup>

Derimot er det spørsmål om bestemmelsene kommer til anvendelse på forholdet mellom boligselgerforsikringen og kjøperens boligforsikring (som også omfatter medforsikring under selgerens boligforsikring). Dette behandles under 6.1 nedenfor.

### 4.3 Avtalefestet subsidiaritet og subrogasjon

Spørsmålet om valgtrett og regressmulighet kan også være regulert i vilkårene gjennom klausuler om subsidiaritet og subrogasjon. En subsidiaritetsklausul medfører at sikrede må henvende seg til det selskapet som ikke har den subsidiære dekningen. Sikrede får dekning fra dette selskapet, og det blir ikke tale om regress. En subrogasjonsklausul betyr at selskapet betaler erstatning til sikrede, men trer inn i sikredes krav mot en tredjemann som evt. er ansvarlig for tapet.

---

<sup>47</sup> NOU 1977:33 s. 23, s. 29 og punkt 7, s. 47-48. Løsningen synes også forutsatt i HR-2016-901-A avsnitt 38.

Hvis klausuler om subsidiaritet og regress gjelder mellom boligselgerforsikringen og selgerens boligforsikring, er det spørsmål om slike klausuler er gyldige i forhold til fal. § 6-3 om dobbeltforsikring, og evt. hvor langt de rekker. Dette behandles under 5.2.

Gjelder slike klausuler mellom boligselgerforsikringen og kjøperens boligforsikring (inkludert medforsikring under selgerens boligforsikring), må de vurderes med utgangspunkt i skl. § 4-2 jf. § 4-3. Dette omtales under 6.2.

#### **4.4 Andre grunnlag for valg av forsikringsdekning og regressadgang**

I den utstrekning forholdet mellom boligselgerforsikringen og selgerens og kjøperens boligforsikring ikke er regulert gjennom de reglene eller klausulene som er omhandlet i 4.1-4.3 ovenfor, er det spørsmål om det finnes andre grunnlag for valg av forsikring og regress mellom selskapene. Avgjørende for spørsmålet om valg av forsikring blir da hvem som har rett til erstatning under de forskjellige avtalene, mens spørsmålet om evt. regress må avgjøres etter alminnelige rettsregler om regress mellom solidarskyldnere med utgangspunkt i skl. § 5-3. Også dette spørsmålet må drøftes separat for forholdet mellom boligselgerforsikringen og hhv. kjøperens og selgerens boligforsikring, jf. 5.4 og 6.4 nedenfor.

## **5 Boligselgerforsikringen og selgerens boligforsikring**

### **5.1 FAL § 6-3 om dobbeltforsikring**

FAL § 6-3 kommer til anvendelse dersom de to forsikringene dekker «samme tap». Det må derfor foreligge et «tap» som dekkes to ganger. Under selgerens boligforsikring foreligger en skade som fører til et tap i form av reparasjonskostnader. Som nevnt ovenfor i punkt 2.2 er det imidlertid et spørsmål om det er riktig å si at boligselgerforsikringen dekker et «tap» på selgerens hånd. Forsikringen dekker et prisavslag eller rette utgifter for en mangel som er selgerens risiko etter kjøpekontrakten og som betyr at den avtalte kjøpesummen var for høy hvis man forutsetter at prisavslaget medfører en reduksjon i kjøpesummen. Når selgeren får dekning for mangelen oppnår han i så fall en gevinst under denne forsikringen. I slike tilfelle er det ikke naturlig å snakke om «samme tap». Hvis selgeren kunne solgt boligen til samme pris uavhengig av mangelen vil derimot prisavslaget utgjøre et tap for selgeren.

Begrepet «tap» refererer i utgangspunktet til et økonomisk beløp og ikke til årsaken til tapet. Begrepet «dobbeltforsikring» forutsetter imidlertid at dekning to ganger gir sikrede en gevinst, og dette betyr at det økonomiske beløpet må være knyttet til samme skade eller forsikringstilfelle. Under boligforsikringen er det skaden i seg selv som utløser selskapets ansvar. Boligselgerforsikringen er derimot ikke knyttet til skaden, men til mangelen.

Grunnlaget for tapet er derfor forskjellig. Dette tilsier også at det ikke foreligger «samme tap».

Formuleringen «samme tap» forutsetter også at det er samme person som har krav på erstatningsbeløpet, sml. utgangspunktet om at bestemmelsen gjelder for flere forsikringer hos samme «sikrede». Selgeren er forsikringstaker og sikret under sin boligforsikring. Dette betyr at han har krav på erstatningen. Selgeren er også forsikringstaker og sikret under boligselgerforsikringen, men det er kjøperen som har krav på prisavslaget, og selskapet kan etter vilkårene gjøre opp direkte overfor kjøperen. Hvis man ser boligselgerforsikringen som ansvarsforsikring i forhold til fal. § 7-6 har kjøperen et direkte krav mot forsikringen og erstatningen tilkommer ham. Selskapet kan i så fall ikke betale til selgeren med befriende virkning. Det tilsier også at det ikke dreier seg om «samme tap».

At begrepet «samme tap» må tolkes slik at det refererer til samme skade/forsikringstilfelle hos samme person støttes av reglens forhistorie. Fal. 1930 § 41 og § 42 om dobbeltforsikring gjaldt dersom «en interesse» var «forsikret mot samme fare i flere selskaper». Begrepet «interesse» i forsikringsretten har sin bakgrunn i en tanke om at gjenstanden for forsikring ikke var det objektet som ble forsikret, men forsikringstagerens økonomiske interesse i gjenstanden.<sup>48</sup> Interessebegrepet ble brukt til å sondre mellom forskjellige typer av interesse i samme gjenstand, hovedsakelig en sontring mellom gjenstandens objektive kapitalverdi og inntjeningsinteressen.<sup>49</sup> I forhold til ansvarsforsikring var interesseterminologien mindre treffende, men det var enighet om at dette var en annen økonomisk interesse enn kapitalinteressen og inntektsinteressen.<sup>50</sup> Interessebegrepet ble også brukt til å sondre mellom forskjellige personers interesse i samme gjenstand, f.eks. ved medforsikring av medeier eller panthaver.<sup>51</sup>

Fal. 1989 gikk bort fra bruken av ordet interesse som gjenstand for forsikring fordi interesseterminologien ikke passer like godt i alle former for skadeforsikring.<sup>52</sup> Loven bruker derfor istedenfor «interesse» formuleringen «tap». I utgangspunktet er dette imidlertid to forskjellige begrep. Et «tap» refererer som nevnt til en økonomisk verdi uten at man sier noe om hva tapet skal referere til, mens interessebegrepet sier noe om grunnlaget for tapet og hvem det rammer. Endringen i ordlyden tilsier derfor at man utvider området for hva som utgjør dobbeltforsikring. En slik tolkning er også nærliggende fordi reglene om dobbeltforsikring i utgangspunktet ikke gjaldt for ansvarsforsikring,<sup>53</sup> hvor interesseterminologien er anstrengt. Reglene gjaldt først og fremst for tingsskade, hvor interesseterminologien er treffende. På den annen side sier man i forarbeidene at<sup>54</sup>

<sup>48</sup> Selmer s. 74 flg., Bull s. 433, NOU 1987:24 kap. 6.2.1.

<sup>49</sup> Selmer s. 75.

<sup>50</sup> Selmer s. 75-76, Bull s. 434.

<sup>51</sup> Selmer s. 75, Bull s. 433.

<sup>52</sup> NOU 1987:24 s. 118 med referanse til Selmer, Forsikringsrett, 1982, s. 75-76, Bull s. 434.

<sup>53</sup> Selmer s. 104-105.

<sup>54</sup> NOU 1987:24 s. 128.

«Etter første ledd kan sikrede velge hvilken forsikring han vil benytte, dersom tapet dekkes av flere forsikringer. Dette stemmer med FAL § 41. FAL § 41 gjelder imidlertid bare når forsikringene er tegnet i forskjellige selskaper, mens utkastet også regulerer dobbelforsikring i ett og samme selskap».

Dersom formuleringen «tap» var ment å innebære en realitetsendring, hadde det vært naturlig å si noe om dette her.

I litteraturen er det også lagt til grunn at det ikke foreligger dobbeltforsikring «dersom den ene omfatter sikredes formuesinteresse i forsikringsgjenstanden, mens den andre dekker inntektsinteressen eller gir dekning mot ansvar».<sup>55</sup>

Boligforsikringen er en tingskadeforsikring som dekker sikredes objektive interesse knyttet til skade på eller tap av boligen. Erstatningsoppgjøret er regulert i vilkårene og tar utgangspunktet i gjenanskaffelse eller reparasjon av den aktuelle gjenstanden. Boligselgerforsikringen inneholder som nevnt under punkt 2 et element av ansvarsforsikring, som er en annen interesse enn den objektive interessen i gjenstandens verdi, men dette elementet kommer ikke inn her. Den relevante delen av eierskifteforsikringen i vår sammenheng er prisavslag eller rette kostnader som følge av en mangel. Dette dekningselementet har mer karakter av en kontraktsrettslig garantiforsikring eller forsikring mot utgifter knyttet til mislighold av en avtale, som er en annen økonomisk interesse enn interessen i gjenstandens formuesverdi ved at den blir skadet eller tapt. Med andre ord; det er ikke skaden i seg selv som er forsikret, men det forhold at skaden representerer en mangel etter salgsavtalen, og denne interessen tilfaller kjøperen, ikke selgeren. Ut fra et interesseperspektiv taler dette for at det ikke foreligger dobbeltforsikring.

Hensikten med FAL § 6-3 er ifølge forarbeidene å unngå subsidiaritetsklausuler.<sup>56</sup> Slike klausuler kan være ulikt formulert, men det sentrale er at sikrede bare kan gjøre krav gjeldende under vedkommende forsikring dersom han ikke får dekning under en annen forsikring som han har tegnet.<sup>57</sup> En slik klausul er ikke gyldig etter § 6-3, som klart uttrykker at dersom forsikringene dekker «samme tap» skal sikrede kunne velge.<sup>58</sup> Hvis man kommer til at en kombinasjon av selgerens boligforsikring og boligselgerforsikringen ikke utgjør dobbeltforsikring står derimot selskapene fritt til å avskjære sikredes valgmulighet. Det sentrale for sikrede må likevel være at han får full dekning for sitt tap, og det er derfor vanskelig å se at hensynet til sikrede skal tilsi at det foreligger dobbeltforsikring.

Hvis det ikke foreligger dobbeltforsikring, vil fal. § 6-3 annet ledd heller ikke gi hjemmel for regress mellom selskapene dersom sikrede henvender seg til ett selskap og får dekning der.

<sup>55</sup> Bull s. 459. Slik også Brynildsen, Lid, Nygård s. 229.

<sup>56</sup> NOU 1987:24 s. 122.

<sup>57</sup> Jf. Bull s. 462.

<sup>58</sup> Jf. også Ot prp. nr. 49 (1988-1989) s. 75.

Uten annen regresshjæmmel vil dekningen i så fall bli der sikrede plasserer den. I utgangspunktet er det uheldig at sikredes valg på denne måten blir avgjørende for hvilket selskap som skal dekke skaden. Begge selskap har imidlertid mottatt premie for å dekke skaden og resultatet fremstår derfor ikke som urimelig. Selskapet kan også unngå denne situasjonen gjennom å avtale subsidiaritet eller subrogasjon, jf. nedenfor.

Boligforsikringselskapet kan også unngå denne situasjonen ved å unnta krav som er knyttet til en mangel ved salg av boligen.

Etter min mening representerer overlapping mellom boligselgerforsikringen og selgerens boligforsikring etter dette ikke dobbeltforsikring. Uten avklaring i rettspraksis er imidlertid resultatet usikkert.

## 5.2 Avtalefestet subsidiaritet og subrogasjon

### 5.2.1 Forholdet til fal. § 6-3

Hvis man kommer til at boligselgerforsikringen og selgerens boligforsikring dekker «samme tap» slik at det foreligger dobbeltforsikring, følger det av drøftelsen ovenfor at en subsidiaritetsklausul vil være ugyldig i begge forsikringene. Er man utenfor dobbeltforsikringsreglene, er klausulen derimot gyldig.

Forholdet mellom fal. § 6-3 og en subrogasjonsklausul er mer komplisert. Det fremgår av § 6-3 at selskapene er frie til å bestemme avvikende regressoppgjør mellom selskapene. Her dreier det seg imidlertid ikke om en avtale mellom selskapene, men en avtale mellom selskap A og selger/sikrede om at selger/sikrede overfører sitt krav mot et annet selskap B til A. En slik avtale fratrar selskap B en rettighet som B evt. har overfor A etter fal. Jeg kan vanskelig se at fal. § 6-3 åpner for at A skal kunne regulere regressoppjøret med et annet selskap B ensidig gjennom forsikringsavtalen med egen kunde. En slik tolkning støttes også av forarbeidene, hvor det heter at:<sup>59</sup>

«Selskapene kan seg imellom avtale at regressoppjøret skal skje på annen måte enn den lovbestemte. Derimot kan ikke lovens regel om regressoppgjør fravikes i den enkelte forsikringsavtale».

Dersom det foreligger dobbeltforsikring, må det etter dette foretas et etteroppgjør mellom selskapene i tråd med regelen i FAL § 6-3. En subrogasjonsklausul er derfor bare gyldig dersom reglene om dobbeltforsikring ikke gjelder.

### 5.2.2 Subsidiaritetsklausuler

Ut fra konklusjonen under 5.1 kan selgerens boligforsikring antagelig gjøres subsidiær til boligselgerforsikringen, men slike klausuler er ikke vanlige. Noen selskaper har isteden valgt

<sup>59</sup> NOU 1987:24 s. 128.

å unnta tap som følge av mangelskrav som rettes mot sikrede. Heller ikke i boligselgerforsikringen er slike klausuler vanlige, men ett selskap har inntatt følgende klausul:<sup>60</sup>

«Annen forsikring

Dersom et krav fremsettes under boligselgerforsikringen, og

- i) det dreier seg om en skade som normalt dekkes av boligeiendommens forsikring, eller det foreligger annen forsikring som ville ha dekket forholdet dersom det ikke hadde vært boligselgerforsikring, eller
- ii) sikrede har krav på lovbestemt erstatning/kompensasjon som helt eller delvis ville ha dekket forholdet,

skal boligselgerforsikringen være begrenset til det beløp som overstiger dekningen fra annen forsikring eller erstatning, og skal ikke samkjøres med disse».

Klausulen medfører at boligselgerforsikringen er subsidiær til selgerens boligforsikring, slik at selgeren om han har boligforsikring er avskåret fra å kreve tapet dekket under boligselgerforsikringen. Klausulen går imidlertid lenger; den gjelder selv om selgeren ikke har boligforsikring såfremt skaden «normalt dekkes av boligeiendommens forsikring». En selger uten boligforsikring risikerer derfor at skaden ikke er dekket i det hele tatt. Dette må regnes som en vesentlig begrensning i dekningen og forutsetter i det minste at boligselgerforsikringsselskapet informerer klart om konsekvensene av ikke å tegne boligforsikring, jf. fal. § 2-1. Klausulen reiser også et problem i forhold til unntaket i noen boligforsikringer knyttet til krav i forbindelse med at kjøper reiser mangelskrav mot sikrede. Kan man da si at slike skader «normalt dekkes av boligeiendommens forsikring»?

Hvis også selgerens boligforsikring har en subsidiaritetsklausul, blir resultatet at sikrede blir stående uten dekning til tross for at det er betalt premie for to forsikringer, og dette er ikke en akseptabel løsning. I en situasjon hvor begge selskaper har forbeholdt seg subsidiaritet, er den naturlige løsningen at man faller tilbake på utgangspunktet i fal. § 6-3 om dobbeltforsikring, jf. løsningen i FAL 1930 § 43 og Nordisk Sjøforsikringsplan 2013 versjon 2016 § 2-6 tredje ledd.<sup>61</sup>

### 5.2.3 Subrogasjonsklausuler

Subrogasjonsklausuler er heller ikke vanlige i boligforsikring, men brukes i boligselgerforsikring:<sup>62</sup>

«Dersom selger kan kreve at tredjemann erstatter tapet trer selskapet ved forsikringsutbetalingen inn i selgers rett mot tredjemann. Selger skal gjøre det som er nødvendig for å sikre kravet mot tredjemann inntil selskapet selv kan ivareta sin tarv».

<sup>60</sup> AmTrust punkt V, 2.

<sup>61</sup> Slik også Brynildsen, Lid, Nygård s. 230. Dette var også lovutvalgets forslag for næringsforsikring, hvor man foreslo at det var anledning til subsidiaritetsklausuler, men slik at dobbeltforsikringsreglene slo inn om flere selskaper benyttet slike klausuler, jf. NOU 1987:24 kap. 6 til § 6-3.

<sup>62</sup> Protector punkt 89, Inter Hannover punkt 6.3.



Klausulen sier at selgeren overfører sin dekningsrett mot tredjemann til selskapet såfremt han «kan kreve at tredjemann erstatter tapet». Formuleringen dekker klart den situasjonen at «tredjemann» er ansvarlig for tapet etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Dette er også den normalsituasjonen slike klausuler tar sikte på.

Formuleringen er imidlertid vid nok til også å omfatte en tingsskadeforsikring på selgerens hånd. Et boligforsikringsselskap må regnes som «tredjemann» når man tar utgangspunkt i forholdet mellom selgeren og hans boligselgerforsikring.

Forutsetningen for subrogasjon er videre at tredjemann har plikt til å «erstatte» tapet. Rent språklig brukes formuleringen «erstatte» først og fremst om erstatning etter erstatningsrettslige regler. Man kan imidlertid også si at et forsikringsselskap «erstatte» sikredes tap under en tingsskadeforsikring. Klausulen oppstiller ikke noe krav om grunnlaget for at tredjemann er erstatningspliktig. Antagelig må det derfor aksepteres at retten til subrogasjon omfatter selgerens krav mot egen boligforsikring. Såfremt det «tapet» kjøperen krever dekket etter avhendingsloven og boligselgerforsikringen også omfattes av selgerens boligforsikring, vil derfor boligselgerforsikringen etter ordlyden tre inn i selgerens krav mot boligforsikringen.

Det er imidlertid først ved «forsikringsutbetalingen» at boligselgerforsikringens krav mot «tredjemann» oppstår. Boligselgerforsikringen kan ikke med utgangspunkt i denne klausulen henvise kjøperen til å gjøre noe direkte krav gjeldende mot selgerens boligforsikring, og heller ikke selv gjøre gjeldende et slikt direkte krav. Boligselgerforsikringen må betale ut det aktuelle beløpet til kjøperen, og deretter kreve regress hos selgerens boligforsikring.

I en sak i Oslo tingrett hvor boligselgerforsikringen krevde regress mot boligforsikringen for museskader på grunnlag av denne klausulen kom tingretten til at den «ikke burde legge nevneverdig selvstendig vekt på» klausulen.<sup>63</sup> Grunnen var at i «motsatt fall ville en slik klausul ventelig inntas i alle selskapers forsikringsvilkår uten videre, og vi ville vært like langt – eller kort – i regressomgangen». Det er vanskelig å se grunnlaget for å sette til side en avtalt subrogasjonsklausul med mindre den er i strid med fal. § 6-3 annet ledd eller andre preseptoriske regler.<sup>64</sup> Hvis flere selskaper inntar slike klausuler, er det mer naturlig å anvende bestemmelsen om dobbeltforsikring analogisk i regressomgangen.<sup>65</sup>

### **5.3 Andre grunnlag for sikredes valgrett og mulig regress**

Hvis man forutsetter at det ikke foreligger dobbeltforsikring slik at solidaransvar og regress følger av fal. § 6-3, og det ikke er inntatt noen subsidiaritets- eller regressklausul, er det til

---

<sup>63</sup> 15-092357TVI-OTIR/03

<sup>64</sup> Tingretten viser til drøftelsen i Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2011, s. 720-22, men det er vanskelig å se at denne gir noe grunnlag for en slik tilsidesettelse.

<sup>65</sup> Dette er løsningen som er valgt i Nordisk Sjøforsikringsplan § 2-7.

slutt spørsmål om det er andre grunnlag for at sikrede kan velge forsikring og evt. regress mellom selskapene. Dette reiser spørsmål om hvem som har rett til å reise krav mot de to forsikringene og dernest om det er noe grunnlag for regress.

### 5.3.1 Retten til å reise krav mot selgerens forsikringer

Hvis boligselgerforsikringen og selgerens boligforsikring dekker samme mangel/skade, kan selgeren velge å kreve skaden dekket av boligforsikringen. I den utstrekning erstatningen brukes til å dekke prisavslaget eller rettekostnadene, har kjøperen ikke lidd noe tap og har ikke noe krav som kan kreves dekket under boligselgerforsikringen.<sup>66</sup> Tapet blir i så fall i første omgang liggende hos selgerens boligforsikring.

Selgeren kan også som sikret velge å kreve skaden dekket under boligselgerforsikringen.<sup>67</sup> Denne retten stoppes imidlertid av vilkårene, som sier at selskapet kan gjøre opp direkte overfor kjøperen.<sup>68</sup> Ser man boligselgerforsikringen som ansvarsforsikring, gjelder også fal. § 7-6 om at kjøperen har et direkte krav mot forsikringen. Selskapet kan i så fall ikke betale til selgeren med befriende virkning.<sup>69</sup> Dette betyr at selgeren i realiteten er avskåret fra å kreve dekning hos eierskiftforsikringen.<sup>70</sup>

Om kjøperen allerede har fått dekning fra selgeren gjennom boligforsikringen, har kjøperen ikke lidd noe tap, og har ikke noe krav mot boligselgerforsikringen. Og om boligselgerforsikringen dekker kjøperens tap først, bortfaller mangelskravet og selgerens krav mot boligforsikringen.

Samlet betyr dette at selgeren kan velge å kreve dekning hos boligforsikringen og kjøperen kan velge å kreve dekning hos boligselgerforsikringen, men tapet skal bare dekkes en gang.

Spørsmålet blir så om den forsikringen som har gjort opp skaden først har krav på regress mot den andre forsikringen, evt. hvordan man skal fordele et krav om tilbakebetaling om selgeren eller kjøperen blir sittende med en gevinst fordi begge selskapene har betalt.

### 5.3.2 Regress spørsmålet

Utgangspunktet er at den som har dekket en annens forpliktelse har rett til å kreve regress hos denne uten særlig hjemmel.<sup>71</sup> I dette tilfellet har imidlertid forsikringsselskapene dekket sin

---

<sup>66</sup> HR-2016-901-A, hvor Høyesterett kom til at utbetaling under boligsameiets bygningsforsikring (selger) måtte trekkes fra selgerens ansvar etter avhendingsloven, som var dekket under en boligselgerforsikring.

<sup>67</sup> For eks. Protector punkt 1.1, Inter Hannover punkt 1.1.

<sup>68</sup> For eks. Protector punkt 8.8, Inter Hannover punkt 5.7.

<sup>69</sup> Bull s. 546.

<sup>70</sup> Jeg ser her bort fra den situasjonen at kjøperen krever dekning hos selgeren, som gjør opp kravet og deretter henvender seg til eierskifteselskapet.

<sup>71</sup> Rt-2010-664, Rt-1997-1029, Hagstrøm, Direktekrav i formueretten, [TfR 2001 side 288](#).

egen forpliktelse, og ikke en annens. Det er derfor vanskelig å se at dette regress grunnlaget kan føre frem.

Videre følger det av «alminnelige rettsgrunnsetninger» at når flere er ansvarlig for samme skade, hefter de solidarisk overfor skadelidte.<sup>72</sup> Regelen bygger på en analogi av skl. § 5-3 om «skade voldt av flere», men denne bestemmelsen gjelder ifølge rettspraksis<sup>73</sup> og teori<sup>74</sup> ikke kontraktsansvar. Bestemmelsen lyder:

- «1. Flere som plikter å betale erstatning for samme skade, svarer en for alle og alle for en. Det samme gjelder flere som plikter å betale oppreisning for samme skade, krenking eller mislige atferd, dersom ikke retten bestemmer annet.  
2. I hvilken utstrekning den som har betalt erstatning eller oppreisning kan gjøre krav gjeldende mot andre ansvarlige, avgjøres under hensyn til ansvarsgrunnlaget og forholdene ellers.»

Spørsmålet om regress mellom solidarskyldnere i kontraktsforhold er omtalt i Rt-2005-870:

«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 ut fra forholdet mellom de ansvarlige og omstendighetene for øvrig, uavhengig av hvem som tilfeldigvis tar ansvaret overfor skadelidte. Dette følger uttrykkelig av [skadeserstatningsloven § 5-3](#) nr. 2, men en tilsvarende regressrett må etter min vurdering også være utgangspunktet ved solidaransvar utenfor erstatningsretten. [§ 5-3](#) nr. 2 gir også retningslinjer for fordelingen av ansvaret innbyrdes mellom flere ansvarlige. Jeg vil anta at tilsvarende må gjelde selv om [§ 5-3](#) nr. 2 ikke kommer direkte til anvendelse, men her kan kontrakten føre til en avvikende regulering. Bestemmelsen gir en rimelig løsning for fordelingen av ansvaret mellom samskyldnere i et tilfelle som det foreliggende.»

Ut fra Høyesteretts vurdering er det solidaransvaret som gir grunnlag for regress. Et solidaransvar forutsetter at flere debitorer hefter for samme forpliktelse overfor samme kreditor slik at kreditor kan velge hvem han vil kreve oppfyllelse hos.<sup>75</sup> Ved overlapping mellom selgerens boligforsikring og boligselgerforsikringen er begge forsikringer tegnet av selgeren og ansvarlig for den aktuelle skaden/mangelen. Under boligselgerforsikringen har imidlertid kjøperen et direkte krav mot forsikringen og erstatningen tilkommer ham. Da er det ikke naturlig å si at selgeren kan velge hvem han vil kreve dekning hos. I så fall er ikke selskapene solidarisk ansvarlig overfor samme kreditor og grunnlaget for analogi fra § 5-3 blir svakere.

Samtidig er det ikke rimelig at den endelige plasseringen av tapet skal avhenge av om kjøperen eller selgeren krever dekning først, og hvis erstatningen utbetales to ganger er det

<sup>72</sup> Rt-2005-870 avsnitt 4, se nærmere Askeland 2005 s. 6 flg., Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, Erstatningsrett 2015, s. 534-540.

<sup>73</sup> Rt. 2005.870 avsnitt 41.

<sup>74</sup> Askeland 2005 s. 4-6, motsatt Benestad Anderssen, Avhendingsloven, s. 401.

<sup>75</sup> Askeland 2005 s. 12, Kåre Lilleholt, Kontraktsrett og obligasjonsrett, 2017, s. 520-522, se også s. 3, Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2 utg. 2011, s. 113 flg.

spørsmål om hvordan kravet om tilbakebetaling skal fordeles. Spørsmålet er derfor om de hensyn som nevnes i § 5-3 kan gi noen veiledning for hvor tapet bør plasseres. Bestemmelsen refererer til «ansvargrunnlaget» og åpner for at man kan ta preventive hensyn. Dette er lite relevant i forhold til boligforsikringen. En kjøpsrettslig mangel etter avhl. vil derimot i mange tilfelle være knyttet til selgerens culpøse opplysningsvikt. Preventive hensyn kan derfor tilsi at tapet legges hos boligselgerforsikringen.

Skl. § 5-3 nr. 2 refererer videre til «forholdene ellers», hvor man legger vekt på årsaksforløpet.<sup>76</sup> Heller ikke dette gir særlig veiledning når forutsetningen er at begge selskaper hefter for skaden/tapet etter sine vilkår. Et argument man derimot kan peke på er at kjøpsrettslige mangler ligger i kjernen av boligselgerforsikringen, mens dekningen av skjulte skader i forbindelse med overdragelse av boligen i utgangspunktet er utenfor selgerens boligforsikring fordi den normalt opphører ved eierskifte. Det er i realiteten et kunstgrep å si den økonomiske interessen gjenoppstår når selgeren får et mangelskrav mot seg. Dette kan tilsi at boligselgerforsikringen er «nærmere» til å dekke tapet enn boligforsikringen.

Reparasjonshensynet er ikke nevnt i lovteksten og er ikke relevant for fordelingen mellom to forsikringsselskaper<sup>77</sup> som begge har mottatt premie for sitt ansvar, og aldri kan regne med at kravet er dekket under en annen avtale.

I den utstrekning et regressoppgjør skal gjennomføres etter modellen i skl. § 5-3 taler derfor preventive hensyn og den økonomiske interessen som er dekket for at tapet bør legges hos eierskifteforsikringen.

## 6 Boligselgerforsikringen og kjøperens boligforsikring

### 6.1 Kanalisering etter skl. 4-2 jf. § 4-3

Skl. § 4-2 sier at «den skadelidte bare (kan) gjøre gjeldende sitt erstatningskrav mot den ansvarlige skadevolder dersom skaden er voldt» under visse nærmere betingelser. Formuleringen «erstatningskrav» er generell nok til å omfatte selgerens erstatningskrav etter avhl. § 4-14, men begrepet «erstatningskrav» brukes normalt ikke om det dreier seg om prisavslag eller rettekostnader. Dette må gjelde selv om slike krav også kan formuleres som et erstatningskrav. Når avhendingsloven terminologisk sonderer mellom utbedring, prisavslag og erstatning, må man ta utgangspunkt i dette ved anvendelsen av begrepet «erstatningskrav» i andre lover. Prisavslag og retting er i henhold til alminnelig obligasjonsrett gjensidighetsbeføyelser, og dette er i prinsippet noe annet enn erstatning.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Hagstrøm og Stenvik s. 537, Wilhelmsen og Hagland, Om erstatningsrett, 2017, s. 374.

<sup>77</sup> Slik også Askeland, Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør s. 211-212 og Hagstrøm og Stenvik s. 537 for fordelingen mellom flere skadevoldere.

<sup>78</sup> Se HR-2016-901-A om forholdet mellom retting, prisavslag og erstatning etter avhl.

Tilsvarende kan man karakterisere kjøperen som «skadelidt» i forhold til et erstatningskrav, men det er ikke naturlig å bruke en slik terminologi ved krav om utbedring og prisavslag. Formuleringen «den ansvarlige skadevolder» peker også i retning av et erstatningskrav og ikke mot kjøpsrettslige misligholdsbeføyelser. Avhendingsloven bruker terminologien selger og kjøper om partsforholdet, og det virker anstrengt om denne partsterminologien oversettes til skadevolder og skadelidte for å kunne anvende skl. § 4-2 jf. § 4-3. Språklig er man i så fall utenfor bestemmelsene i § 4-2 og § 4-3.

Forarbeidene til bestemmelsene omtaler ikke forholdet til kjøpsrettslig regulering i andre lover og for så vidt heller ikke om bestemmelsene overhodet gjelder kontraktansvar.

Derimot følger det av rettspraksis at man har tolket bestemmelsene bokstavelig, jf. Rt-1993-1018, hvor Høyesterett kom til at bestemmelsene ikke stoppet regress fra tingsskadeforsikringen mot trafikksforsikringen. Høyesterett peker innledningsvis på at «det er tale om et regresskrav mot trafikksforsikreren, ikke mot den personlige skadevolder», og uttaler videre at

«Uttrykkene "den ansvarlige skadevolder" og "den ansvarlige selv" kan ikke uten vold mot naturlig språkbruk oppfattes til å omfatte et trafikksforsikringsselskap som i denne egenskap er forpliktet til å erstatte skade som en motorvogn gjør. (s. 1020)

....

Jeg tilføyer at når skaden er dekket både ved tingsforsikring og av trafikksforsikring, kan skadelidte utvilsomt velge hvilken av disse han vil kreve erstatning av. Når regressen mot trafikksforsikringen fortsatt består, innebærer det at skadelidtes valg ikke får betydning for hvor tapet endelig skal plasseres. Trafikkskadene vil således fortsatt bæres av det trafikollektiv som etter bilansvarslova skal erstatte skader som motorvogner gjør, også når skaden dekkes av en tingsforsikring» (s. 1020-1021).

Høyesterett forutsetter derfor at «den ansvarlige skadevolder» etter § 4-2 og § 4-3 ikke omfatter trafikksforsikringens ansvar etter bal. § 4. Dette gjaldt selv om skadevolderen etter bal. § 11 har et personlig ansvar etter alminnelige erstatningsrettslige regler, når regresskravet var rettet mot trafikksforsikringen. Eierskifteforsikring kan ikke likestilles med trafikksforsikring, men det er som nevnt ikke naturlig å karakterisere selgeren av en bolig som «den ansvarlige skadevolder» ved krav om prisavslag eller retting. Selv om selgeren kan karakteriseres som ansvarlig skadevolder ved et krav om erstatning, er det etter min mening mest naturlig å se avhendingsloven under ett i denne sammenheng.

Høyesteretts referanse til at trafikkskadene «vil således fortsatt bæres av det trafikollektiv som etter bilansvarslova skal erstatte skader som motorvogner gjør, også når skaden dekkes av en tingsforsikring» kan også tilsi at lovfestede risikofordelingsordninger bør gå foran de alminnelige kanaliseringsreglene i skl. § 4-2 jf. § 4-3. Et lignende synspunkt kan anføres i forhold til avhendingsloven. Lovgiver har gjennom avhendingsloven etablert et detaljert risikofordelingssystem mellom selger og kjøper, og lagt til grunn at det er naturlig at selgeren

som sitter med best kunnskap om eiendommen har en betydelig risiko for mulige mangler/skader som boligen måtte ha. Reglene om kjøperens krav mot selgeren for mangler ved eiendommen er preseptoriske til fordel for kjøperen, jf. avhl. § 1-2 nr. 2. Selgeren og kjøperen kan derfor ikke avtale at kjøperen skal ha et mer vidtrekkende ansvar enn loven tilsier. Det ville da være nokså inkonsekvent om denne preseptoriske risikodelingen skulle settes til side av den deklarasjoniske regelen i skl. § 4-2 fordi kjøperen er dekket av en tingsskadeforsikring. Riktignok kommer kjøperen ikke dårligere ut fordi han forutsetningsvis får tilsvarende dekning under boligforsikringen. Men § 4-3 stenger i så fall boligforsikringens regress mot eierskifteforsikringen, og tapet blir derfor liggende hos kjøperens forsikring. Dette betyr at finansieringen av selgerens mangelsansvar flyttes til kjøperkollektivet gjennom premien for kjøperens boligforsikring.<sup>79</sup> En mer naturlig løsning er at de preseptoriske reglene i avhl. går foran skl. § 4-2.

Her kan man hevde at skl. § 4-2 jf. § 4-3 gjør et tilsvarende innrykk i de risikofordelingsreglene som ligger i alminnelig erstatningsrett. Men disse reglene kan fravikes ved avtale om partene i erstatningsforholdet har kontakt før skaden skjer, og de hviler også først og fremst på reparasjonshensyn som er ivaretatt når skadelidte har tingsforsikring. Kjøpsrettslige mangelsbeføyelser tar sikte på å gjenopprette balansen i kontraktsforholdet, og dette er et hensyn som ikke ivaretas om kjøpsrettslige mangler skal finansieres gjennom kjøperens tingsforsikring.

Også *lex specialis* prinsippet om at spesiell lov går foran generell lov tilsier at avhendingsloven går foran de generelle reglene i skl. Det følger også av skl. § 5-5 at «reglene i loven her gjelder ikke i den utstrekning annet følger av lovgivningen». Det er ikke referert til avhendingsloven i noten til bestemmelsen, men den støtter prinsippet om at risikodelingen i spesiallovgivningen går foran generelle risikodelingsregler i skl. I så fall er kjøperen ikke henvist til å kreve dekning under egen boligforsikring, og det blir heller ingen begrensninger i regressadgangen fra kjøperens boligforsikring mot boligselgerforsikringen.

I litteraturen legger Benestad Anderssen til grunn at skl. § 4-2 får anvendelse når kjøperens mangelskrav er omfattet av kjøperens boligforsikring.<sup>80</sup> Drøftelsen tar imidlertid utgangspunkt i om bestemmelsen gjelder kontraktsansvar, og ikke forholdet til risikodelingssystemet i avhl.

Etter min mening taler ordlyden og forholdet til avhendingslovens risikodelingssystem at § 4-2 jf. § 4-3 må tolkes slik at den ikke omfatter forholdet mellom kjøperens boligforsikring og selgerens eierskifteforsikring. Uten avklaring i rettspraksis er spørsmålet likevel usikkert.

## 6.2 Subsidiaritets- og subrogasjonsklausuler

<sup>79</sup> Bortsett fra de tilfellene hvor kjøperen er medforsikret under selgerens boligforsikring.

<sup>80</sup> Benestad Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer*, Oslo 2008, s. 401.

### 6.2.1. Forholdet til skl. § 4-2 jf. § 4-3

En subsidiaritetsklausul som gjør boligselgerforsikringen subsidiær til kjøperens boligforsikring stemmer med kanaliseringen i skl. 4-2 og er derfor i samsvar med loven. Det samme gjelder en subrogasjonsklausul som gir boligselgerforsikringen rett til regress mot kjøperens boligforsikring.

Subsidiaritets- og subrogasjonsklausuler i kjøperens boligforsikring rettet mot boligselgerforsikringen er derimot i strid med reglene i skl. § 4-2 jf. § 4-3. Hvis man forutsetter at skl. § 4-2 jf. § 4-3 gjelder for kjøperens mangelsansvar etter avhendingsloven, er det derfor spørsmål i hvilken utstrekning partene kan avtale avvikende ansvars- og regressregler.

Verken bestemmelsene i § 4-2 jf. § 4-3 eller loven selv omtaler spørsmålet om bestemmelsene eller loven er preseptorisk, men det fremgår av forarbeidene at reglene i skadeserstatningsloven kan fravikes ved avtale.<sup>81</sup> For § 4-2 må dette bety at kjøperen og selgeren kan avtale i kjøpekontrakten at § 4-2 ikke stenger kjøperen fra å reise krav mot selgeren uavhengig av betingelsene i litra (a) og (b), men dette er noe annet enn de klausulene vi drøfter her.

En subsidiaritetsklausul i kjøperens boligforsikring vil innebære at kjøperen ikke kan kreve dekning under sin tingforsikring. Kanaliseringsbestemmelsen i § 4-2 gjelder i «det omfanget det er på det rene at en skade kan kreves dekket av forsikring for tingskade eller annen formuesskade». Hvis boligdekningen ikke gjelder hvor kravet omfattes av boligselgerforsikringen, er det ikke «på det rene at» at skaden dekkes under boligforsikringen. Ordlyden tilsier derfor at en subsidiaritetsklausul er gyldig. Det følger også av forarbeidene at bestemmelsen i § 4-2 ikke gjelder om skadelidte ikke har tegnet forsikring. Selv om en subsidiaritetsklausul dermed strider mot kanaliseringstanken i § 4-2 synes konklusjonen å være at en slik klausul er gyldig.

En subrogasjonsklausul som gir kjøperens boligforsikring rett til å tre inn i kjøperens krav mot selgeren (eller selgerens eierskifteselskap), er mer komplisert. Hvis en slik avtale griper inn i en beskyttelse selgeren har etter § 4-2, må utgangspunktet være at boligforsikringsselskapet og kjøperen ikke kan frata ham denne retten i sin avtale. Forarbeidene omtaler ikke spørsmålet direkte, men har følgende kommentar om regressavtaler:<sup>82</sup>

«Utvalget er kommet til at det ikke er behov for å gjøre regressreglene tvingende i den forstand at de ikke kan fravikes i avtale. Dersom det unntaksvis skulle forekomme at det er sluttet en

<sup>81</sup> NOU 1977:33 Om endringer i erstatningslovgivningen, s. 31.

<sup>82</sup> NOU 1977:33 s. 33.

avtale mellom skadelidte og den ansvarlige som gir forsikringsselskapet regressrett i større utstrekning enn etter lovutkastet, finner utvalget at det også i et slikt tilfelle er tilstrekkelig at avtalen eventuelt kan tilsidesettes som urimelig etter utkastets § 5-4.»

Antagelig må dette forstås slik at en mer omfattende regressadgang enn det som følger av § 4-3 forutsetter en underliggende avtale mellom skadelidte og skadevolder. I så fall kan ikke kjøperens boligforsikring forbeholde seg videre regress mot selgeren enn det som følger av § 4-2 jf. § 4-3.

### 6.2.2 Klausulene

Subsidiaritetsklausulen i boligselgerforsikringen referert ovenfor i pkt. 5.2.2 gjelder skader som «normalt dekkes av boligeiendommens forsikring» og omfatter derfor også kjøperens boligforsikring. Kanaliseringen til tingforsikringen er som nevnt i samsvar med løsningen i skl. § 4-2 jf. § 4-3, men kanaliseringen går lenger i to sammenhenger. For det første gjelder den uavhengig av skyldgrad hos selgeren. Skl. § 4-2 gjelder kun ved simpel uaktsomhet. For det andre gjelder den også hvor forsikring ikke er tegnet såfremt det «dreier seg om en skade som normalt dekkes av boligeiendommens forsikring». Samlet betyr dette at man flytter selgerens ansvar etter avhendingsloven til kjøperens boligforsikring eller til en uforsikret kjøper i den utstrekning mangelen gir seg utslag i en skade uavhengig av karakteren og grovheten av selgerens kontraktsbrudd. En slik overføring av risiko er i strid med risikofordelingssystemet i avhl., og også i strid med utvalgets vurderinger da man innførte skl. § 4-2 jf. § 4-3 både mht. preventive hensyn<sup>83</sup> og mht. stillingen for en uforsikret skadelidt.<sup>84</sup>

Dersom også kjøperens boligforsikring gjøres subsidiær, mister kjøperen begge dekninger. I likhet med det som er sagt ovenfor under pkt. 5.2. er dette uakseptabelt. Om man her skal falle tilbake på en analogi av § 4-2 og la kjøperens boligforsikring dekke ansvaret eller bruke en analogi av fal. § 6-3 kan være tvilsomt. Men hvis man først kommer til at skl. § 4-2 ikke passer på denne situasjonen er det etter min mening mest naturlig å bruke fal. § 6-3.

Subrogasjonsklausulen omtalt ovenfor under pkt. 5.2.2 gir gjelder derimot ikke mellom boligselgerforsikringen og kjøperens boligforsikring fordi selgeren ikke kan «kreve» at kjøperens boligforsikring erstatter tapet fordi han ikke har noen posisjon som sikret under denne forsikringen.

## 6.3 Andre grunnlag for valg og regress

Hvis skaden/mangelen er dekket av boligselgerforsikringen og kjøperens boligforsikring, kan kjøperen velge boligselgerforsikringen som skadelidte og egen boligforsikring som sikrede.

<sup>83</sup> NOU 1977:33 avsnitt 3.3.3, særlig s. 24-25 og s. 28-30.

<sup>84</sup> NOU 1977:33 avsnitt 3.3.5 og s. 47-48.



Det er da nærliggende å si at det foreligger et solidarisk ansvar for de to forsikringene overfor kjøperen. Samtidig er det klart at han ikke har krav på oppgjør mer enn en gang.

Med utgangspunkt i solidaransvaret kan man her statuere regress etter alminnelige rettsgrunnsetninger, jf. ovenfor under 6.3. Prevensjonshensynet vil også her tale for at ansvaret plasseres hos boligselgerforsikringen. Det samme gjelder årsaksbetraktninger; selv om skaden her oppstår etter at den økonomiske risikoen er gått over på kjøperen, har den sin årsak i en mangel som selgeren har risikoen for. Og ut fra den preseptoriske risikofordelingssystemet i avhl. er det mer nærliggende at dette tapet pulveriseres på selgersiden enn at det flyttes over på kjøpersiden gjennom kjøpernes boligforsikring.

## 7 Hovedkonklusjoner og noen refleksjoner

Fremstillingen viser at forholdet mellom selgerens og kjøperens boligforsikring og boligselgerforsikring ved avhending av bolig reiser en rekke problemstillinger både om kjøperens og selgerens rettigheter under forsikringene, valg mellom flere dekninger og et evt. regressoppgjør. Spørsmålet om periodisering under de forskjellige boligforsikringene er i seg selv komplisert, men det er først når disse kombineres med boligselgerforsikringen at den rettslige usikkerheten oppstår. Ser man på forholdet mellom boligselgerforsikringen og selgerens boligforsikring er det spørsmål om det foreligger dobbeltforsikring etter fal. § 6-3 som evt. vil stenge for bruk av subsidiaritets og subrogasjonsklausuler. Svaret er etter min mening nei, men dette er usikkert. Spørsmålet om ansvarsfordeling og regress etter alminnelige rettsgrunnsetninger er også usikkert, men det kan argumenteres for at kravet bør ligge hos boligselgerforsikringen.

Ser man på forholdet mellom boligselgerforsikringen og kjøperens boligforsikring, er det spørsmål om kanaliseringsbestemmelsen i skl. § 4-2 jf. § 4-3 kommer til anvendelse og evt. vil føre til at boligselgerforsikringen er subsidiær til kjøperens boligforsikring. Også her er svaret usikkert, men antagelig nei. Selskapene må i så fall kunne regulere spørsmålet om subsidiaritet og regress i vilkårene, men om begge selskapene bruker slike klausuler må man antagelig falle tilbake på en analogi av fal. § 6-3. Uten regulering i vilkårene er alternativet regress etter alminnelige rettsgrunnsetninger, men også her kan man argumentere for at tapet bør ligge hos boligselgerforsikringen.

En hovedgrunn til at lovreglene er vanskelige å anvende i forhold til boligselgerforsikringen er at den ikke passer inn i de tradisjonelle forsikringskategoriene tingsskadeforsikring, formueskadeforsikring og ansvarsforsikring. Kjernen i forsikringsbegrepet er at forsikringen dekker økonomisk tap på sikredes hånd, men her får selgeren en gevinst i den utstrekning prisavslaget ville ført til en reduksjon i kjøpesummen og kjøperen en gevinst i den utstrekning kjøpesummen ville vært den samme. Eierskifteforsikring ligger derfor i ytterkant av både

erstatningsretten og forsikringsretten og ligner mer på en kjøpsrettslig oppfyllelsesgaranti. Da er det ikke så rart at reguleringen i fal. og skl. ikke passer.

I utgangspunktet kunne selgerens boligforsikring ha sikret seg mot regress fra boligselgerforsikringen ved en subsidiaritetsklausul, men siden det er uklart om denne rammes av § 6-3 har man isteden valgt å unnta tap i forbindelse med mangelskrav fra ny eier. Dette går ut over en selger som har valgt ikke å tegne boligselgerforsikring, og derfor står uten dekning for skader som evt. kunne vært henført til boligforsikringen. Men mangelsansvaret følger av preseptorisk lovgivning, og det vil være helt tilfeldig om dette ansvaret i enkelte tilfeller faller inn under en boligforsikring. Effektiv forsikring av mangelsansvaret forutsetter derfor at det tegnes en boligselgerforsikring. Dekning for kjøpsrettslige mangler ligger i kjernen av boligselgerforsikring, mens dekningen av skjulte skader i forbindelse med overdragelse av boligen i utgangspunktet opphører når selgeren gir fra seg den økonomiske interessen i boligen. Det er et kunstgrep å si at selgeren beholder den økonomiske interessen dersom han får et mangelskrav mot seg. Ut fra avhendingslovens preseptoriske risikodelingssystem er det også mer nærliggende at disse tapene pulveriseres gjennom boligselgerforsikringer tegnet av selgeren enn over boligforsikringer tegnet av kjøper eller selger. Dette gjelder særlig når man tar hensyn til at mangelsansvaret kan være en følge av uaktsomhet eller slurv fra selgeren samtidig som erstatningen gir selgeren en gevinst i den utstrekningen prisavslaget eller rettekostnadene reflekterer en reduksjon i kjøpesummen.

I en situasjon med en kjøpsrettslig mangel vil det også være mer naturlig for selger og kjøper å trekke inn boligselgerforsikringen fremfor boligforsikringen. For det første dekker boligselgerforsikringen også andre mangelsbeføyelser enn prisavslag og retting. For det andre vil boligselgerforsikringen ofte gi bedre dekning for den aktuelle skaden fordi en kjøpsrettslig mangel kan bestå i mer enn selve skaden. Dreier det seg f.eks. om skader som følge av konstruksjonsfeil kan mangelen bestå i både skaden og selve konstruksjonsfeilen, mens boligforsikringen normalt vil unnta oppretting av selve feilen. Ofte vil derfor boligselgerforsikringen gi bedre dekning enn boligforsikringen. I slike tilfeller er det unødvendig for selger og kjøper å trekke inn boligforsikringen, og regressoppgjør mellom selskapene koster tid og penger. Ut fra en effektivitetsbetragtning burde erstatningen i slike tilfelle derfor bli liggende hos boligselgerforsikringen.