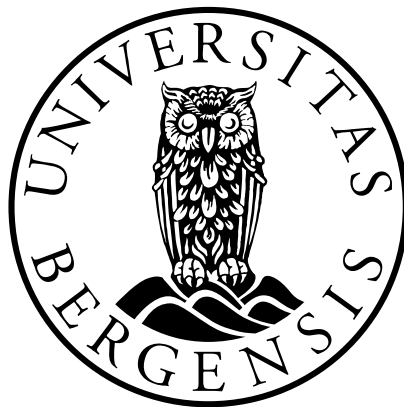


# Rettskraftens objektive grenser ved skjulte feil

*I hvilken utstrekning kan skjulte feil ved fast eiendom, som forelå da en tidligere sak ble opptatt til doms, gi grunnlag for et nytt søksmål?*

Kandidatnummer: 155

Antall ord: 14832



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021



# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse</b> .....	<b>2</b>
<b>1 Innledning</b> .....	<b>3</b>
1.1 Presentasjon av problemstillingen.....	3
1.2 Begrepsbruk.....	4
1.3 Avgrensinger og presiseringer.....	5
1.4 Den videre fremstillingen.....	7
<b>2 Rettskraftens rekkevidde ved skjulte feil: Hva er gjeldende rett?</b> .....	<b>9</b>
2.1 Utgangspunkter for vurderingen .....	9
2.2 Relevante momenter angitt i forarbeidene.....	10
2.2.1 Rettsvirkningene .....	10
2.2.2 De rettslige og faktiske betingelsene.....	12
2.2.2.1 Vurderingstemaet.....	12
2.2.2.2 Vesensforskjellige rettslige og faktiske betingelser for kjøpers krav?.....	13
2.2.3 Interessene rettsreglene verner .....	21
2.2.4 Sammenfatning .....	22
2.3 Andre momenter av relevans for identitetsvurderingen.....	24
2.3.1 Formålet til tvisteloven § 19-15 tredje ledd .....	24
2.3.2 Hensynet til prosessøkonomi .....	27
2.3.3 Målsetningen om materielt riktig avgjørelse.....	29
2.3.4 Nærmere om kjøpers oppfordring til å gjøre feilen gjeldende i den første saken.....	30
2.3.4.1 Reklamasjons- og foreldelsesreglene som retningsgivende for kravet til kjøpers kunnskap? .....	33
2.3.4.2 Sammenfatning .....	36
2.4 Konklusjon.....	37
<b>3 Bemerkninger til dagens rettsstilstand</b> .....	<b>41</b>
3.1 Er det bare etterfølgende omstendigheter som kan danne grunnlag for ny sak?.....	41
<b>4 Litteraturliste</b> .....	<b>45</b>
4.1 Lover.....	45
4.2 Forarbeider .....	45
4.3 Rettspraksis.....	45
4.4 Juridisk Litteratur .....	46

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av problemstillingen

Temaet for avhandlingen er rettskraftens rekkevidde i situasjoner hvor det avdekkes skjulte feil ved et formuesobjekt, i etterkant av at det er truffet en avgjørelse om det samme formuesobjektet, som har blitt rettskraftig. Mer konkret skal avhandlingen ta stilling til om skjulte feil, ved en fast eiendom som har vært tema i en tidligere sak, kan gi grunnlag for et nytt søksmål, selv om feilen(e) forelå da den tidligere saken ble opptatt til doms. Besvarelsen av spørsmålet beror på i hvilken utstrekning rettskraftvirkningene til en dom er til hinder for en ny sak, på grunnlag av nye faktiske omstendigheter som forelå da den første saken ble tatt opp til doms.<sup>1</sup> Dette er et spørsmål om rettskraftens objektive grenser; *hva* ble rettskraftig avgjort i den første saken.<sup>2</sup>

Tvisteloven § 19-15 tredje ledd fastsetter følgende om hvilken betydning det har for adgangen til å reise et nytt søksmål, at en avgjørelse har blitt rettskraftig:

«Retten skal avvise en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort, om ikke saksøkeren på grunn av tvist om avgjørelsens bindende virkning eller andre særlige forhold likevel har søksmålsinteresse etter § 1-3».

Bestemmelsen fastslår at dersom det reises en ny sak mellom de samme partene om et «krav» som er rettskraftig avgjort, «skal» det nye søksmålet avvises av domstolene. Denne avvisningsfunksjonen utgjør en del av dommers materielle rettskraftvirkning.<sup>3</sup> Ettersom rettskraftvirkningene til en avgjørelse retter seg mot «krav[et]», blir det avgjørende for hvorvidt det nye søksmålet skal tillates fremmet for domstolene, om det gjelder et nytt «krav». Hvorvidt skjulte feil ved fast eiendom kan gi grunnlag for et nytt søksmål avhenger dermed av om feilene må bedømmes som en del av «krav[et]» som var avgjørelsestema i den første saken.

Lovteksten i tvisteloven § 19-15 tredje ledd gir ingen veiledning for hva som skal anses som samme krav, og grensdragningen må derfor baseres på retningslinjene som er trukket opp i

---

<sup>1</sup> For øvrig kan også andre avgjørelser enn dommer ha rettskraftvirkninger. Se nærmere Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3 utgave, Universitetsforlaget 2017 side 1051-1058.

<sup>2</sup> Se bl.a. Backer, Inge Lorange, *Norsk Sivilprosess*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2020 side 377.

<sup>3</sup> Pedersen Jussi Erik, Skoghøy, Jens Edvin A., *Grunnleggende Sivilprosess*, Universitetsforlaget 2020, side 337.

forarbeider og rettspraksis. Det må foretas en totalvurdering, hvor flere momenter tas i betraktning.<sup>4</sup> Forarbeidene fremhever enkelte av momentene som sentrale for vurderingen.<sup>5</sup> Momentene her utgjør imidlertid ingen uttømmende liste over hvilke forhold som er relevante for hva som er å regne som samme krav; også andre forhold som er egnet til å belyse spørsmålet kan trekkes inn i totalvurderingen.<sup>6</sup>

Totalvurderingen aktualiserer en rekke underproblemstillinger. Det oppstår spørsmål om det nærmere innholdet av enkelte av vurderingsmomentene, hvilke momenter som det er relevant å trekke inn i vurderingen her, hvilke slutninger som kan trekkes fra dem og hvordan den endelige avveiningen skal foretas. Dette er spørsmål som avhandlingen behandler.

I den grad totalvurderingen leder frem til at skjulte feil kan gi grunnlag for et nytt krav, er ikke rettskraftvirkningene til en tidligere avgjørelse til hinder for en ny sak. Dersom de skjulte feilene derimot må bedømmes som et nytt påstandsgrunnlag eller som en del av påstandsgrunnlaget for kravet i den første saken, er feilene en del av kravet som ble rettskraftig avgjort i den tidligere dommen. I så fall skal det nye søksmålet avvises, og saksøker må nøye seg med å få dommen gjenopptatt etter reglene i tvisteloven kapittel 31.

## 1.2 Begrepsbruk

Avhandlingen benytter ordet *feil*, i stedet for *mangel*, om objektive avvik ved et formuesobjekt. Dette er fordi ordet *mangel* kan forstås på ulike måter. Mangelsbegrepet kan forstås slik at det har et rettslig innhold, i den forstand at det utløser rettsvirkninger. Samtidig kan ordet *mangel* forstås som en beskrivelse av ethvert objektivt avvik ved et formuesobjekt, men som ikke nødvendigvis utløser noen rettsvirkninger. For å unngå forvirring rundt hvilket meningsinnhold ordet tillegges, skal *mangel* forstås som en kjøpsrettslig mangel. Ordet *feil* benyttes derimot om den eller de objektive avvikene ved formuesobjektet, som ligger til grunn for å konstatere at det foreligger en kjøpsrettslig mangel, men som ikke i seg selv nødvendigvis har noen rettsvirkninger. Videre betyr formuleringen *skjult feil*, at det objektive avviket ved formuesobjektet har vært ukjent for både avhender og kjøper ved overdragelsen av formuesobjektet.

---

<sup>4</sup> Se NOU 2001:32 A side 382.

<sup>5</sup> Ibid. side 382-383. Momentene angitt i forarbeidene drøftes nærmere i punkt 2.2.

<sup>6</sup> Se forutsetningsvis NOU 2001:32 A side 382-383. Se også Backer (2020) side 380.

I forlengelsen av dette bemerkes det at formuleringen *nyoppdagede feil* refererer til skjulte feil, som forelå da den første saken ble opptatt til doms, men som først ble oppdaget i etterkant av at den første saken var rettskraftig avgjort.

### 1.3 Avgrensinger og presiseringer

Saker om skjulte feil ved fast eiendom er et gjennomgangstema i norske domstoler, og avhandlingen avgrenses derfor til denne situasjonen. Mer konkret behandles situasjonen der kjøperen i etterkant av eiendomsvertakelse avdekker feil ved eiendommen, som senere blir gjenstand for søksmål. Etter at avgjørelsen ble rettskraftig oppdages det imidlertid ytterligere feil ved eiendommen, som forelå da den første saken skulle behandles, men som på det tidspunktet var ukjent for både kjøper og selger. Dette aktualiserer spørsmål om rettskraftvirkningene til den første avgjørelsen stenger for et nytt søksmål om de skjulte feilene.

Et eksempel på denne situasjonen er saksforholdet i HR-2018-203-U.<sup>7</sup> Spørsmålet i saken var hvorvidt et prisavslagskrav for ulike feil ved stuen og terrassen i et bolighus, måtte anses som en del av det allerede pådømte prisavslagskravet for skjulte fukt- og råteskader i kjelleren i det samme bolighuset. Dette ble besvart bekræftende av flertallet i Høyesterett, som konstaterte at saksøker kunne begjære dommen gjenopptatt. Mindretallet var derimot av den oppfatning at de nye omstendighetene dannet grunnlag for et nytt krav, og at saksøker var henvist til å reise et nytt søksmål.

Videre avgrenses avhandlingen til situasjonen der det nye søksmålet gjelder nye feil som er atskilt fra feilene i det første søksmålet. Avhandlingen avgrenses altså mot situasjonen der det nye søksmålet gjelder følgeskader av feilene som var avgjørelsestema i den første saken. Det nærmere innholdet av betegnelsen *følgeskade* lar seg best forklare gjennom et eksempel, og saksforholdet i Rt. 2006 s. 983 er beskrivende. Saken gjaldt spørsmål om feil på en vegg i et bolighus måtte bedømmes som en del av erstatningskravet som hadde blitt rettskraftig avgjort i en tidligere avgjørelse, og som knyttet seg til feil ved taket i det samme bolighuset. Ettersom veggskadene var en konsekvens av at taket var lekk, var veggskadene en følgeskade av feilene ved taket. Veggskadene bygget følgelig på det samme faktiske utgangspunktet som feilene

---

<sup>7</sup> Avgjørelsen behandles nærmere i punkt 2.2.2.2.

ved taket. Feilene som ble gjort gjeldende i det nye søksmålet var altså ikke atskilt fra feilene som dannet grunnlag for den første saken.

Avhandlingen avgrenses også mot feil som har *inntrådt i etterkant* av at saken er opptatt til doms, såkalte «*facta supervenientes*». <sup>8</sup> Dersom det utvikler seg en ny feil etter dette tidspunktet, er det et etterfølgende rettsfaktum som ikke omfattes av rettskraftvirkningene til den første dommen. <sup>9</sup>

I tillegg avgrenses avhandlingen til situasjonen der avhendingsloven § 3-2 første ledd danner utgangspunkt for mangelsvurderingen i begge søksmål. Bestemmelsen ble vedtatt endret i mai 2019, og det er derfor den reviderte versjonen som benyttes. <sup>10</sup> Endringene trer i kraft den 1. januar 2022, med følgende ordlyd:

«Eigedomen har en mangel dersom han ikke er i samsvar med det kjøparen kunne forvente ut fra mellom anna eigedomens type, alder og synlege tilstand». <sup>11</sup>

I forlengelsen bemerkes det at der øvrige bestemmelser i avhendingsloven nevnes i avhandlingen, siktes det til bestemmelsene slik de lyder forut for ikrafttreddelsen av endringene i avhendingsloven.

Årsaken til at avhandlingen avgrenses til situasjonen der avhendingsloven § 3-2 første ledd danner utgangspunkt for mangelsvurderingen i begge søksmål er todelt. Dels er avgrensingen gjort av oppgavetekniske hensyn, ettersom avhandlingen da i større grad fokuserer på den selvstendige betydningen nyoppdagede feil har for adgangen til å reise et nytt søksmål. Dessuten vil det føre for langt dersom enhver bestemmelse i avhendingsloven, som kan danne utgangspunkt for en mangelsvurdering, skal undergis nærmere drøftelse for å avgjøre hvilket bidrag de respektive rettsgrunnlagene gir til identitetsvurderingen. <sup>12</sup>

Dels er også avgrensingen gjort for at avhandlingens problemstilling skal være aktuell. Det er en realitet at eiendom vanligvis selges «som den er» eller med liknende alminnelig forbehold. <sup>13</sup> Slike forbehold innebærer at selger overfører risikoen for skjulte feil ved

---

<sup>8</sup> Se bl.a. Pedersen/Skoghøy (2020) side 359.

<sup>9</sup> Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) side 259 og 441 og NOU 2001:32 A på side 289.

<sup>10</sup> Se LOV-2019-06-07-20 (Lov om endringer i avhendingslova) § 3-2.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Rettsgrunnlaget for mangelskravene i de to søksmålene har betydning i identitetsvurderingen. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 2.2.2 og 2.2.3.

<sup>13</sup> Prop. 44 L (2018-2019) side 17-18.

eiendommen til kjøperen, slik at avvik ved eiendommen som ellers ville kvalifisert som en mangel, likevel ikke gir kjøper et mangelskrav mot selgeren.<sup>14</sup> Dette er likevel bare et utgangspunkt. Avhendingsloven § 3-9 inneholder regler som begrenser rekkevidden av alminnelige forbehold. Siden slike forbehold i praksis synes å utgjøre hovedregelen ved salg av eiendom har også de fleste konflikter som omhandler skjulte feil ved fast eiendom, blitt avgjort etter denne bestemmelsen. Slik sett er avhendingsloven § 3-9 av særlig interesse når det vurderes hvorvidt en skjult feil kan gi grunnlag for et nytt søksmål.

Avhendingsloven § 3-9 ble imidlertid vedtatt endret i 2019.<sup>15</sup> Endringene medfører at alminnelige forbehold ikke lenger får virkning overfor forbrukere og siden de fleste konfliktene etter avhendingsloven gjelder forbrukerkjøp, vil dette trolig innebære færre tvister for domstolene hvor avhendingsloven § 3-9 danner utgangspunkt for mangelsvurderingen.<sup>16</sup> Den praktisk viktigste bestemmelsen, med hensyn til hvorvidt en skjult feil gir grunnlag for et mangelskrav mot selger ved forbrukerkjøp, blir derfor sannsynligvis den nye avhendingsloven § 3-2 første ledd.<sup>17</sup>

Riktignok har et alminnelig forbehold fortsatt virkning overfor en næringsdrivende kjøper, men siden de fleste konflikter etter avhendingsloven involverer en forbruker er dette av underordnet betydning for relevansen av avhendingsloven § 3-9 etter revisjonen.

Avhandlingens problemstilling har dermed *størst* praktisk aktualitet, dersom avhandlingen avgrenses mot situasjoner hvor det er tatt et alminnelig forbehold ved salg av eiendom, og samtidig avgrenses til forbrukerkjøp.

Av oppgavetekniske årsaker forutsettes det også at kjøper har fremmet prisavslagskrav i begge søksmål, slik at det er samme rettsvirkning som gjøres gjeldende i søksmålene. Dette gjør at drøftelsen konsentrerer seg om den eller de nyoppdagede feilenes selvstendige betydning i identitetsvurderingen.

## 1.4 Den videre fremstillingen

Avhandlingen består av tre deler. I del to redegjøres det for i hvilken utstrekning det etter gjeldende rett, er anledning til å reise et nytt søksmål om nyoppdagede feil ved fast eiendom.

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> LOV-2019-06-07-20 (Lov om endringer i avhendingslova) § 3-9.

<sup>16</sup> Prop. 44 L (2018-2019) side 56 og 59.

<sup>17</sup> Ibid. side 59. I samme retning Selvig, Erling og Kåre Lilleholt. *Kjøpsrett til studiebruk*. 6. utg., Universitetsforlaget, 2019 side 425-426.



For å avgjøre dette vil rettskildene som er relevante for denne vurderingen undergis nærmere analyse. Basert på funnene som der gjøres, vil det utformes en konklusjon på hvordan avhandlingens problemstilling må besvares de lege lata.

I avhandlingens del tre vil det knyttes bemerkninger til andre teoretikers syn på dagens rettsstilstand. Herunder er det enkelte teoretikere som har lagt til grunn at det kun er *etterfølgende* faktiske omstendigheter som kan gi grunnlag for et nytt søksmål. Spørsmålet i denne delen av avhandlingen er om det er rettskildemessige holdepunkter for et slikt standpunkt.

## 2 Rettskraftens rekkevidde ved skjulte feil: Hva er gjeldende rett?

### 2.1 Utgangspunkter for vurderingen

Tvisteloven § 19-15 tredje ledd bestemmer at «[r]etten skal avvise en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort». Dette innebærer at en ny sak mellom de samme partene, om det *samme* kravet som har blitt rettskraftig avgjort, skal avvises av domstolene. Avgjørende for hvorvidt skjulte feil kan danne grunnlag for et nytt søksmål, blir dermed om de(n) må bedømmes som en del av mangelskravet som ble avgjort i den første saken.

Lovteksten gir ingen veiledning for grensedragningen mellom ett og flere krav. Det må derfor sees hen til de regler og retningslinjer som er utviklet i rettspraksis. Herunder skal kravet som ble rettskraftig avgjort i den første dommen, sammenliknes med det nye kravet saksøkeren krever dom for.<sup>18</sup> For å avgjøre hva som ble rettskraftig avgjort i den første dommen, må dommen tolkes med utgangspunkt i domsslutningen.<sup>19</sup>

Sammenlikningen har i rettspraksis blitt foretatt på grunnlag av en totalbedømmelse, som gjerne omtales som en «identitetsvurdering».<sup>20</sup> Det overordnede siktemålet med identitetsvurderingen er å avgjøre om kravet som gjøres gjeldende i det nye søksmålet, etter sitt innhold og faktiske og rettslige grunnlag, er så forskjellig fra kravet i den første saken at det ikke med rimelighet kunne kreves at kravet ble fremmet i den første saken.<sup>21</sup> I så tilfelle må kravet i det nye søksmålet regnes som et nytt krav.

Ved avgjørelsen av hvorvidt det nye søksmålet har en annen identitet enn det første søksmålet, blir rettsvirkningene, rettsvilkårene, interessene rettsreglene verner og rettslig tradisjon fremhevet som sentrale vurderingsmomenter i tvistelovens forarbeider.<sup>22</sup> Det nærmere innholdet av disse momentene og bidraget de gir til besvarelsen av avhandlingens problemstilling, redegjøres for i punkt 2.2. Momentet som knytter seg til hvorvidt det er en

---

<sup>18</sup> Se bl.a. HR-2004-988-U avsnitt 14.

<sup>19</sup> Se bl.a. Rt. 1996 s. 1480.

<sup>20</sup> Se bl.a. Pedersen/Skoghøy (2020) side 345.

<sup>21</sup> Ibid. side 345.

<sup>22</sup> NOU 2001:32 A side 383.

rettslig tradisjon behandles likevel ikke nærmere, ettersom det ikke eksisterer noen rettslig tradisjon for besvarelsen av identitetsspørsmålet avhandlingen behandler.

Det er imidlertid ikke bare momentene som fremgår av forarbeidene, som skal vektlegges i identitetsvurderingen. I forarbeidene presiseres det at grensedragningen mellom ett og flere krav, må skje på «grunnlag av en totalbedømmelse av flere forhold» (min understreking).<sup>23</sup> Momentene forarbeidene nevner utgjør altså ingen uttømmende angivelse av relevante momenter. Dessuten baserer momentene seg på rettskildebildet da forarbeidene ble skrevet, og gir en oversikt over momentene som så langt hadde blitt vektlagt i rettspraksis.<sup>24</sup> I nyere rettspraksis har det imidlertid også utkrystallisert seg flere momenter som kan få betydning for identitetsvurderingen. Andre momenter av relevans for situasjonen som avhandlingen behandler, og bidraget de gir, gjennomgås i punkt 2.3.

Avslutningsvis presiseres det at spørsmålet om hva som er samme krav, også kan oppstå i andre relasjoner enn ved spørsmål om hva som er rettskraftig avgjort i en tidligere sak.<sup>25</sup> I tvistelovens forarbeider legges det imidlertid til grunn at vurderingstemaet er det samme i alle sammenhenger hvor identitetsspørsmålet oppstår.<sup>26</sup> Rettspraksis som behandler identitetsspørsmålet i andre relasjoner, blir dermed også veiledende for grensedragningen mellom ett og flere krav etter tvisteloven § 19-15 tredje ledd.

## 2.2 Relevante momenter angitt i forarbeidene

### 2.2.1 Rettsvirkningene

Forarbeidene fastslår at det mest sentrale momentet i identitetsvurderingen, er hvorvidt rettsvirkningene av påstanden som er nedlagt i den nye saken, er kvalitativt forskjellig fra

---

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Illustrerende for at rettstilstanden som kommer til uttrykk i tvistelovens forarbeider er i stadig utvikling, er spørsmålet om kjøpers prisavslagskrav for en mangel er et annet rettsforhold enn kjøpers erstatningskrav for samme mangel. I forarbeidene legges det til grunn at dette skal bedømmes som to ulike rettsforhold, se NOU 2001:32 A side 384-385. Nyere rettspraksis etter tvistelovens ikrafttredelse viser imidlertid at det har skjedd en utvikling bort fra dette synspunktet, og at prisavslagskrav bedømmes som det samme rettsforholdet som et erstatningskrav for samme mangel se Rt. 2009 s. 199 sml. Rt. 2009 s. 286 U, Rt. 2012 s. 1138 U og HR-2018-1130-A.

<sup>25</sup> Spørsmålet om hva som er samme krav er blant annet relevant i ankeomgangen og i litispendenssammenheng. Se Pedersen/Skoghøy (2021) side 92-93 for en nærmere gjennomgang av i hvilke relasjoner spørsmålet om hva som er samme krav kan oppstå. Se også Robberstad, Anne, Rettskraft, Fagbokforlaget 2006 side 134-138.

<sup>26</sup> Jf. NOU 2001:31 A side 382. I samme retning blant annet Pedersen/Skoghøy (2021) side 91 og Robberstad (2006) side 138.

rettsvirkningen av dommen i den første saken.<sup>27</sup> Synspunktet er at dersom rettsvirkningene som gjøres gjeldende er kvalitativt ulike, er kravene som hovedregel forskjellige.<sup>28</sup>

Som påpekt i punkt 1.3 bygger avhandlingen på en forutsetning om at saksøker har fremmet krav om prisavslag i begge søksmål. Rettsvirkningene som påberopes i søksmålene er dermed kvalitativt like. Dette tilsier *isolert sett* at man står overfor det samme kravet.

Betydningen av at rettsvirkningene i søksmålene er kvalitativt like må imidlertid nyanseres. I forarbeidene heter det at:

«Om rettsfølgene er kvalitativt like, begge grunnlag munner for eksempel ut i et pengekrav, vil det være et viktig moment i hvilken utstrekning de kan kumuleres, det vil si gjøres gjeldende ved siden av hverandre. Kumulasjonsadgang tilsier at man står overfor flere krav.» (min understreking).<sup>29</sup>

Det må altså vurderes om rettsvirkningene som påberopes i søksmålene kan kumuleres, hvilket i så fall tilsier at man står overfor forskjellige krav. Dette har en side mot prosessøkonomiske hensyn; kan ikke saksøker kreve begge kravene oppfylt samtidig er det ikke rimelig å belaste rettssystemet, eller motparten for den saks skyld, med to saker.<sup>30</sup>

Ettersom avhandlingen behandler situasjonen der det nye søksmålet gjelder *andre feil* enn feilene som dannet grunnlag for det første søksmålet, er det *ulike* utgifts- eller tapsposter som kreves kompensert i de to sakene. Dette tilsier, *isolert sett*, at man står overfor flere krav.

Avhendingsloven § 3-2 første ledd legger imidlertid opp til en samlet tilstandsvurdering av eiendommen, som gjør det mulig å trekke inn tidligere pådømte feil i det nye søksmålet. Dermed kan feilene som ble påberopt i det første søksmålet også påberopes i det nye søksmålet, slik at de(n) nyoppdagede feilen(e) *sammenholdt* med de tidligere feilene, samlet sett danner grunnlag for et nytt søksmål. I slike tilfeller er det kumulasjonsadgang i den utstrekning det er nyoppdagede feil som påberopes som grunnlag for det nye søksmålet. Med hvilken styrke rettsvirkningene i disse tilfellene tilsier at man står overfor et nytt krav,

---

<sup>27</sup> NOU 2001:32 A side 382.

<sup>28</sup> Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 441.

<sup>29</sup> NOU 2001:32 A side 383.

<sup>30</sup> I samme retning mindretallets votum i HR-2018-2190-A avsnitt 57. Prosessøkonomiske argumenter behandles nærmere i punkt 2.3.2.

avhenger dermed av i hvilken grad det er nyoppdagede feil som påberopes i det nye søksmålet.

Er det derimot *kun* nyoppdagede feil som påberopes som grunnlag for det nye søksmålet, gjelder det nye søksmålet helt andre feil enn i den første saken. I slike tilfeller er kravene fullt ut kumulative, hvilket svekker betydningen av at rettsvirkningene er kvalitativt like.

Samlet sett må det legges til grunn at rettsvirkningene ikke gir noe særlig bidrag til besvarelsen av avhandlingens problemstilling dersom de(n) nyoppdagede feilen(e) danner selvstendig grunnlag for det nye kravet. Dersom det nye søksmålet derimot også inkluderer tidligere pådømte feil, trekker rettsvirkningene *mest* i retning av at det er det samme kravet.

## **2.2.2 De rettslige og faktiske betingelsene**

### **2.2.2.1 Vurderingstemaet**

Et annet moment av betydning for identitetsvurderingen er om det er vesensforskjeller mellom de rettslige og/eller faktiske betingelsene som må være til stede for å vinne frem med kravene.<sup>31</sup>

Dersom kravene baserer seg på ulikt rettsgrunnlag er de rettslige betingelsene normalt forskjellige. Er det en betydelig forskjell mellom de rettslige betingelsene, er det et argument for at det er forskjellige krav.

I tillegg må det vurderes om de faktiske omstendighetene som ligger til grunn for de respektive søksmålene, skiller seg fra hverandre i vesentlig grad. Det vil i så fall tale for at man står overfor forskjellige krav. For det tilfellet at de faktiske omstendighetene som danner grunnlag for den nye saken er *helt annerledes* enn de faktiske omstendighetene i den forrige saken, må imidlertid søksmålet uten videre tillates fremmet.<sup>32</sup> Dette skyldes at tvisten endrer identitet dersom det er et helt annet faktum som danner grunnlag for det nye kravet. Et eksempel kan være at det inngås avtale med en håndverker å utføre to typer håndverksarbeid, hvor(av) hvert respektive arbeid reguleres av hver sin kontrakt. I en slik situasjon kan ikke det

---

<sup>31</sup>Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) side 441.

<sup>32</sup> Se Pedersen/Skoghøy (2020) side 349 og Robberstad (2006) side 172.

forhold at kjøperen har krevd dom for en mangel ved det ene arbeidet som har blitt utført, innebære at kjøperen er avskåret fra å reise en ny sak om mangler ved det andre arbeidet.

### **2.2.2.2 Vesensforskjellige rettslige og faktiske betingelser for kjøpers krav?**

Retten til å kreve prisavslag i forbindelse med kjøp av en fast eiendom, reguleres i avhendingsloven § 4-12. Bestemmelsens første ledd bestemmer at:

«Har egedomen mangel, kan kjøperen krevje et forholdsmessig prisavslag (min understreking)».

Ordlyden viser at det avgjørende for hvorvidt kjøperen har krav på prisavslag er at det foreligger en «mangel» ved eiendommen. Ved besvarelsen av hva som kvalifiserer som en mangel må det sees hen til mangelsgrunnlagene i avhendingsloven kapittel 3. Avhandlingen avgrenser seg imidlertid til situasjonen der avhendingsloven § 3-2 første ledd danner utgangspunkt for mangelsvurderingen i begge søksmål.

All den tid det er *samme rettsgrunnlag* som påberopes i søksmålene, er det klart at de rettslige betingelsene for å vinne frem med kravene er sammenfallende. At det er den samme bestemmelsen i avhendingsloven som utgjør rettsgrunnlag i søksmålene, innebærer imidlertid ikke uten videre at det også er de samme faktiske omstendigheter som er vurderingstema. Det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt de faktiske omstendighetene som danner grunnlag for søksmålene rent faktisk er vesensforskjellig. Utgangspunktet for denne vurderingen må tas i avhendingsloven § 3-2 første ledd, som fastsetter følgende:

«Eigedomen har en mangel dersom han ikkje er i samsvar med det kjøperen kunne forvente ut frå mellom anna eigedomens type, alder og synlege tilstand». <sup>33</sup>

Ordlyden «mellom anna» viser at det skal foretas en helhetsvurdering av eiendommens tilstand, hvor bestemmelsen ikke uttømmende angir hvilke momenter som er relevante.<sup>34</sup> Siden det er en samlet tilstandsvurdering som er avgjørende for om eiendommen er mangelfull, kan de faktiske forholdene som danner grunnlag for mangelskravet i det første søksmålet, også trekkes inn i det nye søksmålet om for å underbygge at eiendommen er mangelfull. Det vil i så fall medføre at de faktiske forholdene som danner grunnlag for

---

<sup>33</sup> LOV-2019-06-07-20 (Lov om endringer i avhendingslova) § 3-2.

<sup>34</sup> Prop.44 L (2018-2019) side 85.

mangelskravene vil sammenfalle, i den utstrekning feilene som ble pådømt i den tidligere saken inkluderes i det nye søksmålet.

Dessuten gjelder søksmålene det samme formuesobjektet som i den første saken og den samme kjøpskontrakten. Sakene baserer seg derfor alltid på omtrent det samme saksforholdet.

Konsekvensen er at sakene *dels* omhandler rettsfakta som i større eller mindre grad allerede har vært fremme i den første saken. *Dels* omhandler sakene også helt nye rettsfakta.

Spørsmålet er dermed om nyoppdagede feil i seg selv er tilstrekkelig for at de faktiske omstendighetene som må være til stede for å vinne frem med mangelskravet i den nye saken, er vesensforskjellige fra de faktiske omstendighetene som ble avgjort i det første søksmålet.

Dette kan avgjøres på to måter. Man kan (i) enten se det slik at det er tilstrekkelig å se hen til hvorvidt de(n) nyoppdagede feilen(e) feilene, *isolert sett*, er vesensforskjellige fra de(n) feilen(e) som ble påberopt i den første saken. Eller (ii), man kan se det slik at det avgjørende er om de faktiske omstendighetene som *samlet sett* må være til stede for at mangelskravene i de respektive søksmålene skal inntre, er vesensforskjellige.

I situasjonen som avhandlingen behandler, påberoper kjøperen i det nye søksmålet en eller flere *helt nye* feil, som er *uavhengige* av de feilene som ble påberopt i det første søksmålet. De(n) nyoppdagede feilen(e) er altså isolert sett av vesensforskjellig karakter fra feilene som ble gjort gjeldende i den første saken. Dersom det er rettskildemessige holdepunkter for å besvare spørsmålet i tråd med (i), er altså nyoppdagede feil et nytt rettsfaktum som i seg selv tilsier at man står overfor et nytt krav.

Må spørsmålet derimot besvares i tråd med (ii) vil ikke nyoppdagede feil nødvendigvis medføre at det er vesensforskjeller mellom de faktiske grunnlagene i søksmålene; all den tid avhendingsloven § 3-2 første ledd danner grunnlag for prisavslagskravene i begge søksmål, kan det være sammenfall mellom rettsfaktaene som ble gjort gjeldende i søksmålene. Legges denne løsningen til grunn får rettsgrunnlagets utforming betydning for hvorvidt det er vesensforskjeller mellom de faktiske betingelsene. I tillegg gjelder begge søksmål det samme formuesobjektet og den samme kjøpskontrakten. På dette punkt er det alltid et visst sammenfall mellom de faktiske grunnlagene for søksmålene.

Forarbeidene tar ikke direkte stilling til spørsmålet, men fastslår at det må vurderes om «det er vesensforskjeller mellom de faktiske (...) betingelser som må foreligge for at rettsfølgene skal

inntre (min understreking)». <sup>35</sup> Den mest nærliggende forståelsen av dette er at de faktiske vilkårene som *samlet sett* må foreligge for at rettsfølgene for det nye kravet skal inntre, må sammenlignes med de faktiske vilkårene som ble påberopt som grunnlag for det første søksmålet. Eksempelvis, ettersom nyoppdagede feil ikke nødvendigvis i seg selv er tilstrekkelig for å at kjøper har et mangelskrav i medhold av avhendingsloven § 3-2 første ledd, kan nyoppdagede feil sammenholdt med feilene som ble påberopt i det første søksmålet, danne grunnlag for en mangel. Det faktiske grunnlaget som må foreligge for at prisavslagskravet i det nye søksmålet skal inntre, vil i så fall også omfatte det faktiske grunnlaget som ble påberopt i den første saken. Dermed er det heller ikke vesensforskjeller mellom de faktiske grunnlagene i søksmålene, hvilket tilsier at nyoppdagede feil omfattes av rettskraftvirkningene til den første saken.

På den annen side kan det argumenteres for at et nytt krav om feil, som *isolert sett* er vesentlig annerledes enn feilene som ble påberopt i den første saken, *i seg selv* bidrar til å gi den nye tvisten en annen identitet. Som påpekt i punkt 2.1 er det overordnede spørsmålet i identitetsvurderingen om det nye kravet har en annen identitet enn kravet i den første saken, og vurderingsmomentene skal være rettledeende ved avgjørelsen av dette. Ettersom nyoppdagede feil er uavhengige og av en vesentlig annen karakter enn feilene som ble påberopt i den første saken, vil et nytt krav om nyoppdagede feil *i seg selv* kunne tilsi at den nye tvisten har en annen identitet enn den første saken. Slik sett bør introduksjonen av nyoppdagede feil i det nye søksmålet, *i seg selv* være tilstrekkelig for å konstatere vesensforskjeller på den faktiske betingelsessiden av søksmålene.

Til støtte for dette synet kan det vises til Rt. 2013 s. 434, hvor to uavhengige feil ved samme eiendom ble bedømt som forskjellige krav. Spørsmålet i saken var hvorvidt et nytt søksmål med krav om utbedring av manglende utlufting av fuktighet, var det samme kravet som et krav om utbedring av luftlekkasjer. Ettersom det allerede var reist krav om utbedring av luftlekkasjer, og denne saken fortsatt var under domstolsbehandling, var det helt konkret et spørsmål om det nye søksmålet skulle avvises som litispending, jf. tvisteloven. § 18-1. Høyesterett svarte nei på det, fordi feilene var uavhengige av hverandre og av ulik karakter; siden feilene ikke hadde utgangspunkt i den samme årsaken, ville heller ikke utluftingsproblemene som ble påberopt i den nye saken bli eliminert gjennom utbedring av

---

<sup>35</sup> Ot. prp.nr.51 (2004-2005) side 44 og NOU 2001:32 A side 383.



luftlekkasjene, som var avgjørelsestema i den første saken.<sup>36</sup> Dette ble avgjørende for at det nye søksmålet ble ansett for å ha en annen identitet enn den første (pågående) saken.

Avgjørelsen omhandlet imidlertid et nytt søksmål som *utelukkende* gjaldt andre feil enn de som var anført i den første saken. Feilene som ble påberopt i søksmålene ble altså gjort gjeldende som selvstendige grunnlag for kravene; utluftingsproblemene ble alene påberopt som tilstrekkelig faktisk grunnlag for at mangelskravet i det nye søksmålet skulle inntre. Det var dermed helt andre faktiske omstendigheter som måtte være til stede i den nye saken for at kjøper skulle ha et mangelskrav, sammenliknet med saken som allerede var opptatt til doms. De faktiske omstendighetene i søksmålene var imidlertid ikke *helt* ulike, ettersom sakene gjaldt den samme kontrakten og det samme formuesobjektet som i den første saken. Når det bare er formuesobjekt og kjøpskontrakt som sammenfaller i søksmålene, kan heller ikke avgjørelsen uten videre tas til inntekt for at nyoppdagede feil alene kan føre til vesensforskjeller på den faktiske betingelsessiden av søksmålene.

En annen avgjørelse som belyser spørsmålet er HR-2001-00347. Kjøperen av en eiendom hadde fremsatt krav om heving, erstatning og prisavslag etter kjøp av et bolighus, grunnet rotteskader og råtedannelse i taket. Herredsretten mente imidlertid at disse feilene verken alene eller samlet sett ga grunnlag for et hevingskrav, men kjøperen fikk medhold i at rotteskadene ga grunnlag for krav på prisavslag og erstatning. Feilene ved taket ble derimot ikke bedømt som en mangel ved eiendommen, som kunne gi grunnlag for et prisavslag. Kjøperen anket deretter avgjørelsen på de punktene det ikke ble gitt medhold.

I etterkant av at kjøper hadde inngitt anke i saken, avdekket kjøperen at det også var feil ved det elektriske anlegget. Kjøperen anførte at disse feilene skulle trekkes inn i saken for lagmannsretten, til støtte for kravene som allerede var blitt fremsatt. Dermed oppstod spørsmål om feilene ved det elektriske anlegget måtte bedømmes som et nytt krav, slik at kjøper var henvist til å reise et nytt søksmål om disse. Høyesterett besvarte dette bekræftende når det gjaldt prisavslagskravet, men når det gjaldt kravet om heving mente Høyesterett at feilene ved det elektriske anlegget måtte bedømmes som et nytt påstandsgrunnlag for det samme hevingskravet som ble fremmet for herredsretten.

---

<sup>36</sup> Rt. 2013 s. 434 avsnitt 22.

Selv om begrunnelsen for denne konklusjonen ikke er synliggjort i domspremissene, er det nærliggende å anta at feilene ved det elektriske anlegget ble ansett som en del av hevingskravet, som følge av at heving av en avtale forutsetter en samlet vurdering av hvorvidt det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd.<sup>37</sup> Dersom eiendommen hadde en ytterligere mangel ville dette inngå helhetsvurderingen, og støtte oppunder at vesentlighetskriteriet var innfridd. At det *i tillegg* var feil ved det elektriske anlegget var dermed et nytt grunnlag for kjøperens hevingskrav, som sammen med rotteskadene, kunne medføre at vesentlighetskriteriet var innfridd. Dette samsvarer med at det avgjørende er om det faktiske grunnlaget som *samlet sett* ligger til grunn for mangelskravene i søksmålene, er vesensforskjellig.

Når det gjelder prisavslagskrav, forutsetter dette at eiendommen har én mangel.<sup>38</sup> I denne saken var det anførte mangelsgrunnlaget avhendingsloven § 3-9 annet punktum, som legger opp til en samlet tilstandsvurdering ved avgjørelsen av hvorvidt eiendommen er mangelfull. Den nyoppdagede feilen i det elektriske anlegget var dermed et nytt faktisk forhold som, sammen med feilene ved taket, kunne lede til at eiendommen hadde en mangel. At Høyesterett ikke betraktet feilen ved det elektriske anlegget som et nytt påstandsgrunnlag for kjøperens prisavslagskrav harmonerer slik sett dårlig med Høyesteretts konklusjon om at feilen ved det elektriske anlegget var en del av hevingskravet.

Imidlertid ble feilene ved det elektriske anlegget tilsynelatende påberopt som et nytt *selvstendig* faktisk grunnlag for kjøpers prisavslagskrav, slik at feilene ved det elektriske anlegget og feilene ved taket utgjorde forskjellige mangler etter avhendingsloven § 3-9 annet punktum. De faktiske omstendighetene som ble gjort gjeldende som grunnlag for at det forelå én mangel etter denne bestemmelsen, var altså ikke feilene *samlet sett*. I realiteten ble det dermed fremsatt to prisavslagskrav, for det som tilsynelatende ble hevdet å være to ulike mangler. At dette rent faktisk utgjorde forskjellige krav ble også fastslått av Høyesterett, hvilket bør sees i sammenheng med at feilene ved det elektriske anlegget var av en helt annen karakter og uavhengig av feilene ved taket. Det faktiske grunnlaget for prisavslagskravet for feilene ved det elektriske anlegget, var altså ulikt fra det faktiske grunnlaget for prisavslagskravet for feilene ved taket. Prisavslagskravet for feilene ved det elektriske anlegget måtte derfor bedømmes som et nytt krav.

---

<sup>37</sup> Se avhendingsloven § 4-13 første ledd.

<sup>38</sup> Se avhendingsloven § 4-12 første ledd.

Dette er forenlig med at Høyesterett betraktet de nyoppdagede feilene som en del av hevingskravet, basert på at det faktiske grunnlaget i saken for herredsretten *samlet sett* ikke var vesensforskjellig fra det faktiske grunnlaget i ankesaken. Et tilsvarende synspunkt kan anlegges overfor kravene om prisavslag; sett bort fra at prisavslagskravene gjaldt samme eiendom og samme kjøpskontrakt, gjaldt det nye prisavslagskravet for feil ved det elektriske anlegget helt andre faktiske omstendigheter, enn prisavslagskravet for feilene ved taket. Det faktiske grunnlaget som *samlet sett* lå til grunn for prisavslagskravene, var dermed vesensforskjellig. Saken er dermed også forenlig med avgjørelsen inntatt i Rt. 2013 s. 434.

Ettersom de gjengitte betraktningene rundt resultatet i HR-2001-00347 ikke har noen klar forankring i domspremissene, har de begrenset rettskildemessig vekt. Dommen blir derfor ikke mer enn et støttemoment for at det er de faktiske omstendighetene som *samlet sett* må være til stede for at kravene i de respektive søksmålene inntre, som skal underlegges en sammenlikning.

Oppfatningen samsvarer også med flertallets votum i HR-2018-203-U. Saken gjaldt begjæring om gjenåpning av en tingsrettsdom, på grunnlag av nyoppdagede feil ved et bolighus. Gjenåpning forutsetter imidlertid at de nye forholdene som påberopes som grunnlag for gjenåpning er rettskraftig avgjort, og dette var også spørsmålet for Høyesterett. Under henvisning til mangelsgrunnlagets utforming, som var avhendingsloven § 3-9 annet punktum, kom flertallet i Høyesterett til at de nyoppdagede feilene måtte bedømmes som en del av det tidligere pådømte mangelskravet:

«Når det, som i dette tilfellet, kommer frem nye feil ved eiendommen som ikke var kjent da Moss tingretts dom ble avsagt 7. oktober 2013, vil dette være «opplysninger om faktiske forhold som var ukjent da saken ble avgjort». Opplysningene kan ha betydning for vurderingen av om eiendommen var «i vesentleg ringare stand» enn de ankende parter hadde grunn til å regne med. De nye opplysningene gjelder dermed den samme tvistegjenstanden som ble avgjort ved Moss tingretts dom. Gjenåpning etter tvisteloven § 31-4 kan derfor være aktuelt» (min understreking).<sup>39</sup>

At rettsgrunnlaget la opp til en samlet tilstandsvurdering hvor nye feil kunne få betydning for hvorvidt eiendommen var mangelfull, måtte etter flertallets syn innebære at de nyoppdagede feilene var en del av det allerede pådømte mangelskravet. Flertallet foretok imidlertid ingen

---

<sup>39</sup> HR-2018-203-U avsnitt 19.

grundig vurdering av den materielle rettskraften til den første avgjørelsen, og det er derfor uklart om de med dette siktet til at den nye saken ikke forutsatte at det var vesensforskjellige faktiske vilkår til stede, sammenliknet med den første saken. Det er likevel mest nærliggende å forstå flertallet på denne måten; ettersom de nyoppdagede feilene ble påberopt som grunnlag for kjøpers mangelskrav, sammen med de tidligere pådømte feilene, så ville ikke de faktiske betingelsene for søksmålene *samlet sett* være vesensforskjellige. Dette er i samsvar med min fortolkning av den refererte rettspraksisen.

Samtidig kan flertallets tilnærming forstås slik at de tok utgangspunkt i vilkårene for gjenåpning ved besvarelsen av rettskraftsspørsmålet, ettersom flertallet tilsynelatende kun vurderte om de nyoppdagede feilene kunne medføre at vesentlighetskriteriet i avhendingsloven § 3-9 likevel var innfridd. Dette har betydning for hvorvidt det er aktuelt med gjenåpning etter tvisteloven § 31-4 bokstav a, som fastsetter at gjenåpning kan begjæres «hvis opplysninger om faktiske forhold var ukjent da saken ble avgjort, tilsier at avgjørelsen høyst sannsynlig ville blitt en annen». Det kan derfor virke som at flertallet, om enn nok så indirekte, mener at siden det er en *mulighet* for at resultatet i den første saken kunne blitt annerledes må dette lede til at spørsmålet reguleres av gjenåpningsreglene. At det kunne være aktuelt å gjenåpne saken, sier imidlertid ikke noe om de nyoppdagede feilene er omfattet av rettskraften til den første avgjørelsen. Dette kommer også til uttrykk i forarbeidene hvor det fremgår at:

«Ved avgjørelsen av hvor bindende en dom er, må rettskraftreglene ses i sammenheng med reglene om gjenopptakelse. Disse regelsettene er harmonisert slik at de samlet gir en hensiktsmessig regulering av adgangen til ny prøving av saken, og slik at samme forhold ikke kan påberopes både som grunnlag for gjenopptakelse og ny sak» (min understreking).<sup>40</sup>

Harmoniseringen av regelsettene består i at gjenåpningsreglene ikke er anvendelige, før det kan konstateres at de nye forholdene som hevdes å gi grunnlag for gjenåpning omfattes av rettskraften til den første avgjørelsen. Ved spørsmål om gjenåpning på grunnlag av nyoppdagede feil må det derfor i første omgang vurderes om feilene gjelder det samme avgjørelsestemaet som i den første saken, basert på en identitetsvurdering. Flertallet synes imidlertid å hoppe over selve identitetsvurderingen, og heller la vilkårene for gjenåpning avgjøre om rettskraften av den første avgjørelsen omfatter de nye forholdene. Med en slik

---

<sup>40</sup> NOU 2001:32 A side 389.

tilnærming blir det ikke lenger en skarp todeling mellom situasjoner som gir grunnlag for gjenåpning og situasjoner som gir grunnlag for ny sak.

Uklarhetene knyttet til begrunnelsen for flertallets konklusjon, samt at avgjørelsen ble avsagt under dissens, innebærer at den rettskildemessige vekten av avgjørelsen er nokså liten. Resultatet er imidlertid forenlig med resultatet i HR-2001-00347 og Rt. 2013 s. 434, og utgjør slik sett et støttemoment i retning av at det er de faktiske omstendighetene som *samlet sett* må være til stede for at kravene inntreffer, som skal underlegges en sammenlikning.

Mindretallets votum i HR-2018-203-U støtter derimot oppunder at det avgjørende er hvorvidt den nyoppdagede feilen *isolert sett* er vesensforskjellig fra feilene i den første saken.<sup>41</sup> Etter mindretallets syn var det ikke av betydning for identitetsvurderingen at tidligere pådømte feil også kunne inkluderes i mangelsvurderingen i det nye søksmålet; det var reglene om rettskraftens rekkevidde som avgjorde om tidligere pådømte feil kunne inngå i et nytt søksmål. Mindretallet presiserte at rettskraftvirkningene til en tidligere avgjørelse kun stenger for en ny sak dersom de nye opplysningene ligger *innenfor*, og ikke bare står i sammenheng med, tvistegjenstanden som ble avgjort i den første saken. Under henvisning til at de nye opplysningene lå *utenfor* tvistegjenstanden som ble avgjort i den tidligere saken, konkluderte mindretallet med at de nyoppdagede feilene ga grunnlag for et nytt krav. Det underliggende resonnementet var tilsynelatende at siden den nyoppdagede feilen var av vesensforskjellig karakter, og uavhengig av feilene som ble gjort gjeldende i det første søksmålet, så befant de nye opplysningene seg utenfor den tvistegjenstanden som var avgjørelsesstema i den første saken.

En samlet lesning av de nevnte høyesterettsavgjørelsene tilsier likevel at det avgjørende for hvorvidt det er vesensforskjeller mellom de faktiske betingelsene for kravene, må være om det faktiske grunnlaget i den nye saken *samlet sett* er vesensforskjellig fra det faktiske grunnlaget i det første søksmålet. At resultatene i disse sakene harmonerer med forarbeidsuttalelsene underbygger denne løsningen som gjeldende rett.

I teorien er spørsmålet tilsynelatende ikke behandlet. Basert på de teoretiske fremstillingene som *berører* problemstillingen, synes det å være en omforent forståelse om at nye feil, som er uavhengige fra feil som ble påberopt i det første søksmålet, kan danne grunnlag for et nytt

---

<sup>41</sup> HR-2018-203-U avsnitt 24 til avsnitt 26. I samme retning Backer (2021) side 385.

krav.<sup>42</sup> Hvorvidt slike feil i seg selv er tilstrekkelig for å konstatere at de faktiske grunnlagene i de to søksmålene er vesensforskjellige, blir derimot ikke adressert. Noe mer opplysende kan riktignok fremstillingen til Schei mfl. hevdes å være, hvor det står følgende:

«Hvis det påberopes nye påstandsgrunnlag til støtte for samme type krav, må det foretas en vurdering av om det er så vesentlige forskjeller med hensyn til tid og sted og nærmere omstendigheter at det i sak to fremstår som et krav på grunnlag av et selvstendig kompleks av faktiske omstendigheter» (min understreking).<sup>43</sup>

Den mest nærliggende forståelsen av uttalelsen, er at det faktiske grunnlaget som *samlet sett* ligger til grunn for kravene skal underlegges en sammenlikning; så lenge det utelukkende er nyoppdagede feil som påberopes som grunnlag for at eiendommen er mangelfull, og som derved danner grunnlag for et prisavslagskrav, fremstår det nye kravet som selvstendig fra det allerede pådømte kravet.

Etter dette må det konstateres at det er det faktiske grunnlaget som *samlet sett* ligger til grunn for søksmålene som skal underlegges en sammenlikning, med sikte på å avgjøre om det er vesensforskjeller. For problemstillingen som avhandlingen behandler må det dermed differensieres mellom tilfellene der nyoppdagede feil *alene* påberopes som grunnlag for et nytt søksmål, og tilfellene der nyoppdagede feil, *sammenholdt* med feilene som ble pådømt i det første søksmålet, påberopes som grunnlag for det nye søksmålet. Det er kun i de førstnevnte tilfellene at det er vesensforskjeller mellom de faktiske betingelsene som ligger til grunn for søksmålene. I slike tilfeller taler momentet for at man står overfor forskjellige krav.

### **2.2.3 Interessene rettsreglene verner**

Det er også av betydning for identitetsvurderingen om det er forskjellige interesser som vernes av reglene som danner grunnlag for rettsfølgen.<sup>44</sup> Dette utgjør i så fall et argument for at det er forskjellige krav.

Siden avhandlingen bygger på en forutsetning om at det er samme rettsgrunnlag for prisavslagskravene i begge søksmål, er det også de samme interessene som vernes av regelen

---

<sup>42</sup> Skoghøy (2017) side 1088. I samme retning Backer (2021) side 380 og Schei, Tore mfl., *Tvisteloven kommentarutgave*, Elektronisk versjon bekreftet à jour per 1. mars 2021, note 7.4 til tvisteloven § 19-15 (lest 2. november 2021).

<sup>43</sup> Schei, Tore mfl., *Tvisteloven kommentarutgave*, Elektronisk versjon bekreftet à jour per 1. mars 2021, note 7.4 til tvisteloven § 19-15 (lest 2. november 2021).

<sup>44</sup> Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 441.

som danner grunnlag for prisavslagskravene. Det tilsier at man står overfor det samme kravet som var avgjørelsestema i den første saken.

#### **2.2.4 Sammenfatning**

I punkt 2.2.1 ble det slått fast at det er et tungtveiende moment i retning av at man står overfor samme krav, at rettsvirkningene som gjøres gjeldende i søksmålene er kvalitativt like.

Ettersom avhandlingen forutsetter at saksøker fremmer prisavslagskrav i begge søksmål, tilsier dette *isolert sett* at man står overfor samme kravet.

Momentet blir imidlertid mindre viktig dersom kravene kan kumuleres, hvilket tilsier at man står overfor ulike krav. Det er tilfellet dersom nyoppdagede feil danner selvstendig grunnlag for det nye prisavslagskravet. Under en slik forutsetning får ikke momentet noen særlig betydning for identitetsvurderingen. Dersom det nye søksmålet derimot også inkluderer feil som ble påberopt i den første saken, er det kun kumulasjonsadgang i den utstrekning det påberopes nyoppdagede feil. I slike tilfeller trekker rettsvirkningene *mest* i retning av at det er samme krav.

Videre ble det i punkt 2.2.2 vist til at vesensforskjeller mellom de faktiske og rettslige betingelsene for kravene tilsier at man står overfor forskjellige krav. For situasjonen som her behandles er de rettslige betingelsene for kravene sammenfallende, hvilket tilsier at man står overfor det samme kravet.

Når det gjelder de faktiske betingelsene for kravene viste gjennomgangen i punkt 2.2.2.2 at situasjonen som her behandles *dels* omhandler rettsfakta som allerede har vært fremme i den første saken, og *dels* helt nye rettsfakta. At sakene gjelder nyoppdagede feil, er likevel ikke *i seg selv* tilstrekkelig for å konstatere at det er vesensforskjeller på den faktiske betingelsessiden av søksmålene. Det avgjørende er om de faktiske grunnlagene for søksmålene *samlet sett*, er vesensforskjellig. Utformingen av rettsgrunnlaget for mangelskravet får dermed betydning for identitetsvurderingen. All den tid avhendingsloven § 3-2 første ledd legger opp til en samlet tilstandsvurdering av eiendommen, må det derfor differensieres mellom to situasjoner:

- (i) Saksøker påberoper de(n) nyoppdagede feilen(e) ved eiendommen *alene* som grunnlag for mangelskravet. Eller,

(ii) saksøker påberoper de(n) nyoppdagede feilen(e) ved eiendommen, sammenholdt med de tidligere pådømte feilene, som grunnlag for mangelskravet.

I situasjon (i) sammenfaller de faktiske omstendighetene som ligger til grunn for søksmålene, kun når det gjelder formuesobjekt og kjøpskontrakt. Utover dette bygger prisavslagskravene på helt forskjellige feil ved eiendommen, som også er uavhengige av hverandre. I disse tilfellene er de faktiske betingelsene for prisavslagskravene vesensforskjellige.

Det er derimot større grad av sammenfall mellom de faktiske betingelsene for søksmålene i situasjon (ii). I disse tilfellene gjelder ikke det nye søksmålet bare det samme formuesobjektet og den samme kjøpskontrakten; også de tidligere pådømte feilene danner grunnlag for det nye søksmålet. Det eneste som skiller sakene fra hverandre er de(n) nyoppdagede feilen(e). I disse tilfellene er de faktiske betingelsene for prisavslagskravene *ikke* vesensforskjellige.

Det er altså kun i situasjon (i) at det er vesensforskjeller mellom de faktiske betingelsene for søksmålene, som tilsier at de(n) nyoppdagede feilen(e) gir grunnlag for et nytt søksmål. For situasjon (ii) trekker momentet derimot i retning av at man står overfor det samme kravet.

Videre ble det i punkt 2.2.3 påpekt at interessene som rettsreglene i søksmålene tar sikte på å ivareta er sammenfallende, hvilket taler for at det er samme kravet.

Ved den endelige avveiningen av disse momentene, må det differensieres mellom to situasjoner slik det ble gjort ved vurderingen av hvorvidt det var vesensforskjeller mellom de faktiske betingelsene for kravene.

I situasjon (i) er det vesensforskjell mellom de faktiske betingelsene, hvilket trekker i retning av at man står overfor et nytt krav. At det er sammenfall mellom de rettslige betingelsene for kravene og de interessene som rettsreglene kravene bygger på, svekker imidlertid vekten av dette momentet. Samlet sett gir derfor ikke momentene i forarbeidene noe særlig bidrag til besvarelsen av avhandlingens problemstilling i disse situasjonene. Avgjørende blir dermed om det kan påvises andre momenter av relevans for identitetsvurderingen, og hvordan disse i så fall tilsier at avhandlingens problemstilling skal besvares.

I situasjon (ii) er det derimot vesentlige likheter mellom de rettslige *og* faktiske betingelsene for kravene. Sammenholdt med at interessene bak rettsreglene er sammenfallende, taler dette med tyngde for at man står overfor samme kravet. Videre trekker også rettsvirkningene til



prisavslagskravene mest i retning av at dette skal bedømmes som samme krav. Det må dermed legges til grunn at momentene angitt i forarbeidene, samlet sett, trekker *tungt* i retning av at man står overfor det samme kravet i denne situasjonen. Dette er imidlertid ikke uten videre avgjørende; kan det påvises andre momenter av betydning for identitetsvurderingen som er tilstrekkelig tungtveiende, kan dette lede til annet resultat.

Hvorvidt det kan påvises andre momenter av betydning for den identitetsvurderingen som skal foretas her, og vekten av disse, drøftes i punkt 2.3.

## 2.3 Andre momenter av relevans for identitetsvurderingen

### 2.3.1 Formålet til tvisteloven § 19-15 tredje ledd

Ved utleggingen av innholdet til en lovregel er formålet bak lovregelen et relevant moment. At formålsbetraktninger kan få betydning for identitetsvurderingen har også blitt lagt til grunn i rettspraksis.<sup>45</sup> Det er likevel først dersom den endelige avveiningen av alle momenter i identitetsvurderingen er tvilsom, at formålet til tvisteloven § 19-15 tredje ledd utgjør et tungtveiende bidrag.<sup>46</sup>

Det primære formålet med regelen i tvisteloven § 19-15 tredje ledd, er at partene skal kunne innrette seg etter en endelig avgjørelse.<sup>47</sup> Dette skaper i sin tur forutberegnelighet, i den forstand at partene kan disponere i tillit til at kravet som er rettskraftig avgjort ikke kan bringes inn for domstolene på ny. Videre vil også den endelige avslutningen en rettskraftig avgjørelse markerer, stimulere partene til å bringe alle faktiske og rettslige forhold på bordet i en og samme sak.<sup>48</sup>

Dette formålet vil *generelt sett* best ivaretas dersom det anlegges en vid forståelse av hva som er samme krav. I så fall vil rettskraften til en avgjørelse langt på vei stenge for en ny sak, selv om det kommer nye rettsfakta på bordet. Innrettelseshensynet rekker imidlertid ikke så langt at motparten på en beskyttelsesverdig måte kan innrette seg etter at *ethvert* mangelskrav i tilknytning til det aktuelle formuesobjektet er avgjort, etter at en avgjørelse har blitt

---

<sup>45</sup> Se bl.a. HR-2018-1130-A avsnitt 31, Rt. 2013 s. 1517 avsnitt 37, Rt. 2013 s. 479 og Rt. 2009 s. 286 avsnitt 25.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Pedersen/Skoghøy (2020) side 337.

<sup>48</sup> Se bl.a. Rt. 2008 s. 833 avsnitt 62.

rettskraftig. Et krav som har en annen identitet enn kravet i den første saken, vil ikke motparten på en beskyttelsesverdig måte ha innrettet seg etter at ikke kan bli gjenstand for nytt søksmål.

Illustrerende for lovformålets betydning i identitetsvurderingen er Rt. 2008 s. 833, hvor spørsmålet var om et søksmål måtte avvises, under henvisning til at det omhandlet et allerede pådømt krav. Saksøker hadde fremmet erstatningskrav i begge søksmål, som gjaldt de *samme kostnadene*. Ansvarsgrunnlagene som ble gjort gjeldende for erstatningskravene i de respektive søksmålene, var imidlertid ulike. Herunder var det culpaansvaret som ble gjort gjeldende som ansvarsgrunnlag for erstatningskravet i den første saken. I det nye søksmålet var det derimot styreansvaret som ble gjort gjeldende som ansvarsgrunnlag for erstatningskravet. Etter å ha foretatt en nærmere drøftelse av momentene som gjorde seg gjeldende i identitetsvurderingen, konstaterte Høyesterett følgende:

«Den endelige avveiningen volder tvil. I tvilstilfelle mener jeg at en også kan legge vekt på konsekvenshensyn(...). Rettskraftsinstituttet er blant annet begrunnet i at en sak bør få en endelig avslutning, og i at det ansporer partene til å forberede saken grundig – få alle forhold på bordet, både de faktiske og de juridiske» (min understreking).<sup>49</sup>

I forlengelsen av dette påpekte Høyesterett at konsekvensen av å tillate det nye søksmålet fremmet, var at saksøker kunne reise et nytt erstatningssøksmål om de samme kostnadene, så lenge saksøker kun gjorde gjeldende ett av rettsgrunnlagene for erstatningskravet i den første saken. En slik løsning fører til at saksøker alltid kan snu seg rundt og reise et nytt erstatningssøksmål etter det rettsgrunnlaget som ikke ble gjort gjeldende i den første saken, selv om det er samme kostnader som kreves erstattet. Dette er en løsning som inviterer til omkamp, og som havner i konflikt med rettskraftreglens formål om å gi saken en endelig avslutning. Med avgjørende vekt på dette forholdet konkluderte Høyesterett med at det nye erstatningskravet var en del av det allerede pådømte erstatningskravet.

Disse hensynene ble også vektlagt i HR-2018-1130-A, hvor et prisavslagskrav og erstatningskrav for de samme feilene ble ansett som det samme kravet som naturaldebitor sitt vederlagskrav. I vurderingen ble det lagt stor vekt på at løsningen kunne bidra til at alle

---

<sup>49</sup> Rt. 2008 s. 833 avsnitt 62.

grunnlag for det samme pengekravet ville trekkes inn i den første saken. Dermed ville også rettskraftreglenes formål om å gi saken en endelig avslutning bli best ivaretatt.

De nevnte høyesterettsavgjørelsene viser at lovformålet gjennomgående tilsier at alle relevante grunnlag for et pengekrav må påberopes i den første saken. Slik sett må lovformålet tas til inntekt for at saksøker burde påberopt de(n) nyoppdagede feilen(e) i den første saken, og at slike feil skal bedømmes som en del av det pådømte mangelskravet. Det sentrale spørsmålet for avhandlingen blir dermed om det er relevante forskjeller mellom den overnevnte rettspraksisen og problemstillingen som her behandles.

En fellesnevner i avgjørelsene er at de omhandler samme kostnader.<sup>50</sup> Formålet til tvisteloven § 19-15 tredje ledd taler mot at det kan reises et nytt søksmål i disse tilfellene; all den tid kravet gjelder de samme pengene har saksøker en sterk oppfordring til å ta med alle grunnlag for pengekravet i den første saken. På dette punkt skiller avhandlingens problemstilling seg fra saksforholdet i de nevnte avgjørelsene. Nyoppdagede feil er et nytt rettsfaktum, og dette utgjør en ny taps- eller utgiftspost.<sup>51</sup> Det er derfor *andre* kostnader som kreves kompensert i det nye søksmålet, enten i tillegg til kostnadene som ble krevd kompensert i den første saken eller helt alene. Dessuten kan ikke et nytt søksmål, foranlediget av et nytt rettsfaktum, betraktes som en ren omkamp; den rettslige vurderingen av hvorvidt saksøker har et mangelskrav må også ta for seg de(n) nyoppdagede feilen(e) som ikke var fremme i den første saken.

En ytterligere forskjell er at de nye søksmålene baserte seg på et annet *rettsgrunnlag*, enn det som ble påberopt i den første saken. Alle relevante rettsgrunnlag for et pengekrav må jevnt over forutsettes kjent for saksøker, og saksøker har derfor en sterk oppfordring til å påberope disse første gang kostnadene kreves kompensert.<sup>52</sup> Ut fra rettskraftreglenes formål er det derfor rimelig å kreve at alle rettsgrunnlagene for kravene påberopes i den første saken, men tilsvarende kan ikke uten videre konstateres når det gjelder nyoppdagede feil. Hvorvidt saksøker hadde en oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) avhenger av om saksøkeren hadde en *reell* mulighet til å få kunnskap om feilene i den første saken.<sup>53</sup>

Tankegangen om at rettskraftsvirkningene til en avgjørelse leder til at partene påberoper alle

---

<sup>50</sup> Se også mindretallet i HR-2018-2190-A avsnitt 57.

<sup>51</sup> Jf. punkt 2.2.1.

<sup>52</sup> Se også forutsetningsvis mindretallet i HR-2018-2190-A avsnitt 53 til 58.

<sup>53</sup> Kjøpers oppfordring til å påberope feilen i den første saken er et eget moment i identitetsvurderingen. Se punkt 2.3.4. Spørsmålet om *når* kjøper har en slik oppfordring behandles i punkt 2.3.4.1.

feil ved eiendommen i den første saken, forutsetter at partene hadde en reell mulighet til å avdekke alle feilene. Dette er ikke nødvendigvis tilfellet ved skjulte feil, ettersom skjulte feil kan være vanskelig eller praktisk talt umulig for saksøker å avdekke. I så fall hadde heller ikke saksøker noen oppfordring til å påberope feilen i første omgang. Det er dermed først hvis saksøker hadde en reell mulighet til å avdekke alle feilene ved eiendommen i den første saken, at det forelå en oppfordring til å påberope disse. I slike tilfeller kan rettskraftreglens formål tas til inntekt for at feilene må bedømmes som en del av det pådømte mangelskravet.

Ytterligere til støtte for dette er reklamasjonsreglene, som fastsetter en relativ reklamasjonsfrist som tidligst begynner å løpe fra tidspunktet kjøperen *burde* ha oppdaget feilen.<sup>54</sup> Avgjørende for når den relative reklamasjonsfristen begynner å løpe, er dermed når kjøperen hadde en oppfordring til å avdekke feilen(e) ved eiendommen. Dette tilsier at selgers eventuelle innrettelse etter at det ikke vil gjøres gjeldende nye mangelskrav, i hvert fall et stykke på vei, skjer på selgers egen risiko. Det er altså først etter at den absolutte reklamasjonsfristen på fem år er utløpt, at selgeren kan være helt trygg på at det ikke kommer noen mangelskrav.<sup>55</sup>

Drøftelsen har vist at dersom kjøper hadde en oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) i den første saken, vil rettskraftreglens formål tilsi at feilen(e) må bedømmes som en del av det pådømte mangelskravet. Foreligger det ingen slik oppfordring vil ikke rettskraftreglens formål tale mot at det kan reises en ny sak.

### **2.3.2 Hensynet til prosessøkonomi**

Sammen med ankereglene skaper rettskraftreglene et system der partene har mulighet til å få saken overprøvd av en annen domstol, men hvor det på et punkt settes en sluttstrek. Dette gir et effektivt og prosessøkonomisk system, ettersom partene stimuleres til å ta med alle påstandsgrunnlag som underbygger kravet i første omgang. At prosessøkonomiske hensyn kan tillegges en viss vekt i identitetsvurderingen er lagt til grunn i rettspraksis, hvor synspunktet er at dersom det er mest prosessøkonomisk gunstig å behandle kravene samlet, er det et argument for at man står overfor samme kravet.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Jf. Avhendingsloven § 4-19 første ledd. Reklamasjonsreglene og deres betydning for identitetsvurderingen behandles nærmere i punkt 2.3.4.1.

<sup>55</sup> Jf. Avhendingsloven § 4-19 annet ledd.

<sup>56</sup> Se bl.a. HR-2018-1130-A avsnitt 29 og 31

Generelt sett tilsier prosessøkonomiske hensyn at rettskraftreglene bør fortolkes strengt. Synspunktet er at dersom partene vet at rettskraftvirkningene til en avgjørelse stenger for en ny sak, vil partene sørge for å trekke inn alle relevante omstendigheter i den første saken. Overføres disse synspunktene til saker som vedrører feil ved eiendom, vil saksøkers kunnskap om at den første avgjørelsen stenger for en ny sak om ytterligere feil, presumtivt medføre at saksøker undersøker om det er ytterligere feil ved eiendommen, slik at alle feil ved eiendommen påberopes i samme sak.

Som det ble vist til i punkt 2.3.1 hviler imidlertid tankegangen om at rettskraftsvirkningene til en avgjørelse fører til at alle feil ved eiendommen påberopes i samme sak, på en forutsetning om at partene hadde en reell mulighet til å avdekke alle feilene i det første søksmålet. Det er først dersom saksøker hadde en reell mulighet til å avdekke feilene, og dermed en oppfordring til å påberope disse i den første saken, at prosessøkonomiske hensyn kan vektlegges i retning av at feilen skal bedømmes som en del av det pådømte mangelskravet.<sup>57</sup>

Dette kommer også til uttrykk i Rt. 2013 s. 434. Saken gjaldt spørsmål om et krav knyttet til manglende utlufting av fuktighet i en hytte, måtte betraktes som en del av et rettskraftig avgjort mangelskrav, som omhandlet luftlekkasjer i den samme hytta. Det sa Høyesterett nei til, fordi de anførte manglene var av vesensforskjellig karakter. I forlengelsen av dette bemerket Høyesterett følgende om betydningen av prosessøkonomiske hensyn:

«Det er lagt til grunn i tidligere praksis at det i en viss utstrekning kan tas hensyn til prosessøkonomiske hensyn. Det følger imidlertid klart av bakgrunnen for at ikke alle de mangler som nå påberopes, er til behandling i den første saken, at det ikke er grunnlag for å trekke inn slike hensyn» (min understreking).<sup>58</sup>

Bakgrunnen for at den manglende utluftingen ikke ble påberopt i den første saken var dels at saksøker, av grunner som motparten var ansvarlig for, ikke kunne avdekket feilene før hovedforhandling i tingretten.<sup>59</sup> Dels var det også umulig for saksøker å påberope de nye feilene ved utluftingssystemet i den første saken; da feilene ble avdekket under hovedforhandling i tingretten, ble saksøker nektet å gjøre feilene gjeldende av tingretten, jf. tvisteloven § 9-16.<sup>60</sup> Ettersom de nye feilene ble forsøkt påberopt av saksøker da de ble

---

<sup>57</sup> Spørsmålet om når kjøper har en slik oppfordring behandles i punkt 2.3.4.1.

<sup>58</sup> Rt. 2013 s. 434 avsnitt 25.

<sup>59</sup> Rt. 2013 s. 434 avsnitt 3 og 15.

<sup>60</sup> Ibid.

avdekket, og det heller ikke forelå noen oppfordring til å påberope feilene på et tidligere tidspunkt, kunne ikke prosessøkonomiske hensyn tas til inntekt for at det ikke kunne reises en ny sak. Det underliggende synspunktet synes å være at prosessøkonomiske hensyn ikke aktualiseres før saksøker har en oppfordring til å påberope feilen i den første saken, men likevel unnlater å gjøre det.

Det må følgelig legges til grunn at det kun er dersom kjøper hadde oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e), at prosessøkonomiske hensyn kan tas til inntekt for at nyoppdagede feil må bedømmes som en del av det pådømte mangelskravet.

### **2.3.3 Målsetningen om materielt riktig avgjørelse**

Det er en overordnet målsetning i prosessretten at domstolene skal treffe materielt riktige avgjørelser.<sup>61</sup> Beskrivende i den sammenheng er at tvistelovens forarbeider viser til at et siktemål ved utformingen av reglene, var at de skulle bidra til å oppnå materielt riktig avgjørelser.<sup>62</sup> Denne målsetningen kan derfor tillegges en viss vekt, ved fortolkningen av tvisteloven § 19-15 tredje ledd.

Målsetningen om materielt riktige avgjørelser vil i likhet med prosessøkonomiske hensyn, gjennomgående tilsi at rettskraftreglene bør fortolkes strengt. Som vist i punkt 2.3.2 vil partene presumtvt ta med alle påstandsgrunnlag som underbygger kravet i det første søksmålet, dersom rettskraften til en avgjørelse stenger for et nytt søksmål. Dermed får også dommeren et mest mulig fullstendig avgjørelsesgrunnlag, hvilket bidrar til å øke sannsynligheten for at den avgjørelsen som treffes er materielt riktig.<sup>63</sup> Hensynet til en materielt riktig avgjørelse må slik sett tas til inntekt for at nyoppdagede feil ikke kan danne grunnlag for et nytt krav.

Som påpekt i punkt 2.3.1 og 2.3.2 er imidlertid forutsetningen for at tankegangen om at rettskraftreglene leder til at saksøker påberoper alle relevante påstandsgrunnlag i den første saken, at saksøker hadde en reell mulighet til å avdekke alle feilene på det tidspunktet. Det er først dersom saksøker hadde en reell mulighet til å avdekke de skjulte feilene i den første saken, at saksøker hadde en oppfordring til å påberope disse, og målsetningen om en materielt

---

<sup>61</sup> Se NOU 2001:32 A på side 129.

<sup>62</sup> Ibid. side 132.

<sup>63</sup> Robberstad (2006) side 67.

riktig avgjørelse kan tas til inntekt for at nyoppdagede feil skal bedømmes som en del av det pådømte mangelskravet.<sup>64</sup>

Målsetningen om en materielt riktig avgjørelse må derfor tas til inntekt for at feilene skal bedømmes som en del av det pådømte mangelskravet, dersom kjøper hadde en oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) i den første saken. Forelå det ingen oppfordring, taler målsetningen derimot for at de(n) nyoppdagede feilen(e) skal gi grunnlag for et nytt søksmål, og undergis en behandling i tråd med instansordningen.

### **2.3.4 Nærmere om kjøpers oppfordring til å gjøre feilen gjeldende i den første saken**

I punkt 2.3.1, 2.3.2 og 2.3.3 ble det vist til at kjøpers oppfordring til å påberope feilen i den første saken har betydning for hvordan henholdsvis rettskraftreglenes formål, prosessøkonomiske hensyn og målsetningen om materielt riktige avgjørelser tilsier at grensen mellom ett og flere krav skal trekkes. Kjøpers oppfordring til å påberope et (delvis) nytt rettsfaktum som grunnlag for en ny sak i den første saken, kan imidlertid også skilles ut som et selvstendig moment i identitetsvurderingen.<sup>65</sup>

Et eksempel på en avgjørelse hvor momentet ble vektlagt er HR-2018-2190-A. Saken gjaldt et nytt søksmål med krav om dekning av de samme sakskostnadene som ble krevd dekket i den første saken. Kravet i det nye søksmålet baserte seg imidlertid på et annet rettsgrunnlag enn kravet i den første saken. Spørsmålet for Høyesterett var om endringen i rettsgrunnlag innebar at tvisten fikk en annen identitet. Ved avgjørelsen av dette, ble saksøkers oppfordring til å påberope det nye rettsgrunnlaget i den første saken, vektlagt av både flertallet og mindretallet i Høyesterett. De to fraksjonene i Høyesterett hadde imidlertid en ulik oppfatning av hvorvidt saksøker hadde en slik oppfordring. Etter flertallets syn hadde ikke saksøker noen oppfordring til å gjøre det nye rettsgrunnlaget gjeldende tidligere, og det medvirket til at flertallet kom til at man stod overfor et nytt krav.<sup>66</sup> Mindretallet mente derimot at kravets identitet var i behold, og konstaterte at saksøker hadde en oppfordring til å komme med alle rettsgrunnlag i den første saken:

---

<sup>64</sup> Spørsmålet om *når* kjøper har en slik oppfordring behandles i punkt 2.3.4.1.

<sup>65</sup> Se HR-2018-2190 A avsnitt 37 og 54. Se også LB-2021-5284 og forutsetningsvis LA-2014-120277.

<sup>66</sup> HR-2018-2190 A avsnitt 37.

«Det er ikke grunn til å tillate gjentakende rettssaker om de samme sakskostnadene. Den part som mener å ha flere [retts]grunnlag for kravet, har oppfordring til å ta med alle første gang, og motparten bør kunne regne med at kravet da blir endelig avgjort» (min understreking).<sup>67</sup>

At saksøker hadde en oppfordring til å påberope det nye rettsgrunnlaget for sakskostnadskravet i den første saken, ble av mindretallet tillagt nokså stor vekt i retning av at dette måtte betraktes som samme krav.

Momentet har også blitt trukket inn i identitetsvurderingen i underrettspraksis. En avgjørelse som illustrerer momentets betydning godt, er LB-2021-5284. Saken gjaldt spørsmål om et nytt søksmål om nyoppdagede feil ved et bolighus, måtte avvises som rettskraftig avgjort. Med avgjørende vekt på at kjøperen burde ha avdekket feilene i den første saken, kom lagmannsretten til at søksmålet ikke skulle tillates fremmet. Lagmannsretten påpekte at kjøper hadde mottatt rapporter i den første saken som indikerte at det også kunne være feil ved grunnmuren. Kjøperen hadde derfor hatt en reell mulighet til å avdekke de nyoppdagede feilene, ved å ettergå opplysningene om grunnmuren nærmere. Dermed hadde også kjøper en oppfordring til å påberope alle feilene i den første saken.

At kjøpers oppfordring til å påberope nyoppdagede feil i den første saken skal vektlegges i identitetsvurderingen, underbygges av rettspraksis som behandler tilgrensende problemstillinger. Dette gjelder problemstillingene som knytter seg til feil som har oppstått *etter* at den første saken ble opptatt til doms, og følgeskader.<sup>68</sup>

Feil som har oppstått etter at den første saken ble opptatt til doms utgjør etterfølgende rettsfakta, som ikke bedømmes som en del av kravet som ble rettskraftig avgjort i den første saken.<sup>69</sup> Dette er forenlig med at kjøpers oppfordring til å gjøre feilen gjeldende i den første saken skal vektlegges i identitetsvurderingen; all den tid feilen enda ikke har oppstått i den første saken, har heller ikke kjøperen hatt noen oppfordring til å gjøre feilen gjeldende.

For følgeskader er det derimot en slik sammenheng mellom feilene som gjøres gjeldende i søksmålene, at kjøper gjennomgående anses å ha en oppfordring til å påberope den nye feilen i den første saken. Avgjørelsen inntatt i Rt. 2006 s. 983 er illustrerende i denne sammenheng. Feilene som ble gjort gjeldende i det nye søksmålet hadde samme årsak som feilene i den

---

<sup>67</sup> HR-2018-2190 A avsnitt 57.

<sup>68</sup> Se nærmere om disse typetilfellene i punkt 1.3.

<sup>69</sup> Jf. NOU 2001:32 A side 389.



første saken; feilene i begge søksmål var en konsekvens av feil ved takkonstruksjonen. Nærmere bestemt gjaldt det første søksmålet krav om erstatning for utbedring av taket, mens det nye søksmålet gjaldt krav om erstatning for veggskader. Under henvisning til at veggskadene var en følge av feilene ved takkonstruksjonen, konkluderte Høyesterett med at veggskadene var en del av det tidligere pådømte mangelskravet. Dette samsvarer med at kjøpers oppfordring til å påberope alle feilene i den første saken, bør vektlegges i identitetsvurdering; at feilene i det nye søksmålet har samme årsak som feilene i det første søksmålet gir kjøper en oppfordring til å påberope alle feilene i den første saken.<sup>70</sup>

Videre er det i samsvar med formålet bak rettskraftreglene at kjøpers oppfordring til å gjøre et nytt rettsfaktum gjeldende i den første saken, skal vektlegges; har ikke kjøper noen oppfordring til å påberope det nye forholdet i den første saken, er heller ikke rettskraftreglenes begrunnelse til hinder for et nytt søksmål.<sup>71</sup> Å vektlegge kjøpers oppfordring til å gjøre et nytt rettsfaktum gjeldende i den første saken, er også i samsvar med prosessøkonomiske hensyn og målsetningen om materielt riktige avgjørelser.<sup>72</sup>

Til slutt kan det vises til at synspunktene som her gjøres gjeldende underbygges av rimelighetsbetraktninger; dersom kjøper har en sterk oppfordring til å påberope de(n) nye feilen(e) i den første saken, vil dette gjennomgående tale for at det ikke er adgang til å reise et nytt søksmål. På den annen side er det ikke like rimelig at kjøper skal miste mangelskravet mot selgeren dersom vedkommende nærmest umulig kunne oppdaget den nye feilen.

En rettstilstand som ikke hensyntar kjøpers oppfordring til å påberope nyoppdagede feil i den første saken, stiller dessuten strenge krav til kjøpers undersøkelser. Dersom kjøperen avdekker feil i etterkant av et eiendomskjøp må kjøper foreta omfattende undersøkelser av eiendommen, for å sikre seg mot at det foreligger flere feil. Slike undersøkelser kan ikke bare være resultatløse, men også unødvendig fordyrende. Med en slik rettstilstand blir kjøperen likevel nødt til å foreta slike undersøkelser, med den økonomiske merbelastning dette utgjør, all den tid kjøper ikke vil høres med at det var nærmest umulig å avdekke den skjulte feilen i den første saken. Å pålegge kjøper å foreta slike undersøkelser, uten at det foreligger noen indikasjoner på ytterligere feil, må dermed betraktes som en urimelig løsning. Ut fra rimelighetsbetraktninger er det først dersom parten hadde en oppfordring til å avdekke den

---

<sup>70</sup> I samme retning Rt. 2006 s. 983.

<sup>71</sup> Se punkt 2.3.1.

<sup>72</sup> Se punkt 2.3.2 og 2.3.4.

nyoppdagede feilen i den første saken, at feilen kan anses som en del av mangelskravet som ble rettskraftig avgjort i den første saken.

På denne bakgrunn kan det slutes at kjøpers oppfordring til å påberope feilen i den første saken kan tillegges en del vekt, i vurderingen av hvorvidt nyoppdagede feil kan gi grunnlag for et nytt søksmål. Dersom det legges til grunn at kjøper burde påberopt feilen i den første saken trekker dette med en viss tyngde i retning av at man står overfor det samme kravet.

Det neste spørsmålet som melder seg blir *når* kjøper har en oppfordring til å påberope nyoppdagede feil. Dersom dette tidspunktet sammenfaller med tidspunktet den første saken var under domstolsbehandling, tilsier det at rettskraften til den første avgjørelsen stenger for en ny sak om nyoppdagede feil. Hvis tidspunktet kjøperen hadde en oppfordring til å gå til sak om feilen inntreer i etterkant av den første saken, vil det derimot tale for at søksmålet skal fremmes. Dette spørsmålet behandles i punkt 2.3.4.1.

#### **2.3.4.1 Reklamasjons- og foreldelsesreglene som retningsgivende for kravet til kjøpers kunnskap?**

Rettkraftreglene har sammenheng med reklamasjons- og foreldelsesreglene, i den forstand at rettidig reklamasjon og at kravet ikke har blitt foreldet er forutsetninger for at kjøperen kan vinne frem med et mangelskrav. En prinsipiell forskjell mellom disse regelsettene, er imidlertid at det ikke utgjør en prosessforutsetning at mangelskravet er i behold. For at et krav skal slippe inn til domstolsbehandling har reklamasjons- og foreldelsesreglene i utgangspunktet ingen betydning, selv om reglene er bestemmende for om kjøperen overhodet har et mangelskrav.

Spørsmålet i det følgende er om det er rettskildemessige holdepunkter for en delvis samordning av reklamasjons- og foreldelsesreglene med rettskraftsreglene, slik at tidspunktet for *når* kjøperen har en oppfordring til å påberope feil, sammenfaller med når fristene etter disse regelsettene begynner å løpe. Det innebærer i så fall at dersom kjøper ikke hadde en oppfordring til å påberope feilen i den første saken, vil heller ikke reklamasjons- og foreldelsesfristene ha begynt å løpe.

Når det gjelder reklamasjonsreglene oppstiller avhendingsloven § 4-19 annet ledd en absolutt reklamasjonsfrist på fem år, beregnet fra bruksovertakelse av eiendommen. Utgangspunktet er at kjøper kan rette mangelskrav mot selger innenfor dette tidsrommet. Imidlertid følger det en

relativ reklamasjonsfrist av bestemmelsens første ledd, som innebærer at kjøpers rett til å påberope mangler ved eiendommen kan være tapt på et tidligere tidspunkt. Bestemmelsen fastslår følgende:

«Kjøperen taper retten til å gjere avtalebrotet gjeldande dersom kjøperen ikkje innan rimeleg tid etter å ha oppdaga eller burde ha oppdaga det, gir seljaren melding om at avtalebrotet vert gjort gjeldande og hva slags avtalebrot det er» (min understreking).

Den relative reklamasjonsfristen begynner følgelig begynner å løpe i og med kjøpers positive kunnskap om feilen, eller fra tidspunktet kjøperen burde ha kunnskap om den. Denne fristen kan være retningsgivende for *når* kjøperen har en oppfordring til å gjøre den nyoppdagede feilen gjeldende. Synspunktet er at dersom reklamasjonsfristen for den skjulte feilen ikke har begynt å løpe, så har heller ikke kjøper hatt noen oppfordring til å påberope feilen i den første saken, og da kan ikke rettskraften til den første avgjørelsen stenge for et nytt søksmål om nyoppdagede feil. Legges denne fristen til grunn som retningsgivende, vil tidspunktet for når den relative reklamasjonsfristen begynner å løpe sammenfalle med tidspunktet for når kjøper har en oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e).

En slik løsning harmonerer også med foreldelsesreglene. Utgangspunktet etter foreldelsesloven § 3 nr. 2 er at foreldelsesfristen beregnes fra «den dag da misligholdet inntreer», dersom kravet har oppstått ved mislighold. Videre følger det av foreldelsesloven § 2 at foreldelsesfristens lengde er på tre år. Imidlertid gjelder det en tilleggsfrist på ett år, dersom grunnlaget for kravet er en skjult feil. Denne tilleggsfristen følger av foreldelsesloven § 10 nr. 1, som fastsetter at:

«Dersom fordringshaveren ikke har gjort fordringen gjeldende fordi han manglet nødvendig kunnskap om fordringen eller skyldneren, inntreer foreldelse tidligst 1 år etter den dag da fordringshaveren fikk eller burde skaffet seg slik kunnskap».

Selv om foreldelsesfristen i utgangspunktet løper i tre år fra misligholdets inntreden, vil foreldelsesfristen kunne forskyves med ett år fra tidspunktet kjøperen fikk eller burde ha fått kunnskap om den skjulte feilen. Ved skjulte feil gjelder det derfor alltid en foreldelsesfrist på ett år som først begynner å løpe fra fordringshaveren har tilstrekkelig kunnskap om kravet, hvilket må sees i sammenheng med at det først er fra dette tidspunktet fordringshaveren har en reell mulighet til å reise sak.

Det gjengitte viser at både reklamasjons- og foreldelsesreglene hensyntar kjøpers reelle mulighet til å gjøre kravet gjeldende, og at det først er fra tidspunktet kjøper har tilstrekkelig kunnskap om de faktiske forholdene som danner grunnlag for kravet, at det etter begge regelsett kreves at kjøper foretar seg noe. Lar man dette tidspunktet være styrende for hvorvidt kjøper hadde en oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) i den første avgjørelsen, bidrar dette til et mer enhetlig system mellom rettskraftsreglene og reklamasjons- og foreldelsesreglene.

Å la disse tidspunktene være styrende for hva som er samme krav ved nyoppdagede feil, er videre i samsvar med gjeldende rettsoppfatninger knyttet til tilgrensende problemstillinger om følgeskader og etterfølgende rettsfakta.

I punkt 2.3.4 ble det vist til at det ved følgeskader er en slik sammenheng mellom de anførte manglene i søksmålene, at kjøperen gjennomgående har en oppfordring til å påberope de nye feilene i den første saken. Resonnementet kan imidlertid trekkes lenger, og forenes med betraktningene som her gjøres gjeldende. Dersom kjøper har gått til søksmål om en feil, og det senere viser seg at feilen har forårsaket følgeskader på andre deler av eiendommen, tilsier kjøperens kunnskap om årsaken til følgeskadene at kjøperen er avskåret fra å reise et nytt søksmål om følgeskadene. Synspunktet er at kjøper i den første saken hadde tilstrekkelig kunnskap om de faktiske forholdene som gir grunnlag for det nye mangelskravet, slik følgeskadene burde blitt påberopt tidligere.

For etterfølgende rettsfakta er situasjonen motsatt, ettersom disse først oppstod i etterkant av den første saken. I punkt 2.3.4 ble det vist til at kjøper ikke har noen oppfordring til å påberope en feil som enda ikke har oppstått, og at slike feil derfor gir grunnlag for et nytt søksmål. Denne oppfatningen er i samsvar med tidspunktene for når reklamasjons- og foreldelsesfristene begynner å løpe; så lenge en feil enda ikke har oppstått, har naturligvis heller ikke reklamasjons- og foreldelsesfristene begynt å løpe.

Dersom de to typetilfellene sammenholdes med nyoppdagede feil, havner disse feilene i en mellomkategori. For nyoppdagede feil er det ikke alltid slik at kjøper *enten* hadde en oppfordring til å gjøre feilen gjeldende i det første søksmålet *eller* at det ikke forelå noen oppfordring overhodet. At de anførte feilene i de respektive søksmålene er uavhengige av hverandre, men likevel forelå da den første saken ble opptatt til doms, innebærer at det må foretas en mer inngående vurdering av hvorvidt det var grunn til å foreta nærmere

undersøkelser fra kjøper sin side. I bekreftende fall burde kjøper oppdaget feilen i den første saken.

Et eksempel er saksforholdet i den nevnte LB-2021-5284. Her hadde kjøperen i det første søksmålet blant annet gjort gjeldende at det var skjevheter i stuegulvet, og det forelå rapporter som påpekte at skjevhetene kunne indikere at det også var svakheter ved eiendommens grunnmur. Da kjøper i etterkant av det første søksmålet avdekket feil ved grunnmuren i forbindelse med renoveringsarbeid av bolighuset, fikk ikke kjøperen reise et nytt søksmål om de nyoppdagede feilene. Dette ble sagt under henvisning til at det i den første saken forelå indikasjoner på svakheter ved grunnmuren, som ga kjøper en oppfordring til å påberope alle feilene i det første søksmålet. Sagt med andre ord *burde* kjøperen oppdaget feilen ved grunnmuren i det første søksmålet, og kunne derfor ikke reise et nytt søksmål som inkluderte dette forholdet.

Ved å stille de samme kravene til kjøpers kunnskap som etter reklamasjons- og foreldelsesreglene bygges det altså videre på det systemet som har utviklet seg i rettspraksis i relasjon til tilgrensende problemstillinger. I tillegg harmonerer denne løsningen med systematikken innenfor kontraktsretten, og bidrar til et mer enhetlig system. Konsekvens- og harmonihensyn tilsier dermed at rettskraftsreglene kan samordnes med reklamasjons- og foreldelsesreglene. Videre er løsningen i samsvar med rimelighetshensyn; dersom kjøperen ikke har tilstrekkelig kunnskap om den nyoppdagede feilen til å påberope den i den første saken, bør feilen rimeligvis kunne gi grunnlag for et nytt krav.

Det må derfor legges til grunn at tidspunktet for når reklamasjons- og foreldelsesfristene begynner å løpe, også må være styrende for *når* kjøperen har en oppfordring til å gjøre en feil gjeldende.

### **2.3.5 Sammenfatning**

Gjennomgangen i punkt 2.3 har vist at formålet til tvisteloven § 19-15 tredje ledd, prosessøkonomiske hensyn, målsetningen om en materielt riktig avgjørelse samt kjøpers oppfordring til å påberope nyoppdagede feil i det første søksmålet, er relevante momenter i identitetsvurderingen.

Redegjørelsen av momentenes innhold viser at det sentrale for hvorvidt nyoppdagede feil kan gi grunnlag for et nytt søksmål, er hvorvidt kjøper har fått en oppfordring til å påberope

feilene i det første søksmålet. I punkt 2.3.1, 2.3.2 og 2.3.3 ble det fastslått at henholdsvis formålet bak tvisteloven § 19-15 tredje ledd, prosessøkonomiske hensyn og målsetningen om en materielt riktig avgjørelse, tilsier at det må differensieres mellom situasjonen der kjøper hadde en oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) i den første saken, og situasjonen der en slik oppfordring ikke forelå. Det er kun dersom kjøper hadde en oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) i den første saken, at momentene tilsier at feilen ikke kan gi grunnlag for et nytt krav.

I punkt 2.3.4 ble det også vist at kjøpers oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) i det første søksmålet, kan skilles ut som et eget moment ved grensdragningen mellom ett og flere krav. Det ble lagt til grunn at dersom kjøperen *ikke* hadde en oppfordring til å påberope feilen i den første saken, må dette tillegges en del vekt i retning av at nyoppdagede feil kan gi grunnlag for et nytt søksmål. Videre ble det i punkt 2.3.4.1 fastslått at det må foretas en samordning med reklamasjons- og foreldelsesreglene, for å besvare hvorvidt kjøper burde påberopt feilen i den første saken. Det avgjørende for hvorvidt kjøper hadde en oppfordring til å påberope feilen tidligere, blir dermed om kjøper hadde kunnskap eller burde hatt kunnskap om feilen i den første saken.

I tillegg ble det i punkt 2.3.1 fastslått at formålet til tvisteloven § 19-15 tredje ledd taler mot at det er adgang til å reise nytt søksmål dersom det inviterer til omkamp om de samme kostnadene. Etersom nyoppdagede feil utgjør en ny utgiftspost og nye rettsfakta i forhold til den første saken, kan imidlertid ikke den problemstillingen avhandlingen behandler betraktes som en ren omkamp om de samme pengene. Forutsatt at kjøperen ikke hadde en oppfordring til å påberope den nyoppdagede feilen i det første søksmålet, taler heller ikke formålet til tvisteloven § 19-15 tredje ledd mot at det kan reises et nytt søksmål.

Samlet sett trekker momentene av relevans for identitetsvurderingen, utover de som er angitt i forarbeidene, i retning av at kjøpers oppfordring til å påberope nyoppdagede feil i det første søksmålet er avgjørende for om nyoppdagede feil kan gi grunnlag for et nytt søksmål.

## **2.4 Konklusjon**

Slik det ble pekt på i punkt 2.1 beror grensdragningen mellom ett og flere krav på en totalvurdering av *alle* relevante momenter. I denne delen av avhandlingen vil det foretas en endelig avveining av bidragene som kan utledes fra momentene som ble behandlet i de

foregående punktene, for å avgjøre i hvilken utstrekning nyoppdagede feil kan gi grunnlag for et nytt søksmål.

I punkt 2.3.5 ble det gitt en sammenfatning av hvilke andre momenter, utover de som er angitt i forarbeidene, som er relevante for identitetsspørsmålet avhandlingen behandler. En samlet vurdering av disse momentene tilsier at kjøpers oppfordring til å påberope nyoppdagede feil i det første søksmålet, er avgjørende for om nyoppdagede feil kan gi grunnlag for et nytt søksmål. Dette må imidlertid sammenholdes med bidragene som kan utledes fra momentene forarbeidene har angitt som sentrale for identitetsvurderingen.

I punkt 2.2.4 ble det foretatt en avveining av momentene som fremgår av forarbeidene, som innebærer at det må differensieres mellom to situasjoner. Situasjon (i) gjelder tilfellene der nyoppdagede feil *alene* påberopes som faktisk grunnlag for et nytt mangelskrav. Situasjon (ii) gjelder derimot tilfellene der nyoppdagede feil, *sammenholdt* med feilene i det første søksmålene, påberopes som faktisk grunnlag for det nye mangelskravet.

For situasjon (i) tilsier vesensforskjellene på den faktiske betingelsesiden av kravene at man står overfor forskjellige krav. Argumentets vekt reduseres imidlertid av at det er sammenfallende rettslige betingelser for kravene og samme interesser som vernes av rettsregelen som danner grunnlag for kravene. Avgjørende blir dermed hvordan andre momenter av relevans for identitetsvurderingen tilsier at identitetsspørsmålet skal besvares. For situasjon (i) må det følgelig legges til grunn at kjøpers oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) i den første saken, er avgjørende for hvorvidt det kan reises et nytt søksmål.

For situasjon (ii) er det derimot vesenslikhet mellom de rettslige og faktiske betingelsene for kravene, og interessene bak rettsreglene er sammenfallende. I tillegg tilsier rettsvirkningene av kravene, at man står overfor samme krav. Samlet sett trekker dette tungt i retning av at nyoppdagede feil, må bedømmes som en del av kravet som ble rettskraftig avgjort tidligere. Avgjørende blir dermed om det er andre momenter som kan rukke ved den løsningen som momentene i forarbeidene samlet anviser.

Slik det ble redegjort for i punkt 2.3.4 må kjøpers oppfordring til å gjøre feilen gjeldende vektlegges i identitetsvurderingen. Dersom kjøperen hadde en oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) i den første saken, støtter momentet imidlertid kun oppunder

løsningen som momentene i forarbeidene anviser. I slike tilfeller må derfor nyoppdagede feil bedømmes som en del av det pådømte mangelskravet.

Dersom kjøperen derimot *ikke* hadde en oppfordring til å påberope de(n) nyoppdagede feilen(e) i den første saken, taler momentet mot at nyoppdagede feil skal bedømmes som en del av det pådømte mangelskravet. Dette momentet må tillegges en del vekt i identitetsvurderingen, og det underbygges blant annet av de hensyn rettskraftinstituttet bygger på. Herunder er den løsningen som er *best* i samsvar med hensynet til et materielt riktig resultat, formålet til tvisteloven § 19-15 tredje ledd samt prosessøkonomiske hensyn, at rettskraftreglene kun stenger for et nytt søksmål om nyoppdagede feil dersom kjøper hadde en oppfordring til å påberope feilen i den første saken. Som påpekt i punkt 2.3.4 og 2.3.4.1 er det dessuten i samsvar med de etablerte løsningene som gjelder for tilgrensende problemstillinger, å la kjøpers oppfordring være avgjørende for hvorvidt nyoppdagede feil kan gi grunnlag for et nytt søksmål. Det bidrar dermed til harmoni i systemet som kommer til uttrykk i rettspraksis, med hensyn til når nye feil ved eiendom kan gi grunnlag for en ny sak, dersom man lar kjøpers oppfordring til å påberope nyoppdagede feil være bestemmende for hvorvidt man står overfor et nytt krav eller ikke.

Samlet sett må det likevel bli avgjørende at samtlige av momentene som er fremhevet i forarbeidene, trekker i retning av at situasjon (ii) ikke skal gi grunnlag for et nytt søksmål. Riktignok kan det ha gode grunner for seg å la kjøpers oppfordring til å påberope nyoppdagede feil være avgjørende for bedømmelsen av hva som er samme krav, men ved den endelige avveiningen blir ikke dette momentet tilstrekkelig tungtveiende. Det er momentene som er fremhevet i forarbeidene som har den sterkeste autoritative forankringen, og som gjennomgående er tillagt størst vekt i gjeldende rettspraksis.<sup>73</sup> At samtlige av momentene i forarbeidene tilsier at situasjon (ii) ikke skal gi grunnlag for et nytt søksmål, blir dermed et *tungtveiende* bidrag i denne retningen. Til sammenlikning er det kun rettskildemessige holdepunkter for å tillegge kjøpers manglende oppfordring til å påberope den nyoppdagede feilen i den første saken, *en del* vekt i motsatt retning.<sup>74</sup> For situasjon (ii) må det dermed legges til grunn at nyoppdagede feil ikke leder til at tvisten får en annen identitet.

---

<sup>73</sup> Se også gjennomgangen i punkt 2.2.

<sup>74</sup> Se også gjennomgangen i punkt 2.3.



Avhandlingen har vist at nye faktiske omstendigheter, i form av skjulte feil ved fast eiendom, *kan* gi grunnlag for et nytt «krav» etter tvl. § 19-15 tredje ledd, selv om feilene forelå da en tidligere avgjørelse om den samme eiendommen ble tatt opp til doms. Dersom nyoppdagede feil påberopes som *selvstendig* faktisk grunnlag for at det foreligger en mangel etter avhendingsloven § 3-2 første ledd, er det grunnlag for et nytt søksmål dersom kjøper ikke hadde en oppfordring til å gjøre feilene gjeldende i den første saken.

Dersom nyoppdagede feil derimot påberopes *sammen* med tidligere pådømte feil, må de(n) nyoppdagede feilen(e) bedømmes som en del av mangelskravet som er rettskraftig avgjort. I disse tilfellene er kjøper henvist til å begjære avgjørelsen gjenopptatt etter reglene i tvisteloven kapittel 31.

## 3 Bemerkninger til dagens rettstilstand

### 3.1 Er det bare *etterfølgende omstendigheter* som kan danne grunnlag for ny sak?

I teorien er det enkelte som synes å legge til grunn at det kun er *etterfølgende omstendigheter* som kan gi grunnlag for ny sak.<sup>75</sup> Om dette uttaler Skoghøy følgende:

«Dersom omstendigheten forelå da saken ble tatt opp til doms, kan den ikke danne grunnlag for ny sak, selv om parten verken visste eller burde vite om omstendigheten. Ny prøving av omstendigheter som forelå da saken ble opptatt til doms, kan bare skje etter reglene for gjenåpning, jf. tvl. § 31-4 bokstav a» (min understreking).<sup>76</sup>

Til støtte for dette standpunktet viser Skoghøy til tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 annet ledd og HR-2018-203-U.<sup>77</sup> Herunder fastsetter tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 annet ledd at:

«Mot et krav som er fastslått i et alminnelig tvangsgrunnlag kan det bare gjøres gjeldende innvendinger som støtter seg til omstendigheter som er oppstått så sent at de ikke kunne vært påberopt før avgjørelsen» (min understreking).

Ordlyden viser at bestemmelsens virkeområde er begrenset til tilfeller der det foreligger «et krav som er fastslått i et alminnelig tvangsgrunnlag», og i slike tilfeller kan bare etterfølgende omstendigheter gi grunnlag for å rette innvendinger mot kravet. Formuleringen «et krav» forutsetter imidlertid at man står overfor det samme kravet, og hvorvidt dette er tilfellet må besvares på bakgrunn av en identitetsvurdering. Bestemmelsen kommer dermed først på spissen dersom det etter identitetsvurderingen kan konstateres at det er samme krav, og kan ikke forstås slik at en faktisk omstendighet som forelå i den første saken uten videre angår det samme kravet som er rettskraftig avgjort.

Det er videre noe uklart hvor mye Skoghøy lener seg på HR-2018-230- U, men han synes å legge resultatet i denne avgjørelsen til grunn uten å gå nærmere inn på resultatets riktighet eller rekkevidde. Som påpekt i punkt 2.2.2.2 forutsetter avgjørelsen at rettsgrunnlaget for mangelskravet i den første saken er av betydning for adgangen til å reise ny sak. Skoghøy adresserer imidlertid ikke dette poenget, men synes heller å mene at dommen stadfester at det

---

<sup>75</sup> Se Pedersen/Skoghøy (2020) side 359 og Backer (2020) side 386. Annerledes Robberstad (2006) side 155.

<sup>76</sup> Jf. Skoghøy/Pedersen (2020) side 359.

<sup>77</sup> Ibid. Se også fotnote 1070.

kun er etterfølgende omstendigheter som kan gi grunnlag for en ny prøving. Flertallets begrunnelse for at den nye feilen gjaldt den samme tvistegjenstanden som hadde blitt rettskraftig avgjort, var imidlertid at feilen kunne ha *betydning for vurderingen* som ble foretatt i den første saken. Resultatet var altså ikke begrunnet med at bare etterfølgende omstendigheter kan gi grunnlag for en ny sak.

Et tilsvarende standpunkt som Skoghøy er tilsynelatende også inntatt av Backer, som skriver følgende:

«Gjelder det allerede eksisterende faktiske forhold, som altså forelå da saken ble tatt opp til doms, gir det ikke adgang til å reise nytt søksmål at en part får nye opplysninger» (min understreking).<sup>78</sup>

Backer gir imidlertid ingen nærmere begrunnelse for dette, men det kan se ut til at han støtter seg på forarbeidene til tvisteloven § 19-15 tredje ledd.<sup>79</sup> Forarbeidene det henvises til tar opp skillet mellom faktiske omstendigheter som forelå da den første saken ble opptatt til doms, og etterfølgende rettsfakta. I den forbindelse påpekes det at rettskraften av en avgjørelse ikke omfatter etterfølgende rettsfakta.<sup>80</sup> Fra dette kan det imidlertid ikke sluttes at faktiske omstendigheter som forelå da den første saken ble opptatt til doms, omfattes av rettskraftvirkningene til den første avgjørelsen. Dette synes heller ikke å være oppfatningen som kommer til uttrykk i forarbeidene, hvor det uttales følgende:

«Rettskraften omfatter kun det krav som ble bindende avgjort i sak nr. 1, jf «et krav som er rettskraftig avgjort». Her må det skilles mellom de tilfeller hvor en går til ny sak på et faktisk og rettslig grunnlag som forelå på det tidspunkt sak nr. 1 ble tatt opp til doms, og de tilfeller hvor en går til ny sak på grunnlag av faktiske omstendigheter som har inntrådt etter sak nr. 1 eller rettsregler som har trådt i kraft etter sak nr. 1. Det er de første tilfellene som fanges opp av tredje ledd. I de siste tilfellene er det tale om et annet krav, og saken må fremmes til realitetsavgjørelse.» (min understreking).

Uttalelsen kan isolert sett tyde på at rettskraftvirkningene til en tidligere sak stenger for et nytt søksmål, som baserer seg på et faktisk og rettslig grunnlag som forelå på tidspunktet den første saken ble opptatt til doms. En mer nærliggende forståelse er imidlertid at etterfølgende omstendigheter gir grunnlag for en ny sak, mens et nytt søksmål som baserer seg på faktiske

---

<sup>78</sup> Se Backer (2020) side 386.

<sup>79</sup> Ibid. Fotnote 464.

<sup>80</sup> Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 259 og 441.

og rettslige grunnlag som forelå i den første saken, må undergis en nærmere vurdering for å avgjøre om den nye saken gjelder et nytt krav. At det er dette som menes blir tydelig dersom den siterte uttalelsen leses i sammenheng med det som fremgår av de påfølgende avsnittene:

«Etter tredje ledd må en først klarlegge hva som ble rettskraftig avgjort i sak nr. 1 (tolkningsspørsmålet), og dernest må det vurderes om det krav som gjøres gjeldende i sak nr. 2, er det samme kravet (identitetsspørsmålet)»

I forlengelsen av dette kan det nevnes at et så kategorisk standpunkt som Skoghøy og Backer tilsynelatende inntar, ikke samsvarer med retningslinjene for vurderingen av hva som er samme krav og markerer et brudd med gjeldende rettspraksis som behandler grensen mellom ett og flere krav.<sup>81</sup>

En slik tilnærming stiller også svært høye krav til kjøpers undersøkelser forut for anlegg av søksmål. Dette anerkjennes av Backer som uttaler at konsekvensene av den rettsstilstanden han tar til orde for er at «en part må være omhyggelig med å undersøke de faktiske forhold i sak nr. 1».<sup>82</sup> For kjøperen kan likevel slike undersøkelser ikke bare vise seg å være resultatløse, men også utgjøre en potensielt unødvendig økonomisk merbelastning.

Rent prosessøkonomisk er det riktignok fordelaktig å ha en regel hvor det kun er etterfølgende omstendigheter som kan gi grunnlag for ny sak, men dette kan neppe veie opp for de urimelige utslagene en slik regel kan gi. Som påpekt i punkt 2.3.1 rekker ikke innrettelseshensynet så langt at selger kan innrette seg etter at det ikke kan komme nye mangelskrav etter at det er truffet en rettskraftig avgjørelse om eiendommen. Ut fra de hensyn som begrunner tvisteloven § 19-15 tredje ledd, er det derfor heller ikke grunnlag for at den materielle rettskraften til en avgjørelse skal bli så vidtrekkende at den omfatter ethvert faktisk forhold som forelå i den første saken.

Endelig er heller ikke en slik løsning i samsvar med reklamasjons- og foreldelsesreglene. Det vises til gjennomgangen av dette i punkt 2.3.4.1.

Den foregående drøftelsen viser at det ikke rettskildemessige holdepunkter for at det kun skal være etterfølgende omstendigheter som kan gi grunnlag for en ny sak. Av de grunner jeg har

---

<sup>81</sup> Se punkt 2.2 og 2.3.

<sup>82</sup> Backer (2020) side 386.

pekt på ovenfor har det også *de lege ferenda*, de beste grunner for seg at det ikke bare skal være etterfølgende omstendigheter som kan danne grunnlag for en ny sak.

## 4 Litteraturliste

### 4.1 Lover

- 1979 Lov 18.mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven)
- 1992 Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)
- 1992 Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eigedom (avhendingslova)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)
- 2019 Lov 7. juni 2019 nr. 20 om endringer i avhendingslova (tryggere bolighandel)

### 4.2 Forarbeider

- NOU 2001:32 A Rett på sak- Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
- Ot.prp.nr.51 (2004-2005)- Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Prop.44 L (2018-2019)- Endringer i avhendingslova (tryggere bolighandel)

### 4.3 Rettspraksis

*Avgjørelser fra Høyesterett*

- Rt. 1996 s. 1480
- Rt. 2000 s. 199
- HR-2001-00347
- HR-2004-988-U
- Rt. 2006 s. 983
- Rt. 2008 s. 833
- Rt. 2009 s. 286
- Rt. 2012 s. 1138
- Rt. 2013 s. 434 U

Rt. 2013 s. 479

Rt. 2013 s. 1517

HR-2018-203-U

HR-2018-1130-A

HR-2018-2190-A

*Avgjørelser fra lagmannsretten*

LB-2021-5284

LA-2014-120277

## **4.4 Juridisk Litteratur**

Backer, Inge Lorange, *Norsk Sivilprosess*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2020

Pedersen Jussi Erik, Skoghøy, Jens Edvin A., *Grunnleggende Sivilprosess*,  
Universitetsforlaget 2020

Robberstad, Anne, *Rettskraft*, Fagbokforlaget 2006

Schei, Tore mfl., *Tvisteloven kommentarutgave*, Elektronisk versjon bekreftet à jour per 1.  
mars 2021, Universitetsforlaget 2021

Selvig, Erling og Kåre Lilleholt, *Kjøpsrett til studiebruk*, 6. utgave, Universitetsforlaget 2019

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3 utgave, Universitetsforlaget 2017