

Mastergradsoppgave
JUS399

Nedsettelse av eiendomsmeglers vederlagskrav

Kandidatnummer: 186259

Veileder: Rune Sæbø

Antall ord: 14 970

01.06.2012

Innholdsfortegnelse

1.	INNLEDNING	3
1.1	Introduksjon	3
1.2	Rettskilder til emgll. § 7-7 og balansering av rettskildefaktorene	4
	1.2.1 Innledning	4
	1.2.2 Reklamasjonsnemnda for eiendomsmeglertjenster som lovtolker	5
1.3	Prisavslag generelt	6
1.4	Forutsetninger og avgrensninger	7
2.	EIENDOMSMEGLERS PLIKTER	8
2.1	Plikter avhengig og uavhengig av en oppdragsgiver	8
3	VILKÅR FOR VEDERLAGSNEDSETTELSE § 7-7	11
3.1	Oversikt	11
3.2	Økonomisk tap for selger	11
3.3	Spesielle bemerkninger i forhold til ”oppdragsgiver” og ”oppdragstaker”	12
3.4	Hva er «vederlaget»	14
3.5	”[P]liktforsømmelse”	14
	3.5.1 Innhold	14
	3.5.2 Vilkår om uaktsomhet ved pliktforsømmelsen	18
	3.5.3 Meglermedhjelpers pliktforsømmelser	18
	3.5.4 Betydningen av forsinkelse for pliktforsømmelsesvurderingen	19
3.6	”[E]n ikke ubetydelig pliktforsømmelse”	20
	3.6.1 Innhold	20
	3.6.2 Uaktsomhet utført av megleren	24
	3.6.3 Meglermedhjelper som går utenfor sin formelle kompetanse	25
	3.6.4 Forarbeidene viser til husleieloven § 2-11	26
	3.6.5 Betydningen av forsinkelser	26
	3.6.6 Lokale forskjeller i forhold til ikke ubetydelige pliktforsømmelse	27
	3.6.7 Betydningen av høyt vederlag	28
3.7	Andre vilkår	28

4.	BEREGNING AV VEDERLAGSAVKORTNING – VIRKNINGSSIDEN	29
4.1	Utmåling av prisavslaget generelt	29
4.2	Gruppering av utmålingsregler	29
4.2.1	Utbedringskostnaden	29
4.2.2	Forholdsmessige avslag	30
4.2.3	Utmåling på skjønnsmessig grunnlag	30
4.3	Beregning av vederlagsavkortning etter emgll. § 7-7	31
4.3.1	Innhold	31
4.3.2	Betydningen av påviselig tap	34
4.3.3	Betydningen av at en bryter paragrafer som er straffesanksjonert	34
4.3.4	Vektlegging av utvist skyld på utmålingen	35
4.3.5	Følgeskader	35
4.3.6	Betydningen av medgått tid	36
5.	FORHOLDET TIL ERSTATNINGSUTMÅLING	37
5.1	Kompensasjonsrelevans ved erstatning/prisavslag	37
5.2	Mulig forskjell ved prisavslag/ erstatning	39
6.	RETTSPOLITISKE SYNSPUNKT	40
6.1	Manglende avklaring av innholdet i § 7-7	40
6.2	Bør bestemmelsen endres	41
7.	KILDELISTE	42
7.1	Lover	42
7.2	Forarbeider	42
7.2	Forskrift	42
7.3	Dommer	42
7.4	Bøker	42
7.5	Reklamasjonsnemndspraksis	43
7.6	Juridiske artikler	43
7.7	Internettider	44

1. INNLEDNING

1.1 Introduksjon

Oppgavens tittel er nedsettelse av eiendomsmeglers vederlagskrav.

Emnet for denne avhandlingen er vilkår for og virkning av prisavslag etter lov om eiendomsmegling § 7-7, samt trekke linjer til forholdet mellom prisavslag og erstatning.

Det rettslige grunnlaget for nedsettelse av eiendomsmeglers vederlag er ”lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling” § 7-7, forkortet i denne oppgaven til emgll. ”*Dersom det foreligger en ikke ubetydelig pliktforsømmelse fra oppdragstakerens side, kan oppdragsgiveren kreve at vederlaget settes ned eller faller bort.*”

For å bringe lys over innholdet i bestemmelsen vil det under kapittel to ses på eiendomsmeglers plikter som danner bakteppe for senere pliktforsømmelser som grunnlag for nedsettelse, se kapittel tre. Etter at vilkårene er slått fast skal det i kapittel fire ses på hvordan utmåling gjøres og hvilke momenter som tilsier større vederlagsnedsettelse. Under kapittel fem vil det ses på hvordan prisavslag og erstatning kan påvirke de respektive krav ved mislighold. Til slutt i oppgaven under kapittel seks vil det bli gitt noen rettspolitiske bemerkninger.

For å forstå partsforholdet denne oppgaven handler om, foregripes noen av vilkårene i § 7-7 allerede her i innledningen. Det er ”oppdragstaker” nedsettelseskravet kan fremsettes mot, jf. § 7-7. Den naturlige forståelsen av ”oppdragstaker” er den som påtar seg noe fra oppdragsgiver. Det fremkommer klart at ”[m]ed oppdragstaker menes i loven her foretak ... som i avtale har påtatt seg å yte eiendomsmeglingstjenester ...”, jf. § 6-1. Det følger da direkte av loven at prisavslagskravet kun kan rettes mot meglerforetaket og ikke mot den enkelte megler som utfører oppdraget.¹ Eiendomsmeglers funksjon er å opptre som mellommann ved eiendomshandelen. Megleren skal i sitt oppdrag vektlegge hensynet til lojalitet overfor selger opp mot den nøytralitet som kreves av en mellommann. Det sentrale ved mellommannsoppdrag er at eiendomsmegleren ved omsetningen opptre for tredjemanns

¹ Tilsvarende mener Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 503 uten å vise til ordlyden.

regning og risiko.² Etter § 7-7 er det ”oppdragsgiver” som kan påberope seg nedsatt plikt til å betale vederlag til megler. Oppdragsgiver vil være den som har rett til å selge eiendommen eller gir megler et søkeoppdrag for å finne en eiendom.

1.2 Rettskilder til emgll. § 7-7 og balansering av rettskildefaktorene

1.2.1 Innledning

Prejudikater fra høyesterett er en naturlig del av det å fastslå innholdet av en bestemmelse, men for emgll. § 7-7 finnes det ingen høyesterettsdommer. Jeg har kun funnet to lagmannsrettsdommer (Borgarting og Gulating), to publiserte tingrettsavgjørelser og 61 avgjørelser fra Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglingstjenester.³ I forhold til andre bestemmelser er det skrevet lite i forarbeidene om forståelsen og utmålingen etter § 7-7. Forarbeidene viser at den nye bestemmelsen er en skjerping av tidligere rett.⁴ Der det ikke er foretatt endringer vil eldre rettsavgjørelser og forarbeidene til den gamle § 4-6, kunne bringe lys over innholdet i den nye § 7-7.

På grunn av fravær av høyesterettspraksis som i begrenset grad modifierer eller endrer innholdet vil rettskildebildet fremkomme av lov og forarbeider som er de mest sentrale rettskildefaktorene. Der disse gir begrenset veiledning vil det ses hen til annen obligasjonsrett, i form av tilgrensende lovgivning og ulovfestede prinsipper samt nemndspraksis.⁵ Konkret i forhold til denne oppgaven vil det også bli sett på svensk rett, ettersom ”lag om fastighetsmäklare SFS 2011:666 § 24” (tidligere §§ 18 og 23) blir vist til i forarbeidene til den eldre emgll. § 4-6.⁶ Ordlyden i den nåværende prisavslagsbestemmelsen i lag om fastighetsmäklare SFS 2011:666 § 24 har ikke endret seg siden den norske NOU fra 1987.⁷

² NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov)s. 48

³ Midten av mai 2012

⁴ NOU 2006: 1 eiendomsmegling s.110

⁵ Bidrag fra de forskjellige rettskildefaktorene må balanseres og harmoniseres for å finne ut hvilken vekt hver rettskildefaktor har. Til dette bruker en rettskildeprinsipper. De tre mest grunnleggende verdiene en rettsanvender skal vektlegge ved utarbeidelsen av rettsregler gjennom rettskildefaktorer er, demokratisk legitimitet, rimelighet og rettferdighet, og forutberegnelighet. For grundig gjennomgang, se Knut Martin Tande – *Jussens Venner nr. 1, 2011* s. 24-27. Læren bygger på Nils Nygaard og Torstein Eckhoff sine rettskildelærebøker.

⁶ NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov) s. 89.

⁷ Svensk: prop. 1983/84:16 s. 49

1.2.2 Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglingstjenester som lovtolker

De tradisjonelle rettskildedefaktorene gir begrenset veiledning og det vil derfor være naturlig med en avklaring av hvilken vekt nemndsavgjørelser har. Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglingstjenester er det organet som publiserer mest om bestemmelsen. De har siden 2005 publisert 61 uttalelser om emgll. § 7-7.⁸ Nemnda består av tre personer.⁹ Uttalelsene er kun rådgivende for partene.¹⁰ Går uttalelsen mot eiendomsmegleren må meglerforetaket innen tre uker gi tilbakemelding dersom de ikke akter å etterkomme vedtaket. Er innklagede meglers begrunnelse for ikke å følge nemndas uttalelse utilfredsstillende, blir foretaket rapportert til Finanstilsynet. En rådgivende uttalelse fra nemnda er da heller ikke bindende for retten. Trygve Bergsåker antar imidlertid at avgjørelsene vil ha stor betydning også i retten, da nemndsavgjørelser som regel er godt utredet.¹¹ Rosèn og Torsteinsen (2008) mener imidlertid at praksisen har liten rettskildemessig betydning, da uttalelsene er korte og konkret knyttet opp mot den enkelte sak. Unntak kan tenkes ved enhetlig praksis som viser en kvalitativ tyngde.¹²

Foretak som driver eiendomsmegling er pliktig å være medlem av nemnda jf. § 2-10 se § 8-8. Nemnda utfører da en kvalitetssikring av eiendomsmeglerens arbeid. Et videre argument for at reklamasjonsnemndas uttalelser skal ha større vekt nå enn tidligere, er at nemnda kan gi uttalelser rettet mot både eiendomsmeglere og advokater som driver eiendomsmegling. Før var det en nemnd til hver av utøverne. I tillegg til kun en nemnd, er uttalelsene fra 2005 og fremover publisert på internett. Hensynet til tilgjengelighet er da ivaretatt ettersom de er tilgjengelig for rettsanvenderen. Personene som avgjør sakene er valgt av de ulike interesseorganisasjonene vedrørende omsetning av fast eiendom. Det må kunne presumeres at medlemmenes kunnskap på området er meget kvalifisert, i alle fall gjelder dette professor Tore Bråthen. Selve sammensetningen kan tyde på at nemndsavgjørelsene bygger på et riktig juridisk skjønn, som skal tillegges vekt i rettsanvendelsesprosessen.

⁸ Midten av mai 2012

⁹ Professor Tore Bråthen er formann og har sittet i mange år. Han er valgt av Reklamasjonsnemndas styre som består av Styreleder Norleiv Pedersen (Eiendomsmeglerforetakenes Forening), Finn Tvetter (Norges Eiendomsmeglerforbund), Jens Bull (Den norske Advokatforening), Aleksander Myrvold (Forbrukerrådet). De øvrige to oppnevnes av forbrukerrådet og bransjeorganisasjonene.

¹⁰ http://www.eiendomsmeglingsnemnda.no/xp/pub/site/om_reklamasjonsnemnda/index.html (mai 2012)

¹¹ Trygve Bergsåker, *Eiendomsmegling – omsorgsplikt og god meglerskikk*, Oslo 2008 (den gamle eiendomsmeglingsloven) s. 31 flg.

¹² Karl Rosèn og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 68-69.

Imidlertid ses det på hver konkrete sak slik at marginale forskjeller som ikke fremkommer i avgjørelsen ender i helt forskjellige utfall. Dette går da utover forutberegneligheten. Nemnda uttaler seg kun om den konkrete tvist og gir ikke generelle uttalelser om rettsspørsmål.¹³ Selv om rimeligheten blir bedre ivaretatt i forhold til selger, vil det for rettsanvenderen bli vanskeligere å se hva som er forskjellen på de forskjellige resultat. Videre er avgjørelsene skriftlig, slik at mye avhenger av hva partene fremlegger.¹⁴ Dette kan føre til at viktige momenter for vurderingen ikke fremlegges da klageren og innklagede ikke ser verdien av momentet. Ettersom sakene ikke er bindende for partene og noen fastsettelsesdom derfor ikke kan kreves, vil dette senke rettskildefaktorens verdi. Selv om det foreligger nemndspraksis på mange områder vil forutberegneligheten i noen grad svekkes da rettsanvender får enda en rettskildefaktor å forholde seg til. Et meglerforetak har flere gode grunner for å følge en uttalelse fra reklamasjonsnemnda, selv om de mener den er feil. Den viktigste kan være faren for negativ medieomtale ved ikke å følge et vedtak fra nemnda. Et annet er det økonomiske aspektet. Et vederlag til megleren er vanligvis på mellom en til tre prosent av kjøpesummen. Det vil da ikke være økonomisk å forfølge en sak i retten hvis en ikke er helt sikker på seier. Selv om en er sikker på seier, vil den negative omtalen en pressedekning fører med seg, kunne være verdt det mangedobbelte av vederlaget. Dette kan føre til at feil forståelse av reglen fester seg i praksis fra nemnda. I det følgende vil klagesaker kun bli brukt som illustrasjon.

Slik det fremkommer av avsnittene over vil Rosèn og Torsteinsen (2008) sin løsning være god, nemlig at nemndspraksis først får større betydning der det foreligger en ensartet praksis som er godt begrunnet.¹⁵

1.3 Prisavslag generelt

Nedsettelse av meglers vederlag er et prisavslag.¹⁶ Innenfor obligasjonsretten på lovfestet og ulovfestet område kan en ha krav på prisavslag der det er en mangel ved ytelsen. Litteratur og

¹³ Christina Lyngtveit-Pettersson (red.), Christian Bohne, *Praksis fra Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglertjenester*, Oslo 2009 s. 13

¹⁴ Christina Lyngtveit-Pettersson (red.), Christian Bohne, *Praksis fra Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglertjenester*, Oslo 2009 s.10.

¹⁵ Trygve Bergsåker, *Eiendomsmegling – omsorgsplikt og god meglerskikk*, (2008) (den gamle eiendomsmeglingsloven), s. 42. Se også Tore Bråthen sin mening i Christina Lyngtveit-Pettersson (red.), Christian Bohne, *Praksis fra Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglertjenester*, Oslo 2009 s.10 og 11.

¹⁶ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling, s. 145 spalte 1.

praksis om prisavslag fra andre rettsområder vil derfor kunne bringe forståelse til innholdet i regelen.

I norsk kontraktslovgivning dukker prisavslag opp i mange forskjellige varianter. Foruten eiendomsmeglingsloven § 7-7 fremkommer prisavslagsbestemmelser i kjøpsloven § 37 første ledd, forbrukerkjøpsloven § 31 første ledd, avhendingsloven § 4-12, bustadsoppføringslova § 33 første ledd, husleieloven § 2-11 andre ledd, håndverkertjenesteloven § 25, tomtefesteloven § 25 og pakkereiseloven § 6-2 tredje ledd. Dette er ikke en uttømmende liste. Hvordan utmålingen foretas vil være den største forskjellen mellom de nevnte paragrafer og forståelsen av emgll. 7-7, se punkt 4.2

1.4 Forutsetninger og avgrensninger

Det forutsettes som utgangspunkt at det er inngått en gyldig avtale mellom oppdragsgiver og oppdragstaker, følgelig avgrenses oppgaven mot vilkår for gyldig avtaleinngåelse. Imidlertid vil det i noen mellomstillinger ikke være klart om det foreligger en gyldig avtale eller at det utførte er et mislighold. Noen mellomstillinger vil drøftes, for eksempel urimelig høyt vederlag, se punkt 3.5.1 siste avsnitt. Selv om en gyldig oppdragsavtale forutsetter at eiendomsmegleren har de kvalifikasjoner loven krever, er dette et punkt som er sentralt for forståelsen av rekkevidden av bestemmelsen, derfor vil følgen av manglende kompetanse bli drøftet. Derimot vil det ikke drøftes hva som skal til for at denne kompetansen foreligger. Videre forutsettes det at vederlagskravet er oppstått og forfalt til betaling, dersom det ikke hadde fremkommet et mislighold fra meglerens side.

Reklamasjon innenfor nærmere angitte frister er også en forutsetning for vederlagsnedsettelse. Dette er imidlertid en mer allmenn obligasjonsrettslig problemstilling som ikke reiser særlige spørsmål i forhold til prisavslagsbestemmelsen. I det følgende forutsettes det at det er reklamert i tide.

Når det gjelder selve utmålingen av prisavslaget vil det primært være knyttet til situasjonen mellom selger og megler. Likevel vil tilfellet der selger krever regress av megler gjennom prisavslag, etter at selger har blitt erstatningsansvarlig for mislighold som også skyldes meglerens klanderverdige forhold, vise synsvinkler for å forstå rekkevidden av prisavslaget. Selve grunnlaget for selgers erstatningsansvar overfor kjøper drøftes ikke.

Under kapittel 5 om forholdet til erstatningsutmåling forutsettes det at vilkårene for erstatning er oppfylt og det ses kun på forholdet mellom prisavslag og erstatning som krav ved mislighold.¹⁷

Oppgaven avgrenses mot tilfeller der det er gyldig avtalt løsninger som fraviker eiendomsmeglingsloven, for eksempel næringsforhold. I det følgende er da eiendomsmeagleloven § 7-7 ufravikelig. Fravikelighet fremkommer av § 1-3 se § 1-4. Videre avgrenses oppgaven mot søkeoppdrag, der megler skal finne en eiendom til en kjøper.

2. EIENDOMSMEGLERS PLIKTER

2.1 Plikter avhengig og uavhengig av en oppdragsgiver

For å forstå vilkåret ”pliktforsømmelse” i § 7-7, må en først definere hvilke plikter en megler har. Det vil ikke gis en uttømmende oppramsing av lov- og forskriftsbestemmelser, men en oversikt over sentrale plikter som er sentrale for innholdet i ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse” som vilkår for vederlagsnedsettelse. Plikter oppstår etter lov, avtale eller sedvane. For hvilken betydning en brutt plikt har, se punkt 3.5 følgende og 4.3.

En eiendomsmegler har plikter både avhengig og uavhengig av oppdragsgiver. Plikter uavhengig av en oppdragsgiver oppstår primært etter lov. I denne kategorien er kravet til uavhengighet sentralt, jf. § 1, se lovens kapittel fem. Uavhengighet skal skape tillit til megler i forhold til selger og kjøper. Meglerforetaket må ha konsesjon, jf. lovens kapittel to.

Eiendomsmegler plikter å ha riktig kompetanse for å utføre eiendomsmeglingsoppdrag, jf. § 6-2 se lovens kapittel fire.

Plikter som er avhengig av et oppdrag vil være hensiktsmessig å dele i omsorgsforpliktelse og resultatforpliktelse. De mest håndfaste pliktene er resultatforpliktelsene. Disse er enklere å fastslå rekkevidden av enn omsorgsforpliktelsene og følgelig vil pliktbruddet være lettere å påvise, se 3.5 følgende.

¹⁷ For innholdet i erstatning og regress etter erstatningsreglene, mellom selger og megler vises det til: Jan-Ove og Skjefstad Færstad, Arnt E. *Prisavslag, erstatning og regress - selgers og meglers innbyrdes ansvar* (2008) (lovdata.no mai 2012) og for delvis motsatte synspunkt: Trygve Bergsåker: *Eiendomsmegleres erstatningsansvar* (2002) (lovdata.no mai 2012)

Noen plikter gjelder uavhengig av på hvilket stadium en er i prosessen. Forbudet mot egenhandel og opplysningsplikt om egeninteresse etter § 5-3 er en typisk resultatforpliktelse som kan slås fast. En megler kan heller ikke motta vederlag fra andre tjenesteytere, for eksempel provisjon ved salg av eierskifteforsikringer, jf. § 5-4 Denne reglen sikrer at det er partenes interesser som står i sentrum ved meglers arbeid. En meglermedhjelper kan brukes til ”til mindre vesentlige oppgaver og oppgaver av rutinemessig eller teknisk karakter.”, jf. § 6-2.

Selve oppdragsavtalen inngås før oppdraget, men den regulerer forhold gjennom hele oppdraget. Oppdragsavtalen sier gjerne noe om visninger, brukt av profesjonell fotograf og prospekt med mer. Selve oppdragsavtalen er en resultatforpliktelse der minimumsvilkårene fremkommer av lov og forskrift, jf. § 6-4. I forlengelse av oppdragsavtalen kommer også kravet om prisinformasjon etter § 7-1 og forbud mot progressiv provisjon¹⁸, jf § 7-2 andre ledd.

Den videste (lovfestede) omsorgsforpliktelsen følger av § 6-3 første ledd om god meglerskikk.

”Oppdragstaker skal i sin virksomhetsutøvelse opptre i samsvar med god meglerskikk med omsorg for begge parters interesser. Oppdragstakeren må ikke opptre på noen måte som er egnet til å svekke tilliten til oppdragstakerens integritet og uavhengighet.”

God meglerskikk med omsorg for begge parters interesser er et vagt begrep, men av ordlyden kan en slutte at megleren har som overordnet ansvar å opptre redelig ved utøvelsen av sin profesjon. Leses kapittel fem og seks i sammenheng ser en at begrepet må favne videre og være et supplement til lovens detaljerte regler for å ha selvstendig betydning. Bestemmelsen kan ses på som et ”kvalitetskriterium” for å oppnå en minstestandard ved utøvelsen av oppdraget.¹⁹ Begrepet er en rettslig standard.²⁰ Disse kjennetegnes ofte ved at de endres over tid og i sammenheng med lovens utvikling. Dette er en objektiv norm der bransjens egen standard ikke nødvendigvis er avgjørende.²¹ En skal foreta en forsvarlig oppfyllelsehandling,

¹⁸ En kan ikke avtale at megleren får økende provisjonsprosent-sats ved høyere salgpris.

¹⁹ Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989, se s. 213, jf. 217

²⁰ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 148.

²¹ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 148.

der det er rom for visse avvik og feilvurderinger.²² Standarden god meglerskikk vil komme inn som et selvstendig vurderingselement på alle områder av eiendomsmegleroppdraget, også som tillegg til de lovfestede resultatforpliktelser.

Megler har også en generell rådgivningsplikt og veiledningsplikt etter § 6-3 andre ledd om ”råd og opplysninger av betydning for handelen og gjennomføringen av denne”. Denne plikten kommer inn i alle faser av megleroppdraget også som et supplement til § 6-7 som gjelder informasjon om selve eiendommen, jf. nedenfor. Et eksempel på rådgivning etter § 6-3 andre ledd kan være at megler har plikt til å rådgi om skatteplikt hvis huset handles med forutsetning om videresalg innen et år.²³

I forholdet mellom megler og selger vil den generelle rådgivningsplikt etter § 6-3 andre ledd være relevant for vurderingen av meglers plikter i tillegg til avtaleforholdet.²⁴

I forbindelse med de forskjellige fasene i oppdraget etter at oppdragsavtalen er skrevet under vil megler ha en selvstendig undersøkelses-, opplysnings- og rådgivningsplikt både til selger og eventuelle interessenter. Disse pliktene er både uavhengig av og som et supplement til selgers selvstendige opplysningsplikt og kjøpers undersøkelsesplikt. I forholdet mellom interessenter/kjøper og megler vil megler ha noen minimumsvilkår i § 6-7 andre ledd, samt en omsorgsforpliktelse om opplysninger kjøper ”... har grunn til å regne med å få og som kan få betydning for avtalen.”, jf første ledd. Med dette menes en spesialregulering av god meglerskikk i forhold til opplysninger om eiendommen ved å være pliktig til å innhente, kontrollere og formidle relevant informasjon om eiendommen.²⁵ Den generelle opplysningsplikten kan omhandle alt fra offentligrettslige pålegg til aktuelle nabovarsler.²⁶

Neste del av salgsprosessen vil være budgivningen og denne prosessen er i stor grad en del av god meglerskikkvurderingen, jf. ovenfor. Noen resultatplikter for budgivning følger av forskrift med hjemmel i § 6-10, for eksempel meglers plikter ved budgivning, budjournal og

²² Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989, se s. 134 -137, Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke*, Oslo 2003 s. 209- 122

²³ se skatteloven § 9-3, andre ledd

²⁴ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 160 spalte 2.

²⁵ se Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s.58.

²⁶ NOU 2006: 1. eiendomsmegling s.122

innsyn i denne, se forskriftsparagrafer 3-5, 6-3 og 6-4. Etter akseptert bud skriver megleren kontrakten mellom partene hvis ikke partene ønsker noe annet, jf. § 6-8

Endelig i meglerprosessen skal oppgjøret foretas, jf. 6-9 Dette er en av meglerens viktigste oppgaver. Pengeheftelser på eiendommen skal slettes, hjemmel skal overføres og penger skal utbetales til selger. Disse pliktene er resultatforpliktelser. I hvilken grad megleren plikter å gi råd og veiledning utover dette må hjemles i god meglerskikkvurdering, se ovenfor.²⁷

Pliktene som er gjennomgått over danner grunnlag for hva som er en ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”, se punkt 3.5 følgende.

3. VILKÅR FOR VEDERLAGSNEDSETTELSE § 7-7

3.1 Oversikt

Her i kapittel tre vil vilkår for vederlagsnedsettelse etter § 7-7 gjennomgås. *”Dersom det foreligger en ikke ubetydelig pliktforsømmelse fra oppdragstakerens side, kan oppdragsgiveren kreve at vederlaget settes ned eller faller bort.”*

Vederlagsnedsettelse kan kreves ved to typesituasjoner. Den ene situasjonen er at oppdragsgiver krever regress av megleren etter prisavslagsbestemmelsen, der selger har blitt ansvarlig overfor kjøper og betalt erstatning, hvis megleren har gjort seg ansvarlig ved et ikke ubetydelig pliktbrudd. En annen situasjon og etter praksis fra Reklamasjonsnemnda den mest vanlige formen for prisavslag, er der det foretas direkte nedsettelse av meglers vederlag uten at kjøper har påført selger et økonomisk tap.

3.2 Økonomisk tap for selger

Selv om kjøper ikke påfører selger et tap kan det spørres om det likevel kreves at megler eller andre påfører selger et økonomisk tap i tilknytning til salget for å kunne kreve prisavslag. Paragraf 7-7 gir ingen klare holdepunkter for om det kreves et økonomisk tap for selger for å kreve nedsettelse av vederlaget.

²⁷ Tilsvarende Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 374

Ytelsen megleren gir kan være mangelfull uavhengig av om den har påført oppdragsgiver et tap. Meningen bak prisavslag er at den opprettholder balansen mellom det betalte vederlaget og meglers ytelse. Ved ikke å kreve et tap skaper en også et reelt skille mellom prisavslag og erstatning som krever økonomisk tap, se punkt 5. Videre vil en regel uten krav om påviselig tap danne en prosessøkonomisk enkel regel for selger. Hensynene bak avtalekonstruksjonen taler mot at det kreves økonomisk tap.

Etter den tidligere § 4-6 fra 1989, kunne forarbeidene til denne tyde på at det var et krav om økonomisk tap da de skrev at "... [m]indre forsømmelser - som ikke har medført økonomisk tap – bør ikke kunne påberopes".²⁸ Likevel var gjeldende rett før den nye eiendomsmeglingslov, at "[d]er det ikke lar seg gjøre å beregne et økonomisk tap, vil ... prisavslaget måtte fastslås konkret etter en skjønnsmessig helhetsvurdering".²⁹ Dette er også gjeldene rett etter § 7-7.³⁰ Det kreves da ikke at det foreligger et økonomisk tap for selger.

Er det mulig å påvise et økonomisk tap kan dette ha betydning for utmålingen av prisavslaget, se punkt 4.3.2.

3.3 Spesielle bemerkninger i forhold til "oppdragsgiver" og "oppdragstaker"

Som nevnt tidligere er det selger som er "oppdragsgiver".³¹ Det må derfor avgjøres hvilken betydning det har at selger og kjøper avtaler seg i mellom at kjøper betaler meglers vederlag.

Den tidligere § 4-6 var helt klar på at både oppdragsgiver og oppdragsgivers medkontrahent kunne påberope seg retten til nedsettelse av vederlaget for megler, imens den nye ordlyden kun viser til "oppdragsgiver".³² Både etter § 7-2 fjerde ledd og den tidligere § 4-1 første ledd var det klart at selger og megler ikke kunne avtale at kjøper skulle betale meglers vederlag. Imidlertid er ikke loven til hinder for at selger og kjøper avtaler seg i mellom at kjøper skal

²⁸ NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov)s. 89.

²⁹ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 144 spalte 2.

³⁰ Klart skrevet i NOU 2006: 1. eiendomsmegling s.110 jf. Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 145 spalte 1

³¹ se punkt 1.1 og 1.4

³² NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov). s 89 " Både oppdragsgiveren og oppdragsgiverens medkontrahent kan påberope bestemmelsen..."

betale meglers vederlag.³³ Selv om kjøper betaler vederlaget, er kjøper fortsatt ikke oppdragsgiver. En følge av slik loven nå er formulert, er at kjøper ikke kan påberope seg § 7-7. Dette selv om en forutsetning bak § 7-7 er at den som betaler vederlaget vil være den eneste som har rettslig interesse i å kreve vederlagsnedsettelse. Rettskildene gir ingen holdepunkter for en annen tolkning og det kan virke som kjøper da er avhengig av å påberope ulovfestet prisavslag eller et erstatningskrav mot selger eller megler. Loven er såpass ny at det er ikke noen avgjørelser eller teori om problemet.

Likevel er det viktig å påpeke at kjøper som utgangspunkt kun er pliktig til å betale det selger hadde vært pliktig til. Dersom selger påberoper seg prisavslagsbestemmelsen overfor megler, på vegne av kjøper, vil prisavslagskravet kunne gjøres reelt. Imidlertid kan selger tenkes ikke å ha interesse av å kreve prisavslag overfor megler, hvis han for eksempel er fornøyd med handelen, eller at megleren er en bekjent.

For spørsmålet om den nye ordlyden også innebærer en forandring overfor hvem en pliktforsømmelse må gå utover, se punkt 3.5.1.

Det følger av innledningen på oppgaven at det er meglerforetaket som er ”oppdragstaker”.³⁴ Utfører en eiendomsmegling mot godtgjørelse uten konsesjon til eiendomsmeglerdrift etter § 2-1, er en etter loven ikke et eiendomsmeglerforetak og en kan heller ikke være ”oppdragstaker” i lovens forstand, jf. § 2-1 se §§ 7-7, 6-1. Forarbeidene til den tidligere § 4-6 slo fast at det ”finnes samme regel i den svenske lag om fastighetsmäklare § 18.”³⁵ Ordlyden i den svenske nåværende ”lag om fastighetsmäklare SFS 2011:666 § 24” er fortsatt lik den tidligere § 4-6 bygde på. Den svenske Högsta Domstolen slo fast at manglende registrering som megler var en pliktforsømmelse.³⁶ De drøftet ikke om dette var et mellommannsoppdrag utenfor loven. Den samme forståelsen bør også følge etter norsk rett. Manglende konsesjon kan være en bristende forutsetning som bør kunne påberopes som prisavslagsgrunn ettersom prisavslagskravet er en kontraktmessig gjensidighetsbeføyelse. Dersom ”oppdragstaker” ikke

³³ Drøftelsen som slår fast dette: Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 195. De drøfter ikke hva dette medfører dersom kjøper og selger kan avtale en slik ordning i forhold til prisavslagsbestemmelsen, kun at kjøper og selger kan avtale dette. Se i tillegg siste setning i første avsnitt s. 504 som ikke viser til drøftelsen om hvem som kan betale vederlaget på side 195.

³⁴ se punkt 1.1

³⁵ NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov)s. 88

³⁶ Nja 2000 s. 629

omfatter foretak med manglende konsesjon, viser drøftelsen over at analogisk bruk av bestemmelsen har gode grunner for seg.

3.4 Hva er ”vederlaget”

Det er ”vederlaget” oppdragsgiver kan kreve nedsatt, følgelig må en avgjøre innholdet i begrepet, jf. § 7-7. En naturlig språklig forståelse kan i alle fall gi to forskjellige betydninger. Den ene vil være at vederlaget forstås som betaling for den jobben megleren utfører uavhengig om megler har et korresponderende utlegg. Den andre forståelsen vil være at vederlaget ses på som kompensasjon for utført tjeneste, selv om kompensasjonen også dekker utlegg megleren har hatt. Det følger av § 7-5 at utlegg kan kreves etterhvert som de skal betales. Det er også klart at disse kan dekkes uavhengig om kjøp kommer i stand, så lenge de er en del av oppdragsavtalen eller særskilt avtale.³⁷ Dette taler for vederlaget er kompensasjon for utført tjeneste, til forskjell fra dekning av utgifter under utførelsen av tjenesten. Dersom vederlagsnedsettelse også skulle kunne omfatte meglers rett til å få dekket utlegg, måtte dette ha vært lovregulert. Dette er også forståelsen i nemndspraksis.³⁸ Regelen bør også forstås på denne måten, da mange av utleggene en megler har enten er lovpålagt (eksempelvis innhenting av eierforhold), eller i stor grad ønskelig for selger (eksempelvis markedsføring). Det er da klart at det kun kan kreves nedsettelse i vederlaget og ikke i utlegg.

3.5 ”[P]liktforsømmelse”

3.5.1 Innhold

Det mest sentrale vilkåret for vederlagsnedsettelse er om det foreligger ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse”, jf. § 7-7. Det skal under punkt 3.5 avgjøres hvilke pliktforsømmelser som kan påberopes. Dernest skal det avgjøres hvor kvalifisert denne pliktforsømmelsen må være for å medføre prisavslag, jf. punkt 3.6.

Det må først slås fast hvem en eventuell pliktforsømmelse må gå utover. Som nevnt i punkt 3.3 er det kun oppdragsgiver som kan påberope seg § 7-7. Det kan da problematiseres om det kun er pliktforsømmelser overfor selgeren som nå kan påberopes. Det er imidlertid klart at for

³⁷ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s.187. Christina Lyngtveit-Pettersson (red.), Christian Böhne, *Praksis fra Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglertjenester*, Oslo 2009 s. 33. Tore Bråthen og Margrethe Røse Solli, *Lærebok i praktisk eiendomsmegling*, Oslo 2008 s. 29, skriver om der utlegget forandres i pris uten at det er tatt forbehold om dette, kan en kun kreve den tidligere prisen på utlegget dekket.

³⁸ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 503

å oppnå den ønskede effekt om å skjerpe kravet til opptreden hos megler, må en også kunne påberope seg pliktbrudd overfor andre i tilknytning til oppdraget, for eksempel en kjøper eller interessent som ikke får all informasjon. Dette var gjeldende rett før endringen av ordlyden. Forarbeidene er klare på at pliktforsømmelsen "... kan både gjelde plikter overfor oppdragsgiver og overfor andre..."³⁹

Det må da avgjøres hva som er en "pliktforsømmelse" etter § 7-7. En naturlig forståelse av lovens ordlyd vil være brudd på de forpliktelser og krav som stilles til megleren. Følgelig foreligger det en pliktforsømmelse hvis det er brudd på meglers plikter oppstilt i punkt 2. Under vil det likevel vises til noen eksempler på pliktforsømmelser for forståelsen, ellers er det følgende særlige bemerkning til § 7-7.

Rosèn og Torsteinsen (2008) mener "...det er naturlig å forstå [pliktforsømmelse] som en henvisning til de rettsplikter megler har overfor oppdragsgiver. ...[også] oppdragsgivers medkontrahent ... De primære rettsgrunnlagene for meglers plikter er oppdragsavtalen og relevante bestemmelser i eiendomsmeglingsloven kapittel 5 og 6"⁴⁰ Om de her mener at oppdragsgiver ikke kan påberope seg andre lovpålagte plikter som for eksempel taushetsplikt i § 3-6, eller at det som er skrevet kun er ment som en henvisning til de plikter som oftest gjøres gjeldende, er ikke lett å avgjøre.

Bestemmelsen om taushetsplikt i § 3-6 kan ikke påberopes som pliktforsømmelse hvis en legger ordrett til grunn det Rosèn og Torsteinsen skriver. Dette vil i mange tilfeller være brudd på god meglerskikk etter § 6-3, men det kan tenkes at selve handlingen er forsvarlig dersom megleren for eksempel har blitt lurt til å snakke om taushetsbelagt informasjon. Brudd på taushetsplikten kan være straffbart, jf. § 8-9 Dette kan tale for at det er pliktforsømmelse. Det er imidlertid viktig å påpeke forskjellen på at en kan straffes og det å kreve nedsettelse av vederlag som er en kontraktmessig gjensidighetsbeføyelse.⁴¹ Likevel bør det være klare holdepunkter for ikke å medregne taushetsbrudd som en pliktforsømmelse. Reklamasjonsnemnda ser også på andre bestemmelser enn de som fremkommer av avtale, sedvane og lovens kapittel fem og seks.⁴² Hva som er en pliktforsømmelse avgjøres da på

³⁹ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 145

⁴⁰ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008, s. 504.

⁴¹ Se 4.3.3

⁴² KEM-2010-135

grunnlag av tolkning av den aktuelle bestemmelse, om det hjemler en plikt overfor noen i tilknytning til oppdraget.

For enklere å slå fast bruddet på meglers plikter deles det opp i resultat og omsorgsforpliktelser som i punkt 2. Der det foreligger en resultatforpliktelse vil bruddet ofte være enkelt å slå fast. Eksempler på resultatforpliktelser vil være brudd på minimumsinnhold i pliktig informasjonsmateriale etter § 6-4 og § 6-7 andre ledd, forbud mot egenhandel, jf. § 5-3, manglende konsesjon til eiendomsmegling, forutsatt at en er ”oppdragstaker” se punkt 3.3.

Når det gjelder omsorgsforpliktelsene vil det gjerne være vanskeligere å slå fast om det foreligger et brudd på meglers plikter. I motsetning til resultatforpliktelsene er omsorgsforpliktelsene ikke brutt når det foreligger en forsvarlig oppfyllelshandling.⁴³ Det er rom for visse avvik og feilvurderinger uten at handlingen blir uaktsom. Et eksempel på brudd på god meglerskikk vil være der en glemmer rådgivning om skatteplikt hvis huset handles med forutsetning om videresalg innen et år, etter § 6-3 andre ledd.⁴⁴ Et annet brudd kan være at en glemmer å meddele det høyeste bud, jf. § 6-3 første ledd.⁴⁵

Det er som utgangspunkt forutsatt at det foreligger en gyldig avtale og det skal betales etter kontrakten. Imidlertid kan det reises spørsmål om et urimelig høyt vederlag kan ses på som en pliktforsømmelse. Det fremkommer av forarbeidene til den eldre loven, at et urimelig høyt vederlag ikke kan settes ned direkte på bakgrunn av § 7-7.⁴⁶ Rosén og Torsteinsen (2008) slår dette fast som gjeldende rett uten en videre drøftelse.⁴⁷ Praksis fra nemnda ser også bort fra § 7-7 som grunnlag for nedsettelse, bare fordi vederlaget er høyt.⁴⁸ Det er en ny ordlyd i § 7-7 og § 6-3, første ledd om ”god meglerskikk”. En bør derfor komme med noen bemerkninger for hvorfor dette fortsatt er gjeldende rett. Forarbeidene til den nye loven er taus på akkurat dette punktet. Et urimelig vederlagskrav må i så fall hjemles i vurderingen ”god meglerskikk”, jf. § 6-3. God meglerskikk innebærer ”omsorg for begge parters interesser”. Forarbeidene til den gamle eiendomsmeglingsloven, mente at omsorg tilsa at oppdraget skulle utføres så godt

⁴³ Se punkt 2, jf. Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989 s. 134 -137, Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke*, Oslo 2003 s. 209- 122

⁴⁴ se skatteloven § 9-3, andre ledd

⁴⁵ For konkret gjennomgang av brudd på § 6-3 første ledd, § 6-3 andre ledd og § 6-7 første ledd, vises det til Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008, s. 233 til 240 og s. 248 til 319.

⁴⁶ NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov)s. 89

⁴⁷ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 504

⁴⁸ KEM-2010-144

som mulig.⁴⁹ Dette er videreført i den nye loven.⁵⁰ Likevel er det en forskjell fra den tidligere ordlyd ved at forbindelsen mellom kravet til god meglerskikk og ”utførelsen av oppdraget” er endret til at en skal utøve god meglerskikk i ”sin virksomhetsutøvelse”, jf. emgll. § 6-3. Den nye ordlyden kan tale for at det er rettstridig å sette et for høyt vederlag. Imidlertid var det ikke meningen med ”...noen realitetsendring i forhold til [da]gjeldende lov” av 1989.⁵¹ Situasjonen forarbeidene sikter til er at oppdragstakers lojalitetsplikt overfor selger for å oppnå best pris, ses opp mot meglers plikter overfor kjøperens krav på eksempelvis informasjon.⁵² Dette er en helt annen situasjon en hva megleren kan gjøre ved kontraktsinngåelse. Videre gir pristilaksloven § 2 og avtaleloven § 36 mulighet for å endre innholdet i avtalen til forbrukerens fordel. Denne problemstillingen er utenfor oppgaven om emgll. § 7-7 og forfølges ikke videre. En kan da ikke kreve et urimelig høyt vederlag nedsatt som en pliktforsømmelse etter § 7-7

Et annet tilfelle som har en klar grenseflate mot urimelig vederlag er der salgsprosessen har gått meget fort og selger ikke føler at megler skal ha krav på full provisjon. Det kan ikke i seg selv være en ”pliktforsømmelse” at salgsprosessen går for fort.⁵³ Ved provisjonsoppdrag er timebruken uten betydning, og det kan da ikke være en pliktforsømmelse at megler ikke inntar et punkt i oppdragsavtalen, som tilsier mindre betaling når arbeidet går raskere enn forventet. Når det også finnes alternativ om å inngå avtale med timebetaling, kan selgeren velge dette der en tror salget går raskt. Megler kan imidlertid forlede selger til å tro at eiendomssalget kan trekke ut og derfor bør velge provisjon.⁵⁴ Forledelsestilfellene reguleres imidlertid tilstrekkelig av avtaleloven § 36 og god meglerskikkvurderingen.

Perioden for når forsømmelsene må ha inntrådt er ikke lovregulert i paragrafen, men følger naturlig som en følge av pliktene oppstilt i punkt 2. Så lenge megler har en plikt mot noen i tilknytning til oppdraget kan pliktforsømmelsen påberopes.

⁴⁹ NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov)s. 63

⁵⁰ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 150.

⁵¹ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 150.

⁵² NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov) s. 64-65

⁵³ Dette er i samsvar med nemndspraksis, se KEM-2009-120

⁵⁴ Det er ingen pliktforsømmelse å si at lignende eiendommer vanligvis tar lang tid å selge, se KEM-2010-108

3.5.2 Vilkår om uaktsomhet ved pliktforsømmelsen

Av ordlyden ”pliktforsømmelse” kan det være uvisst om det kreves skyld fra meglers side for feilen som er begått. Det er likevel klart at brudd på plikter kan forekomme uten at en vet det.⁵⁵ Som det fremkommer av punkt 2 ovenfor er noen plikter resultatforpliktelse, for disse vil det være uhensiktmessig i tillegg å kreve uaktsomhet fra megler for at forsømmelsen skal kunne få en følge. Hvis en forsettelig ikke gir kjøper lovpålagt informasjon ville dette ikke vært en forsvarlig handling og følgelig vært et brudd på god meglerskikk. Det vil da si at der det er spørsmål om en omsorgsforpliktelse etter god meglerskikk etter § 6-3 første ledd eller spesialregulering av rådgivning i andre ledd, eller skjønnessig informasjonsplikt etter § 6-7 første ledd, vil det være en forsvarlighetsvurdering. Men denne vurderingen kommer etter de respektive paragrafer, ikke av ordlyden ”pliktforsømmelse”. Det er likevel viktig å påpeke at selv om det er en uaktsom oppfyllelsehandling etter de forskjellige paragrafer, må pliktforsømmelsen i tillegg være ”ikke ubetydelige”, jf. punkt 3.6.1 og 3.6.2. Gjeldende rett før § 7-7 var klar på at uaktsomhet ikke trengtes. Selv om dette ikke kommer klart frem av ordlyden i den nye eller eldre loven er praksis slik også. Det er da nok at det foreligger et objektivt brudd på plikter etter lov, avtale eller sedvane.⁵⁶

3.5.3 Meglermedhjelpers pliktforsømmelser

Etter § 6-2, andre ledd kan ”medhjelpere [utføre] mindre vesentlige oppgaver”. Det følger av forskriften at meglermedhjelper ikke kan, ”gi opplysninger og råd som kan være av betydning for handelen og gjennomføringen av denne”, ”avholde budrunde”, ”avholde kontraktsmøte” med mer, jf. forskriften § 6-2 første ledd, bokstav a til e. To tenkte og ikke uaktuelle situasjoner er for det første der meglermedhjelperen gir opplysninger som ikke fremkommer av salgsmaterialet, for eksempel hvor nærmeste barnehage er. Dette kan være ”opplysninger ... som kan være av betydning for handelen og gjennomføringen av denne”. Den neste situasjonen er der en meglermedhjelper mottar et bud og formidler det til interessenter. Dette vil kunne bli brudd på både ansvarlig meglers eller fullmektigens rolle i å ”avholde budrunde” og for det å ”gi opplysninger og råd som kan være av betydning for handelen og gjennomføringen av denne”. Denne oppgaven tar ikke opp eventuelle utvidelser av informasjon som kan gis, for eksempel kjensgjerninger. Det forutsettes at medhjelper på

⁵⁵ Tilsvarende andre prisavslagsbestemmelser om mangler og mislighold, jf. prisavslagsbestemmelsene i punkt 4.2

⁵⁶ Magnus Melin, *Fastighetsmäklarlagen - En kommentar*, 2 utgave, Sollentuna 2007 s. 323 skriver treffende at et prisavslagskrav uten uaktsom får samme ”... funktion som det köprättsliga prisavdraget”

visning må forholde seg passiv utover å formidle informasjon i salgsmateriellet og gi telefonrøret til megler hvis en interessent begynner å legge inn et bud. En pliktforsømmelse er da lett å slå fast.

Imidlertid kan det være vanskeligere å slå fast hvilken betydning pliktbruddet skal ha for prisavslagskravet, se punkt 3.6.3

3.5.4 Betydningen av forsinkelse for pliktforsømmelsesvurderingen

I kontraktslovgivningen generelt kan en ikke kreve prisavslag ved forsinkelser, da prisavslag ofte forutsetter at en har en ytelse som viser en mangel. Et megleroppdrag er etter emgll. § 6-5 begrenset til seks måneder, men kan forlenges. Det er likevel intet resultatkrav om salg i denne perioden, hvis annet ikke er avtalt. Imidlertid kan det tenkes at megler ikke tar kontakt med interessenter og salget drar ut i tid. Dette kan være i strid med god meglerskikk etter § 6-3, første ledd, men da er forsinkelsen en følge av at megler ikke har gjort sin plikt til å snakke med interessenter. Det klare utgangspunkt er at megler ikke bærer risikoen for at salget tar tid, ettersom selve salgsprosessen er en omsorgsforpliktelse ved at megler skal gjøre så godt han kan for å oppnå et salg.

Der det foreligger særbestemmelser om tidsfrister kan det foreligge en forsømmelse som gir rett til prisavslag. Eksempelvis skal ”kopi av budjournal ... gis til kjøper og selger uten ugrunnet opphold etter at handel er kommet i stand”.⁵⁷ Pliktforsømmelsesbruddet er da enkelt å slå fast.

Når salgsprosessen er over og oppgjøret skal foretas er det flere saker i Reklamasjonsnemnda som gir prisavslag på grunn av forsinkelse. Hjemmelen for hvorfor forsinkelse av oppgjøret kan være en pliktforsømmelse fremkommer ikke klart av eiendomsmeglerloven. Oppgjøret gjennomføres i henhold til det avtalte.⁵⁸ Samtidig må det gjennomføres i henhold til god meglerskikk og med omsorg for begge partene, jf. § 6-3. I tillegg må megleren sørge for at oppgjøret skjer på en ” sikker, ordnet og effektiv måte ”, jf. § 1-1. Det er da klart at hjemmelen for forsinkelse som pliktforsømmelse fremkommer av en kontekstuell tolkning av lov og avtale. For å forklare hvorfor forsinkelser kan være en pliktforsømmelse vises det til

⁵⁷ Forskrift om eiendomsmegling § 6-4 første ledd

⁵⁸ Megler er som utgangspunkt ikke en del av kjøpekontrakten mellom selger og kjøper kun oppdragsavtalen. Imidlertid kan annet være forutsatt i kjøpekontrakten, se KEM-2010-91

oppgjørphasens særegne stilling. Kjøper har gitt fra seg sin ytelse til megler og selger har gitt fra seg sine nøkler til kjøper. Megler som mellommann skal gjøre sitt ytterste for at pengene som tilhører selger kommer dit uten unødvendig opphold. Reklamasjonsnemnda anser at oppgjøret normalt kan ta tre til fire uker etter overtakelse.⁵⁹ Eller der det foreligger spesielle forhold innen rimelig tid, for eksempel ved overbeheftet eiendom.⁶⁰ Det vil da si at dersom oppgjøret tar lengre tid, kan denne forsinkelsen være en pliktforsømmelse. Er det avtalt at noe skal gjøres straks, kan ikke dette ta flere uker uten at forsinkelsen får en følge.⁶¹

Selv om oppgjøret skal gjøres innen ”rimelig tid”⁶² er det viktig å ha med seg utgangspunktet om god meglerskikk. Har megler brutt plikter under salgsprosessen som først gjør seg utslag på oppgjørstidspunktet kan dette ha betydning for om det foreligger en forsinkelse som fører til en pliktforsømmelse som kan påberopes. En meglers krav til effektiv tjenesteytelse tilsier fremdrift og mangelen på dette, vil være en egenskap ved selve tjenesten og forsinkelse kan være et pliktbrudd som aktualiserer prisavslag, for eksempel en megler som sitter på oppgjøret til selger i lang periode uten å arbeide. Dette er ikke god meglerskikk samtidig som det er strid med lovens formål om effektivitet.

For hvor kvalifisert pliktforsømmelsen i form av forsinkelse må være for prisavslag vises det til punkt 3.6.5.

3.6”[E]n ikke ubetydelig pliktforsømmelse”

3.6.1 Innhold

Det er under punkt 3.5 avgjort hva som er en pliktforsømmelse. I det følgende skal det avgjøres hvor mye som kreves for at det foreligger en ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse”, jf. § 7-7. I praksis flyter vurderingen av om vilkåret ikke ubetydelig er oppfylt og spørsmålet om utmåling inn i hverandre og forenes i den endelige utmålingen av prisavslaget.⁶³ Dette fører til at ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse” ses på som en minsteterskel, og er en først over denne er en inne på virkningssiden av hvor stor nedsettelsen skal bli. I denne oppgaven vil det skilles klarere for å fremme flere nyanser.

⁵⁹ KEM-2011-87

⁶⁰ KEM-2010-91

⁶¹ KEM-2010-91 – avtalt at sikringsobligasjon skulle tinglyses så snart som mulig. KEM-2010-21 avtalt at overtagelse ikke kunne gjøres før pengene sto på klientkonto KEM-2011-87

⁶² KEM-2010-67 – oppgjøret ble foretatt 8 uker etter overtagelse. Det var i strid med god meglerskikk ikke å avklare med panthaverne om salg kunne gjennomføres slik at eiendommen kunne overdras heftelsesfri.

⁶³ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 503

En naturlig språklig forståelse av ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse” tilsier at det kreves mer enn beskjedne betydningsløse pliktforsømmelser. Meningen bak bestemmelsen var å senke terskelen for når prisavslag kunne påberopes, da den tidligere reglen i praksis spilte en nokså liten rolle.⁶⁴ Et minimumsvilkår for at meglers vederlag skal kunne nedsettes, er at meglers plikter er tilsidesatt mer enn rent bagatellmessig.⁶⁵ For å avgrense bestemmelsen nedad mot det rent bagatellmessige må det avgjøres om flere ubetydelige brudd kan kumuleres til en større pliktforsømmelse. Det sterkeste argumentet mot kumulering er ordlyden ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse” som kan tyde på at hver enkelt pliktforsømmelse må oppfylle terskelen for at feilen skal føre til nedsettelse. Imidlertid fremkommer det av lovens formål at omsetning av fast eiendom ved bruk av mellommann skal skje på ”en sikker, ordnet og effektiv måte”, jf. § 1. Mange småfeil vil føre til at oppdraget ikke er gjort på en ordnet måte. Endelig fremkommer det av forarbeidene til den nye loven at § 4-6 i den gamle ble forstått slik at ”pliktbluddene samlet sett bør være vesentlige før nedsettelse av meglers vederlag kan kreves”.⁶⁶ Den nye § 7-7 hadde som mål å stramme inn kravet til meglers opptreden og en naturlig følge vil være å følge tidligere rett, som kumulerte småfeil i en skjønnsmessig helhetsvurdering av oppdragets utførelse. En er da over den nedre grense hvis en enkelt eller flere mindre pliktforsømmelser vurdert samlet er mer enn av ren bagatellmessig karakter.

Rosén og Torsteinsen (2008) mener at ”... pliktbluddets art, for eksempel om det er pliktbludd i forbindelse med budgivningen eller det økonomiske oppgjøret, i seg selv [har] ingen betydning. ...”⁶⁷ Etter gjennomlesning av nemndas praksis og de to lagmannsrettsdommene kan det tyde på at pliktbluddets art i forhold til det økonomiske oppgjøret har betydning, da praksis kan tolkes til at det er enklere å få prisavslag på grunn av uryddighet ved det økonomiske oppgjøret enn i tidligere faser. Dette kan imidlertid forklares med at meglers plikter etter salget i stor grad er resultatforpliktelser, for eksempel ved at nytt skjøte skal tinglyses, huset skal overgis heftelsesfritt, samt at kjøper og selger har gitt fra seg sine ytelser. Når det er færre omsorgsforpliktelser er det enklere å se om en er over den nedre grense for bagatellmessig. I seg selv er ikke pliktforsømmelsene mer alvorlig bare fordi

⁶⁴ NOU 2006: 1. eiendomsmegling s.110

⁶⁵ NOU 2006: 1. eiendomsmegling s. 110, jf. Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 145.

⁶⁶ NOU 2006: 1. eiendomsmegling s. 110

⁶⁷ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 508

forsømmelsene er gjort under det økonomiske oppgjøret. Noen klare holdepunkter mot Rosèn og Torsteinsen (2008) foreligger derfor ikke.

Av nemndas praksis eksisterer det ingen uttalelser som gir prisavslag kun på bakgrunn av en pliktforsømmelse under selve salgsprosessen. Det er som regel flere forhold når en først har klagt inn en megler. Nemndspraksis gir da ingen veiledning for hvilke enkeltstående pliktforsømmelser som er av mer enn bagatellmessig karakter. Har megler ikke riktig kompetanse eller dersom foretaket mangler konsesjon bør det normalt foreligge en ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”, da dette er grunnvilkår for eiendomsmegling. I norsk rett er det ikke skrevet om dette, men det foreligger en sak fra den svenske Högsta domstol om problemstillingen og da den eldre § 4-6 bygger på svensk rett kan rettsaken gi veiledning.⁶⁸ Saken gjaldt en megler som ikke var registrert. Det forelå flere feil, men ”...redan den omständigheten att mäklaren inte är registrerad ... anses vara ett sådant åsidosättande av allvarlig art, i synnerhet om mäklaren inte har ett försäkringsskydd som uppfyller lagens krav.”⁶⁹ Løsningen må bli den samme i Norge, fordi vi nå har strengere krav til riktig opptreden for full vederlagskompensasjon enn tidligere, og det er ingen holdepunkter i forarbeidene om at endringene i ordlyden tilsier at svensk rett er uten betydning.

Når det ikke er snakk om grunnvilkår for eiendomsmegling kreves det fortsatt kun en pliktforsømmelse som er mer enn rent bagatellmessig. Den nevnte svenske rettsaken viser også et annet viktig moment i vurderingen. Skadepotensialet ved å ikke ha forsikring som dekker et eventuelt tap er meget uheldig. Nettopp det erfaringsmessige skadepotensialet ser også Rosèn og Torsteinsen (2008) på som sentralt.⁷⁰ Et annet praktisk eksempel kan være der kjøper overtar eiendommen og megler ikke har informert selger om manglende innbetaling av fullt oppgjør. Selv om kjøper senere betaler, vil potensiale for tap være stort, ettersom kun en av partene har gitt fra seg sin ytelse uten sikring. Skadepotensialet taler for at forsømmelsen er mer enn rent bagatellmessig.

For å vise at heller ikke enhver kumulering er nok kan en lagmannsrettsdom gi veiledning.⁷¹ Retten kom til at meglere hadde opptrådt ”uryddig” ved dårlig føringen av restanse

⁶⁸ NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov) s. 89, jf. Svensk Prop 1983/84:16 s 49 lag om fastighetsmäklare s. 49 som skriver om et slikt tilfelle

⁶⁹ Nja 2000 s. 629 se s. 630

⁷⁰ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 508

⁷¹ LB-2010-65340

felleskostnader i oppgjørsoppstillingen, feil pris i oppdragsjournalen og at budjournalen ikke inneholdt forbeholdene, noe som er i strid med forskrift om eiendomsmegling § 3-5 bokstav d.⁷² ”Disse forsømmelsene er imidlertid ikke alvorlige nok til å kunne karakteriseres som ikke ubetydelige”. Når retten mener meglere har opptrådt ”uryddig” vil det være spekulasjon om de mener dette strider mot god meglerskikk, jf. § 6-3, første ledd. Imidlertid er det klart at det ikke alene er nok at meglere har brutt god meglerskikk for å kreve vederlagsnedsettelse.⁷³ Det samme kan slås fast for brudd på rådgivningsplikten i § 6-3, andre ledd og den skjønsmessige informasjonsplikten i § 6-7, første ledd. Dette er bare et moment i vurderingen om noe er av mer enn rent bagatellmessig karakter, selv om forsømmelsen gjerne vil veie tungt.⁷⁴

Selv om det foreligger en enkelt eller flere mindre forsømmelser vurdert samlet, som er ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse” kan det reises spørsmål om det i tillegg er et vilkår for utmålingen av prisavslaget at dette er over en nedre grense i konkret angitte tall eller prosent for å tilkjennes. Problemstillingen har ikke vært oppe til diskusjon i domstolene eller i reklamasjonsnemnda.

Rosén og Torsteinsen (2008) mener at prosessøkonomiske hensyn tilsier at en bør være varsom med å tilkjenne prisavslag der prisavslaget utgjør mindre enn fem til ti prosent av vederlaget.⁷⁵ Forfatterne viser ikke om de mener hele den samlede provisjonen, eller for hver priggitt tjeneste som er rent vederlag, for eksempel tilrettelegging, visninger, annonsering på egen hjemmeside med mer. Nemndspraksis kan gi forståelse til drøftelsen.

Flere saker fra reklamasjonsnemnda ser ikke på vederlagsstørrelsen som en helhet, men på hver avtalte utgiftspost som er prissatt. I forhold til det samlede vederlag er en langt under fem til ti prosent. I KEM-2009-17 ble det gitt avslag på 3000,- NOK for prospekt i sort hvit, der den vanlige prisen var 5900,- NOK. Denne saken er spesiell da det ordinære vederlaget allerede var halvert fra meglers side fra 3,26 % til 1,6 % etter avtale. Dette så likevel nemnda bort i fra og fokuserte kun på avtaleprisen for prospekt som ikke hadde blitt halvert. En kan på bakgrunn av reklamasjonspraksis trekke ut at der noe har en avtalefestet pris, for eksempel

⁷² Sjette siste avsnitt av dommen: LB-2010-65340

⁷³ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s.226

⁷⁴ KEM-2011-5, KEM-2010-158, KEM-2009-100 – i strid med god meglerskikk, men utover det ingen betydning.

⁷⁵ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s.507

visning, ses det på denne posten, og ikke den samlede summen av vederlag. Dette er nok også riktig for å sikre en effektiv sanksjonsmulighet. Utgangspunktet er da der det foreligger konkrete poster i en oppdragsavtale som er brutt, ses det direkte på den og ikke den samlede vederlagssummen.

Vanskeligere blir vurderingen der det ikke foreligger en konkret post i oppdragsavtalen, men at det faller inn under sekkeposten ”provisjon”. Som nevnt kan Rosén og Torsteinsens (2008) nedre grense på fem til ti prosent gi veiledning for hva som er ubetydelig. Nemndspraksis gir liten veiledning da de vanligvis ikke publiserer hva megleren som utgangspunkt har krav på av vederlag.⁷⁶ En videre presisering er imidlertid nødvendig med tanke på høye provisjoner. Denne problemstillingen gjøres best med et eksempel. Sett at megler glemmer en av flere visninger. En megler som har prissatt denne tjenesten til en spesiell verdi vil da etter praksis ikke kunne fakturere for denne. Hos dyre meglere er det gjerne mer inkludert i sekkeposten provisjon, også visning kan inngå. Det vil være urimelig for de som betaler en dyr megler og ikke kunne kreve prisavslag bare fordi megleren har en enkelt vederlagspost og det mangelfulle arbeidet ikke overstiger fem prosent av den samlede provisjonen. Dette samsvarer også godt med forutsetningen bak andre skjønsmessige utmålingsvurderinger, se punkt 4. Forarbeidene til forbrukerkjøpsloven § 31 (2) viser at det er ”... behov for en rimelig og effektiv sanksjon mot selgerens mislighold”.⁷⁷ Begge lovene gjelder forbrukere mot en antatt sterkere part og det vil fremme den demokratiske legitimitet på tvers av lovgivningen og vektlegge en slik uttalelse. For å oppnå en effektiv sanksjon vil det være hensiktsmessig at megler ikke kan avtale seg ut av prisavslag bare fordi en har satt en samlet vederlagspost. Selv om en skal være varsom som Rosén og Torsteinsen (2008) skriver, vil selve presentsatsen gi liten veiledning for hvilke pliktforsømmelser som er mer enn rent bagatellmessig.

Frem til nå er det vist den generelle vurdering rundt hvor kvalifisert pliktforsømmelsen må være for å kreve prisavslag. Momentene under er mer spesielle og drøftes separat, selv om de hører direkte under vurderingen av en ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”, jf. § 7-7

3.6.2 Uaktsomhet utført av megleren

Det er avgjort under punkt 3.5.2 at skyld ikke er et vilkår for pliktforsømmelse. Det er nok at det foreligger et objektivt pliktbrudd. Likevel kan det være av interesse om en lettere

⁷⁶ Grunnlag i 61 publiserte avgjørelser, midten av mai 2012

⁷⁷ Ot.prp. nr. 44, (2001-2002) lov om forbrukerkjøp s. 135

overstiger terskelen til "ikke ubetydelig" når megleren har opptrådt uaktsomt ved pliktbruddet. Ved å opptre uaktsomt gjennom for eksempel, ikke å lage prospektet som avtalt tilfører en pliktforsømmelsen en ny dimensjon. Det er ikke kun det at det ikke er gjort, men også at megleren burde ha skjønnet at dette skulle vært gjort. Rosèn og Torsteinsen (2008) mener at uaktsomhet kan være et moment i helhetsvurderingen og viser til en lagmannsrettsavgjørelse fra 2001.⁷⁸ En lagmannsrettsdom fra 2010 som gjaldt om det forelå feil ved avklaring om hvem som skulle betale dokumentavgift førte til at megler var erstatningsansvarlig. De la imidlertid "... ikke særlig vekt på denne [forsømmelsen] ..., da den allerede har dannet grunnlag for det erstatningskravet som er behandlet ovenfor."⁷⁹ De stenger da ikke muligheten for at uaktsomheten kan tillegges vekt. En uaktsom pliktforsømmelse vil også føre til en mindre "sikker [og] ordnet" meglerprosess, jf. § 1. Etersom ordlyden "en ikke ubetydelig pliktforsømmelse" ikke stenger for å vektlegge uaktsomhet, bør det være mer alvorlig at pliktforsømmelsen er bevisst eller blir gjort uaktsomt. Om lagmannsretten har utøvd riktig forståelse ved ikke å vektlegge det samme momentet i prisavslagsvurderingen og erstatningsutmålingen vises det til punkt 5.1.

3.6.3 Meglermedhjelper som går utenfor sin formelle kompetanse

Som nevnt i punkt 3.5.3 ble det slått fast at en meglermedhjelper som gir opplysninger på visning som ikke fremkommer av salgsmaterialet eller formidler bud til interessenter var pliktforsømmelser. Forutsetningen for dette avsnittet er at meglermedhjelperen har gått utover sin formelle kompetanse, men de samme handlingene hadde ikke vært noen pliktforsømmelse om megleren hadde gjort det samme arbeidet. Det må da avgjøres hvilken betydning dette har for om pliktforsømmelsen er mer enn rent bagatellmessig. Som utgangspunkt lider ikke oppdragsgiver noen last ved at medhjelper går utenfor sin formelle kompetanse. Selger kan til og med få bedre pris hvis medhjelperen gir avgjørende informasjon på visningen. En følge av dette må være at mange av disse pliktbruddene vil være av bagatellmessig karakter. Imidlertid kan brudd på formelle krav være en indikasjon på at meglerprosessen ikke er "ordnet" eller i tråd med god meglerskikk, noe som igjen ikke bør vernes, jf. § 6-3, se § 1. Likevel kan selger få en salgsprosess der alt har gått smertefritt og alle parter er fornøyd, men selger ser muligheten for noen tusen kroner i sparte utgifter. Drøftelsen over viser at det er problematisk å stille opp klare plikter, mens det er en uklar bestemmelse om prisavslag som overlater mye av utøvelsen til praksis som ikke foreligger. Spørsmålet fortjener en videre drøftelse, men

⁷⁸ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s.511

⁷⁹ LB-2010-65340

oppgavens rammer gir ikke plass til dette, men som skrevet bør brudd på kun formell kompetanse i stor grad være en bagatellmessig betydningsløs forsømmelse i forhold til prisavslagsbestemmelsen.

3.6.4 Forarbeidene viser til husleieloven § 2-11

Spørsmålet som her skal avgjøres er hvilken betydning forarbeidsuttalelsene som viser til husleieloven § 2-11 har i forhold til ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse”. NOU 2006 nr. 1 slår fast at ”bestemmelsen er utformet etter mønster av husleieloven § 2-11”.⁸⁰ Første ledd, første punktum gjelder tilbakeholdsrett som i eiendomsmeglingsloven følger av § 7-4 (2). Henvisningen til husll. § 2-11 må da gjelde første ledd, andre punktum og andre ledd. Et megleroppdrag er som utgangspunkt en tjeneste, og det ville da vært naturlig å søke støtte i en av tjenestelovene og ikke i husleieloven som i stor grad må anses som en vare. For å forstå hva som menes med setningen i forarbeidene må en lese den i sammenheng med det etterfølgende og se at den nye § 7-7 ”... innebærer ... en viss oppmykning i forhold til” den eldre § 4-6. Minimumskravene til avvik fra kontraktmessig oppfyllelse som gir krav på vederlagsavkortning er nå, noe lavere. Utover dette gir husll. § 2-11 neppe noen veiledning i forhold til ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse”. Om denne setningen har betydning for virkningssiden, se punkt 4.2.2.

3.6.5 Betydningen av forsinkelser

I de tilfeller der forsinkelse kan være en pliktforsømmelse, se punkt 3.5.4, vil betydningen av om forsinkelsen er mer enn av bagatellmessig karakter måtte avgjøres konkret i hvert tilfelle. Forsinkelsen er som regel et spørsmål om god meglerskikk og det vil da være en drøftelse om denne forsømmelsen er mer enn en ren bagatellmessig karakter. Som nevnt i punkt 3.5.4 har reklamasjonsnemnda i forhold til oppgjøret satt en grense på over tre til fire uker før pliktforsømmelsen er så kvalifisert at det kan kreves prisavslag på grunn av forsinkelse. Det vil da si at det er en periode det foreligger en pliktforsømmelse, men at denne ikke er kvalifisert nok. Desto enklere selve oppgjøret er, jo lettere vil et oppgjør som akkurat overstiger tre til fire uker være mer enn av ren bagatellmessig karakter, for eksempel der det ikke innfris noe lån for selger. Er derimot eiendommen overbeheftet vil oppgjøret kunne dra ut i tid, men skyldes forsinkelsen manglende arbeid under salgsprosessen taler dette mot å vektlegge overbeheftet eiendom som grunnlag for å nekte prisavslag.

⁸⁰ NOU 2006: 1. eiendomsmegling s. 110, som Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 145 slutter seg til uten drøftelse.

3.6.6 Lokale forskjeller i forhold til ikke ubetydelige pliktforsømmelse

Spørsmålet er om det kan det være lokale utslag i hva som er mer enn av bagatellmessig karakter ut i fra avtalen, sedvane eller god meglerskikk. De lovfestede pliktene i kapittel fem og seks må alle meglere følge. Rosèn og Torsteinsen (2008) ser på betydningen av geografiske forskjeller i lys av god meglerskikk vurderingen. De mener vurderingen som utgangspunkt skal være lik i hele landet, men sier videre at vurderingen "... gir ved sin elastisitet likevel rom for å legge en viss vekt på om det faktisk har skjedd en markedsspesialisering ved omsetning av objekter av den art oppdraget gjelder i det geografiske markedet eiendommen ligger."⁸¹ Dette blir en vurdering i forhold til god meglerskikk og ikke eksplisitt "en ikke ubetydelig pliktforsømmelse", jf. § 7-7.

Utgangspunktet for en slik vurdering må da bli hva som er avtalt. I det følgende må sammenhengen mellom oppdragsavtalen og sedvaneplikter som kan føre til pliktforsømmelse føre til en liten drøftelse om selve avtalen, selv om selve oppdragsavtalen er utenfor oppgaven, jf. punkt 1.4

Når det gjelder innholdet i § 7-7 reiser problemstillingen om lokale forskjeller spesielt spørsmålet om rekkevidden av hva som kan oppstå som følge av sedvane. Det er stor forskjell på hvordan et salg gjøres i Norge. Standarden for hva en får for pengene varierer veldig. Kandidaten har selv erfart forskjellen på salg i Drammen og Orkanger gjennom samme landsdekkende meglerkjede. I Drammen er det vanlig med profesjonelle fotografer og meget forseggjorte prospekter, mens det i Orkanger (2010) var vanlig med stiftede A4 ark. Det samlede meglervederlaget for et tilsvarende salgsobjekt var imidlertid høyere i Orkanger enn i Drammen. Oppdragsavtalen er ofte den samme gjennom hele meglerforetaket og denne er gjerne en standard kontrakt levert av de forskjellige leverandørene av meglersystem, eksempelvis, "EmProf" eller "WebMegler". Det står for eksempel ikke at det skal brukes glanset papir med farge helt ut i kantene på prospektet, en er heldig hvis det står mer enn "visningsmateriell" i avtalen. Når tjenesten som handles i utgangspunktet er av lavere kvalitet skal det naturligvis mer til for at pliktforsømmelsen er mer enn rent bagatellmessig i forhold til oppdragets utførsel. En direkte følge av dette vil da være at en megler som sedvanlig leverer en dårligere ytelse fortsatt har vederlagskravet i behold, da det ikke foreligger mer enn en bagatellmessig pliktforsømmelse. Derimot vil den som sedvanlig har flotte prospekt miste

⁸¹ Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 234

retten på vederlag for denne ytelsen, hvis forsømmelsen er mer enn av bagatellmessig karakter. Den skjønsmessige vurderingen åpner for en relativisert terskel. Imidlertid vil det være en bevismessig vanskelig regel da en må sannsynliggjøre at akkurat den megleren en klager inn, vanligvis gjør en bedre jobb.

3.6.7 Betydningen av høyt vederlag

Det er på obligasjonsrettens område en sammenheng mellom betalt pris og forventningen til produktet. Spørsmålet blir da om høyt vederlag har betydning for om forsømmelsen er mer enn rent bagatellmessig. Grunnen til at problemstillingen tas opp er en svensk sak med benevnelsen RH 1995:82.⁸² Saken gjaldt en megler som kom for sent til visning på grunn av overgang til sommertid. Setningen ”... höga krav måste ställas på noggrannheten av utförandet av ett uppdrag för vilket en näringsidkare förbehåller sig så relativt sett god ersättning som den fordrade provisionssatsen leder till” viser at det i svensk rett åpnes for en relativisering av ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”, i forhold til betalt vederlag. Norsk rett om emgl. § 7-7 gir ingen holdepunkter for om en kan vektlegge et høyt vederlag ved vurderingen av om det foreligger en ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”. Den skjønsmessige vurderingen stenger ikke for en slik vurdering. Som det fremkommer av punkt 3.6.6 kan prisen for en dårligere ytelse innenfor lovens krav, være høyere i distriktene enn tilsvarende i byene. Det vil bli en vanskelig avveining av når høy pris kan vektlegges for hva som kan forventes, all den tid en betaler mer for samme ytelse rundt omkring i landet. Hva som skal til for at et høyt vederlag kan ha betydning for vurderingen av mer enn bagatellmessig karakter, må da differensieres i forhold hvor oppdraget blir utført og hva som er avtalt. Høyt vederlag kan da være et moment i vurderingen.

3.7 Andre vilkår

Hvis de øvrige vilkårene er oppfylt blir spørsmålet om selger har rett på vederlagsjustering eller om det er opp til retten eller nemnda å avgjøre. Den tidligere emgl. § 4-6 viste at vederlaget ”kan settes ned” hvis vilkårene ellers var oppfylt. Bestemmelsen åpnet for at prisavslag ikke ble gitt, selv om vilkårene var oppfylt.⁸³ Etter emgl. § 7-7 ”kan

⁸² Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 506. Disse viser til dommen uten å drøfte den nevnte setning. De referer til den som Svea hovrätt 11. mai 1995 (sak nr. T 2099/94 dom nr. DT 47)

⁸³ NB: 1. utgave. Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 1. utgave, Oslo 2005 (gamle eiendomsmeglingsloven) s. 271

oppdragsgiveren kreve” at vederlaget settes ned når vilkårene er oppfylt. Dette er en skjerpelse av ordlyden og følgelig har retten ikke eget skjønn som kan hindre prisavslag når vilkårene etter loven er oppfylt.⁸⁴

4. BEREGNING AV VEDERLAGSAVKORTNING - VIRKNINGSSIDEN

4.1 Utmåling av prisavslaget generelt

I kapittel 3 er det slått fast at dersom det foreligger en mangel som reduserer meglerytelsens kvalitet utover det bagatellmessige har en krav på prisavslag. Hvis det først foreligger grunnlag for nedsettelse av meglerens vederlag ”... skal nedsettelsen være skjønnsmessig i forhold til pliktbruddet”.⁸⁵ Da det er skrevet lite om utmålingen vil tilliggende lovområder kunne ha betydning for hvordan utmålingsskjønnet skal gjøres etter emgll. § 7-7. Det fokuseres på prisavslagsbestemmelsene nevnt over i punkt 1.3. Ettersom utmåling av prisavslag gjøres forskjellig er det viktig å finne de lovene og tilhørende paragrafer som er mest lik emgll. § 7-7. Oppgavens nevnte prisavslagsbestemmelser kan deles opp i tre hovedgrupper.

4.2 Gruppering av utmålingsregler

4.2.1 Utbedringskostnaden

Til denne kategorien tilhører bustadsoppføringslova § 33 første ledd, pakkereiseloven § 6-2 tredje ledd (hvis kjøper selv har utbedret), håndverkertjenesteloven § 25 andre ledd og avhendingsloven § 4-12 andre ledd. Disse kjennetegnes med at det ikke skal ses på gjenstandens verdi med og uten mangelen, men på utbedringskostnadene. Elementet av skjønn ved utmåling er derfor mindre enn ved emgll. § 7-7, ettersom prisavslaget skal settes til kostnaden ved å utbedre feilen. Dette er da en enklere og tydeligere vurdering enn den skjønnsmessige vurderingen etter emgll. § 7-7. Det som fremkommer av rettskildene rundt disse er da av mindre betydning.

⁸⁴ Motsatt Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 503, men de viser til den tidligere ordlyden ”kan (...) settes ned” i emgll. § 4-6 selv om resten av kapitlet klart gjelder § 7-7.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 110

4.2.2 Forholdsmessige avslag

Den neste gruppen kjennetegnes ved at det skal foretas et forholdsmessig avslag, der prisavslaget er lik den prosentvise betydning mangelen har for markedsverdien på kontraktsgjenstanden på leveringstidspunktet. I denne kategorien tilhører kjøpsloven § 38 og forbrukerkjøpsloven § 31 (1), tomtfesteloven § 25, husleieloven § 2-11 andre ledd og den formelle hovedregelen i avhl. § 4-12 andre ledd.

Paragrafene regulerer ofte tilfeller der markedsverdien er relativt enkel å finne. For eksempel vil verdien på genusvarer etter kjøpslovene være lett å slå fast. Imidlertid vil det for specieytelser være vanskeligere å slå fast verdien med og uten mangelen. I denne kategori er husleieloven § 2-11 sentral, da hvert enkelt utleieobjekt er forskjellig. Denne kan muligens gi veiledning, noe som også vil være i samsvar med forarbeidene.⁸⁶ Imidlertid viser forarbeidene til den tidligere § 4-6 at "... et forholdsmessig avslag, som etter kjøpslovens § 42, kan ikke gjennomføres ..."⁸⁷. Et leieobjekt er i stor grad en vare og forarbeidsuttalelsene bør da også kunne tas til inntekt for at forholdsmessig utmåling etter husleieloven heller ikke gir veiledning til utmålingen etter emgll. § 7-7. Til støtte for at forarbeidsuttalelsene som viser til husleieloven § 2-11 ikke skal tillegges vekt for utmålingskjønnet i emgll. § 7-7, vises det til Rosèn og Torsteinsen (2005) s. 275.⁸⁸ De mener ordlyden i den tidligere § 4-6 tydet på et større pliktbrudd enn det som var meningen og det burde være et tillegg som i husleieloven § 2-11 "forutsatt at mangelen ikke er ubetydelig", jf. husll. § 5-7. Karl Rosèn var medlem av eiendomsmeglingslovutvalget som utarbeidet NOU 2006 nr. 1 som har den noe kryptiske setningen "... bestemmelsen er utformet etter mønster av husleieloven § 2-11".⁸⁹ Det er stor forskjell på varer og tjenester utført av megler. Forskjellen gjør at det som fremkommer av rettskildende rundt den forholdsmessige utmåling ikke har betydning for den skjønsmessige vurderingen i emgll. § 7-7.

4.2.3 Utmåling på skjønsmessig grunnlag

I denne gruppen faller alle de tilfellene der en objektiv verdireduksjon er vanskelig å slå fast eller ikke er hensiktsmessig. Forbrukerkjøpsloven § 31 andre ledd, åpner for ved "særlige grunner ..., kan prisavslaget i stedet settes lik mangelens betydning for forbrukeren". Denne

⁸⁶NOU 2006: 1. eiendomsmegling s. 110,

⁸⁷ NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov) s. 89

⁸⁸ NB 1. utgave: Karl Rosèn og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, Oslo 2005 (gamle eiendomsmeglingsloven) s. 275

⁸⁹ NOU 2006: 1. eiendomsmegling s. 110,

paragrafen bygger utmålingsreglene på håndverkertjenesteloven § 25 andre ledd andre punktum.⁹⁰ Dette er en skjønnsmessig vurdering, og avgjørelser og teori om disse bestemmelsene kan gi veiledning til utmålingsskjønnnet etter emgll. § 7-7. Forarbeidene til forbrukerkjøpsloven § 31 andre ledd, gir imidlertid ikke mer veiledning enn forarbeidene til den tidligere emgll. § 4-6, og det er at avslaget som gis forbrukeren er en rimelig økonomisk kompensasjon.⁹¹ Argumenter fra rettskildene rundt disse lovene kan da gi veiledning for den skjønnsmessige vurderingen etter emgll. § 7-7

4.3 Beregning av vederlagsavkortning etter emgll. § 7-7

4.3.1 Innhold

I det følgende skal det vises til hvordan beregningen skal gjøres etter emgll. § 7-7. Forarbeidene til den tidligere emgll. § 4-6 slår fast utgangspunktet på en god måte. ”Det nærmere omfanget av en vederlagsnedsettelse må fastsettes skjønnsmessig. ... Avslaget må fastsettes slik at vederlaget fremstår som rimelig når pliktforsømmelsen tas i betraktning.”⁹² Innenfor den skjønnsmessige utmålingen er det er stort spenn. Utgangspunktet er at det skal være et samsvar mellom oppdragsgivers mottatte ytelse og det som må betales i vederlag til megler. De objektive holdepunktene for prisavslagets størrelse vil i stor grad være de samme momentene som under vilkåret ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”, jf. punkt 3.5 og 3.6⁹³ Desto flere pliktbrudd som er over terskelen ”rent bagatellmessig” jo større blir prisavslaget. De følgende avsnitt vil da vise momenter som gjør seg mest gjeldende på virkningssiden.

Dersom det først foreligger ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse” og en kan kreve vederlagsnedsettelse følger det av ordlyden ”settes ned eller faller bort” at den øvre grense for hvor mye som kan kreves justert er hele vederlaget. Ettersom avslaget må fastsettes slik at vederlaget fremstår som rimelig når pliktforsømmelsen tas i betraktning vil visse momenter føre til en høyere justering enn andre.

I nemndsuttalelser samles normalt alle pliktforsømmelsene til en samlet verdi uten å si hvilken pliktforsømmelse som er den mest graverende. Disse gir da ingen veiledning for skjønnnet.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 44, (2001-2002) lov om forbrukerkjøp s. 188 spalte to

⁹¹ Ot.prp. nr. 44, (2001-2002) lov om forbrukerkjøp s. 134 og 188

⁹² NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov) s. 89

⁹³ Tilsvarende Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s.516

En av meglers absolutt viktigste oppgaver er opplysningsplikten og undersøkelsesplikten. For å finne ut hvilken betydning brudd på disse har for vederlagsnedsettelsen, må en fastslå hvilken innvirkning det har at selger vet eller burde vite om opplysningen fra andre enn megler. Eksempler kan være offentlige pålegg gitt av brannvesenet, manglende føring av fellesgjeld, eller aktuelle nabovarsler. Selger har en selvstendig plikt overfor kjøper til å gi informasjon til kjøper etter avhendingsloven. I forholdet mellom megler og selger er det ingen lovfestet plikt om at selger skal gi megler opplysninger. En må da falle tilbake på kontrakten og bakgrunnsretten. Innen obligasjonsretten står lojalitets- og redelighetshensyn sterkt.⁹⁴ Uten en slik lojalitetsplikt i kontraktsforhold, ville selger kunne kreve prisavslag for informasjon som bevisst har vært fortiet, hvis megler ikke har oppfylt sin undersøkelsesplikt og dette er en ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”. Selger har ingen beskyttelsesverdig forventning til å kunne kreve prisavslag for pliktforsømmelse av megler som følger av en bevisst fortielse fra selger. Dette utgangspunkt blir straks vanskeligere der selger har glemt eller ikke er kjent med relevansen av å gi megleren opplysningene. Det å skrive noe generelt om hvilken betydning det skal ha for utmålingen vil være vanskelig, men en må se på graden av uaktsomhet utført av selger sett opp mot meglers profesjonsansvar.⁹⁵

En annen situasjon er regresskrav fra selger mot megler for selgers erstatningsansvar mot kjøper. Megler har samme eller bedre kunnskap enn oppdragsgiver, men kjøper får ikke informasjonen og denne eiendommen selges for en høyere pris på grunn av meglers uforsvarlige opptreden, ved for eksempel ikke å videreformidle all informasjon. Selger blir erstatningsansvarlig mot kjøper etter avhendingsloven. Selger kan neppe kreve å beholde eventuell merpris og i tillegg kreve erstatningsbeløpet i regress hos megler i form av prisavslag. En annen løsning ville gitt selgeren en tilfeldig fordel. Utgangspunktet bør her bli at regresskravet begrenses slik at oppdragsgiver stilles økonomisk som om han hadde fått den prisen han ville ha fått, om megler hadde opptrådt forsvarlig.

I nær sammenheng med selgers opplysningsplikt til megler, vil selgers handlingsplikt være. Selger har for eksempel et selvstendig ansvar for at informasjon i prospektet er riktig. I hvilken grad en har plikt til å tilføre slik informasjon, der megler har utelatt noe, krever en drøftelse. Reklamasjonsnemda tilkjente vederlagsnedsettelse på 1/3 der megler ikke hadde

⁹⁴ For innholdet i begrepet: Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Tromsø 2006

⁹⁵ Til støtte for en slik tanke Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Tromsø 2006 s. 235 - 289

opplyst om at fellesgjelden skulle øke. Megleren hadde allerede påtatt seg fullstendig ansvar ovenfor kjøper, for at det ikke ble informert om denne økningen.⁹⁶ Det er leit at nemnda ikke ga noen beskrivelse om hva som var forventet av selgeren. I denne saken var det opplagt at selger visste om økningen. Ettersom det foretas en skjønnsmessig vurdering, begrenser ikke § 7-7 muligheten for å tolke inn en selvstendig handlingsplikt for selger, men dette har ikke vært oppe i nemnda eller de få underrettsdommene. Hjemmelen for en slik handlingsplikt må bli den ulovfestete lojalitetsplikt i kontraktsforhold. ”Jo større grunn medkontrahent har til å forvente lojal adferd, desto strengere vil lojalitetsplikten være, og desto flere typer plikter vil kunne oppstilles.”⁹⁷ Når det er sagt vil megler i forhold til fellesgjeld øke risikoen for tap for selger i forholdet til kjøper. Megler har også en plikt til å opplyse om eiendommens totale verdi, jf. § 6-7 første ledd, nr. 7, noe som taler for at i fellesgjeldtilfellene ikke skal være noen vidtgående handleplikt for selger. Dersom det derimot gjelder opplysninger som erfaringsmessig ikke kan føre til like stort tap for selger som fellesgjeld, kan det være større rom for en handlingsplikt for selger. Dette må ses opp mot meglers strenge profesjonsansvar for om en eventuell handlingsplikt for selger vil medføre et mindre prisavslag.

I noen tilfeller vil megler ha en skjerpet omsorg/aktsomhetsplikt overfor selger som tilsier at meglers vederlag skal falle bort eller settes betydelig ned. Skjerpet aktsomhetsplikt kan foreligge der megler ikke gir selger tilstrekkelig informasjon som for selger er forutsetninger for å selge. Et eksempel fra nemnda er der megler først solgte, selgers eiendom (A) fordi hun skulle få penger til å handle en annen eiendom (B) som samme megler hadde.⁹⁸ Eiendom B ble ikke tillat seksjonert slik at selger av eiendom A sto uten noe sted å bo. Megler var klar over risikoen for at eiendom B ikke skulle bli lovlig å flytte inn i. Flytting til eiendom B var en forutsetning for salg av eiendom A. Megleren hadde da i henhold til omsorgsplikten i § 6-3 andre ledd en plikt til å forvise seg om at selger faktisk ville selge, selv om hun ikke hadde et sted å flytte til. Følgen ble at meglers krav på vederlag falt helt bort. Når grunnleggende forutsetninger for å selge ikke er til stede, samsvarer bortfall av vederlag godt med at avslaget skal ”fremstå[] som rimelig når pliktforsømmelsen tas i betraktning”.⁹⁹

⁹⁶ KEM-2010-175

⁹⁷ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Tromsø 2006 s. 235

⁹⁸ KEM-2010-30

⁹⁹ NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeulingslov) s. 89

4.3.2 Betydningen av påviselig tap

Som det fremkommer av oppgaven så langt er det nok at det foreligger en eller flere objektive pliktforsømmelser som reduserer meglerytelsens kvalitet ut over det bagatellmessige. Det kan spørres om utmålingen av prisavslaget er begrenset til det påviselige tapet som følge av pliktforsømmelsen.

Forarbeidene til den tidligere emgll. § 4-6 viste at der ”... det ikke lar seg gjøre å beregne et økonomisk tap, vil dermed prisavslaget måtte fastslås konkret etter en skjønnsmessig helhetsvurdering”¹⁰⁰ Utsagnet kan tolkes til at der et økonomisk tap lar seg fastslå, er utmålingen begrenset til denne. Likevel er en av meningene med å droppe krav om påviselig tap å gjøre det enklere å fremme prisavslagskravet, ved at en ikke må godtgjøre en følge.¹⁰¹ Det vil også ofte være vanskelig å påvise eksakt hva en feil er verdt. Men som det fremkommer av nemndas praksis spiller det påviselige tap en stor rolle.¹⁰² Dette kan i stor grad forklares med at meningen bak prisavslag er at det skaper en ekvivalens mellom vederlaget og meglers ytelse, slik at der ulempen kan fastslås i verdi vil tapet naturligvis ha stor betydning for hva meglerytelsens forringede kvalitet er verdt. Det påviselige tap vil da være et klart utgangspunkt for vurderingen av hvor stort prisavslaget skal bli.

4.3.3 Betydningen av at en bryter paragrafer som er straffesanksjonert

Paragraf 8-9 viser at overtredelse av flere av lovens bestemmelser er straffesanksjonert. Det er da interessant hvilken betydning dette kan ha for utmålingen. Først må en imidlertid slå fast om de straffesanksjonerte paragrafer stiller opp en plikt for oppdragstager i forhold til de som er vernet etter § 7-7, jf. punkt 3.5 følgende. Det er videre klart at straffbarhet og sivilrettslige sanksjoner må vurderes hver for seg.¹⁰³ Følgelig bør det ikke være en automatikk at en kan straffes og at meglers vederlagskrav faller bort.

Det er under punkt 3.6.1 kommet til at manglende konsesjon og manglende kompetanse til å utgi seg som eiendomsmegler, i seg selv er en ikke ubetydelig pliktforsømmelse, noe som også er straffbart, jf. § 8-9. Spørsmålet blir om en mellommannen likevel skal ha krav på et

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 144 spalte to, dagjeldende rett etter den tidligere § 4-6

¹⁰¹ NOU 2006: 1. eiendomsmegling s. 110

¹⁰² Eksempelvis: KEM-2011-3

¹⁰³ Se Nimbus dommen som eksempel på at dette er to forskjellige vurderinger. Saken gjaldt ulovlig omgåelse av vedtektsfestede stemmerettsbegrensninger gjennom aksjonæravtale: Rt. 1995 s. 46.

vederlag. I svensk rett der problemet har vært oppe ble mellommannen tilkjent et vederlag, men dette var betydelig redusert fra 75 000,- til 10 000,- SEK.¹⁰⁴ Den norske ordlyden som er strengere taler for at en ikke skal ha krav på vederlag. Hvis en tilkjenner vederlag til mellommann som etter loven ikke har kompetanse til omsetning av eiendommer, vil en undergrave loven. Mot dette kan anføres at det vil bli en ubetinget fordel for selger, ved at salget blir utført av noen andre uten at det medfører noen kostnad for selger.

Problemstillingen krever en grundigere drøftelse enn denne oppgavens rammer legger opp til, men når selger vet at mellommannen ikke oppfyller lovens krav, taler dette for at han i ettertid ikke skal høres med anførsel om at vederlaget skal falle helt bort.¹⁰⁵ I andre tilfeller vil det være mer rimelig at vederlaget settes sterkt ned i betraktning av et forbrukerbeskyttelseshensyn.

Et annet eksempel er virkning av ulovlig og straffbar avtalt progressiv provisjon av megler med riktig kompetanse. Det naturlige er at i alle fall progresjonstillegget bortfaller, men om meglers vederlag utover dette i tillegg skal settes ned er en helt annen vurdering. Et generelt utgangspunkt for virkninger er at feilen ikke skal rekke lengre enn nødvendig. Likevel bør løsningen bli at meglers vederlag settes ned utover det progressive, for at megler ikke skal spekulere i om han blir klagd inn for nemnda.

4.3.4 Vektlegging av utvist skyld på utmålingen

Som det fremkommer av punkt 3.6.2 er uaktsomhet et moment av mange i vurderingen om forsømmelsen er ”en ikke ubetydelig pliktforsømmelse”. Det kan virke hensiktsmessig for å fremme profesjonsansvaret at utvist skyld alene tilsier høyere nedsettelse enn andre pliktforsømmelser. Imidlertid er det viktig å se at prisavslag er en helt annen sanksjon enn erstatning som krever skyld, se punkt 5. Til støtte for at prisavslaget ikke skal settes høyere alene på grunn av uaktsomhet vises det til de andre prisavslagsbestemmelsene, der selve utmålingen ikke påvirkes av skyld.

4.3.5 Følgeskader

Problemstillingen blir om følgeskader kan dekkes i den skjønnsmessige utmåling etter emgll. § 7-7. For de tilfeller der prisavslag er likt verdiminuset ved gjenstanden eller

¹⁰⁴ Nja 2000 s. 629 s. 630

¹⁰⁵ Magnus Melin, *Fastighetsmäklarlagen - En kommentar*, 2 utgave, Sollentuna 2007 s. 324 som viser til svensk Prop.1994/95:14 s. 30

utbedringskostnadene gis det ikke prisavslag som dekker følgeskader på grunn av mangelen. Dette må dekkes av et erstatningsansvar.¹⁰⁶ Når det gjelder emgll. § 7-7 som åpner for en skjønnsmessig vurdering er svaret ikke like klart. Nemndspraksis har gitt prisavslag i vederlaget på grunn av den tid en selger måtte bruke på telefonsamtaler og etterfølgende konsulenthjelp. I uttalelsen skriver de at "... innklagedes vederlag bør nedsettes med kr 4 500. Det er da tatt høyde for klagerens medgåtte tid og utlegg."¹⁰⁷ I denne saken var det flere pliktforsømmelser som manglende annonsering, sent sendt akseptbrev, manglende informasjon om forsinkelse ved tinglysing med mer. En må da avgjøre om dette er gjeldende rett, en inkurie eller feil rettsanvendelse som bør rettes opp.

Et argument mot å tilkjenne prisavslag for følgeskader er at skillet til erstatning minimeres. Ved å akseptere følgeskader må en avgrense mot fremtidige utgifter som følge av pliktforsømmelsen, akkurat som det påregnelige tap ved erstatning. Formålet med prisavslag i vårt tilfelle, er at prisavslaget skal samsvare med oppdragsgivers mottatte ytelse og det som må betales, altså en gjenopprettelse av avtaleforholdet. Forbrukerkjøpsloven § 31 andre ledd om skjønnsmessig utmåling gir ikke hjemmel for å kompensere følgeskader.¹⁰⁸ Momentene over taler for at følgeskader faller utenfor også den skjønnsmessige vurderingen etter emgll. § 7-7. Den nevnte nemndsuttalelsen kan ikke tas til inntekt for gjeldende rett. Følgeskader må dekkes av et eventuelt erstatningsansvar.

Eventuelle følgeskader som aksepteres må avgrenses mot en generell tapsavgrensningsplikt lignende den i erstatningsretten.¹⁰⁹

4.3.6 Betydningen av medgått tid

I forhold til pliktforsømmelsen blir ikke disse mindre av medgått tid og det klare utgangspunkt er at dette ikke har noen betydning for prisavslaget. Det kan likevel problematiseres om medgått tid, altså at oppdraget har vart over mange måneder kan ha betydning for den skjønnsmessige vurderingen av hvor mye vederlaget skal settes ned. Dette på grunn av at en lengre salgsperiode kan åpne for at megler får flere rådgivningsplikter i

¹⁰⁶ Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989 s. 425, som viser til løsøre og eiendomskjøp. Se også Håvard H. Holdø, "Prisavslagsinstituttet i norsk kontraktslovgivning", *Jussens venner* 2004 (JV-2004-35) s.45

¹⁰⁷ KEM-2011-3

¹⁰⁸ Arnulf Tverberg, *Forbrukerkjøpsloven med kommentarer*, Asker 2008, s. 520

¹⁰⁹ For forklaring av tapsbegrensningsplikten vises det til Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave Oslo 2011 s. 580 flg.

forhold til interessenter. Forarbeider og lov gir ingen veiledning og en må da se på reelle hensyn. Lovgiverviljen støtter opp under utgangspunktet, da den klare viljen er at salg av eiendom ikke skal medføre pliktforsømmelser uavhengig av medgått tid. Hensynet til rimelighet og rettferdighet overfor megler taler i dette tilfellet for at det skal vektlegges medgått tid overfor megleren, men for oppdragsgiveren er det irrelevant når pliktforsømmelsen oppstår. Det er også klart at megleren i det store og hele har de samme pliktene uavhengig av medgått tid. Videre ville det vært en prosessøkonomiske katastrofal regel, ettersom hva som er lang tid er forskjellig fra et område til et annet. Utøvingen av skjønnsvurderingen ville blitt tyngre enn nødvendig. En må falle tilbake på utgangspunktet at pliktforsømmelsen ikke blir mindre av hvor lenge oppdraget varer, slik at medgått tid ikke vektlegges som et moment i den skjønsmessige vurdering av prisavslaget.

5. FORHOLDET TIL ERSTATNINGSUTMÅLING

5.1 Kompensasjonsrelevans ved erstatning/prisavslag

I dette kapittelet skal det ses på forholdet mellom erstatning og prisavslag som krav ved mislighold.

Det rettslige grunnlaget for erstatning i forhold til oppdragsgiver bygger på det ulovfestede uaktsomhetsansvar i kontraktsforhold.¹¹⁰ Vilkårene for å kreve erstatning og prisavslag er forskjellig. Begge tilfeller krever et mislighold. For erstatningsansvar kreves culpa. Ved prisavslag kreves uaktsomhet for at noe skal anses som pliktbrudd ved omsorgsforpliktelser, men ikke ellers da det er nok at det foreligger et objektivt brudd som er en ”ikke ubetydelig pliktforsømmelse”, jf. § 7-7. En uaktsomhandling vil i de fleste tilfeller være mer enn en bagatellmessig pliktforsømmelse selv om det er to forskjellige vurderinger, men dette gjelder ikke omvendt at det som kan gi vederlagsnedsettelse berettiger erstatning. For erstatning kreves det i tillegg et økonomisk tap for selger og dette økonomiske tapet må ha årsakssammenheng med meglerens opptreden. Også på virkningssiden er det forskjeller. For vederlagsjustering kan ikke prisavslaget settes høyere enn vederlaget, se punkt 4.3.1 Ved erstatningsutmåling kan det påviselige og påregnelige tap erstattes. Når en kan kreve det påregnelige tapet erstattet, er det klart at en ikke er begrenset av hva som er betalt i vederlag til megler.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling s. 167 spalte to, Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 517

En kan problematisere om det er en sammenheng mellom selgers krav på erstatning og vederlagsnedsettelse. For prisavslag der det gis et forholdsmessig avslag lik den verdireducerende mangelen, kan det ikke i tillegg kreves kompensasjon etter erstatningsreglene for samme mangelen, da tapet er oppgjort. I vårt tilfelle er det imidlertid ikke krav om noen verdireducerende mangel, kun en objektiv pliktforsømmelse over det bagatellmessige. Erstatningskravet er knyttet til tapet, mens kravet på prisavslag ikke sikter mot dekning av en konkret tapspost, men gjelder reduksjon i det vederlagskrav som meglerforetaket har i tilknytning til oppdraget. Høyesterett har uttalt at det "...dreier seg således om krav som i prinsippet kan fremmes kumulativt og må derfor betraktes som to selvstendige krav. Dette må gjelde selv om kravene henger sammen på den måten at det grunnleggende faktiske forholdet... er felles".¹¹¹ Saken gjaldt den tidligere § 4-6, men utgangspunktet er fortsatt det samme utenom at § 7-7 er skjerpet til fordel for selger. Det samme grunnlaget kan da som utgangspunkt både være grunnlag for ansvar og en ikke ubetydelig pliktforsømmelse, følgelig både erstatning og prisavslag.

Det må da avgjøres om det samme momentet mister sin betydning hvis det er tillagt vekt i erstatningsutmålingen. En avgjørelse av Borgarting lagmannsrett 2010 som gjaldt meglers innfrielse av valutalån og selgers tap som følge av at han måtte betale dokumentavgift, kan gi veiledning.¹¹² Meglerforetaket ble erstatningsrettslig ansvarlig for brudd på god meglerskikk, da det ikke fremkom klart at det var avtalt en løsning som var omvendt av bakgrunnsretten, som slår fast at kjøper skal betale dokumentavgiften. Vederlagsnedsettelse ble ikke tilkjent selv om det forelå andre pliktforsømmelser. Det interessante er "...forsømmelsen i forbindelse med dokumentavgiften legger lagmannsretten ikke særlig vekt på [i] denne forbindelse, da den allerede har dannet grunnlag for det erstatningskravet som er behandlet ovenfor." Det er da selve handlingen som ikke vektlegges to ganger. Utgangspunktet er som slått fast av høyesterett at det er to forskjellige krav og det kan virke som de blander kravene, jf. over. Ser en på en avgjørelse fra 2006 gjort av samme domstol som blant annet gjaldt undersøkelse av pantsikrede lån, kan det virke som en annen forståelse av bestemmelsen.¹¹³ Her var manglende undersøkelse av pantene på eiendommen erstatningsansvarlig, mens følgen at det pantsikrede lånet ikke ble innfridd var en pliktforsømmelse som medførte

¹¹¹ Rt. 2007 s. 954, avsnitt 24

¹¹² LB-2010-65340

¹¹³ LB-2006-6933

prisavslag. Det er likevel ikke motstrid mellom sakene. 2010 dommen gjelder kun handlingen om ikke en klarere avtale, mens det i 2006 saken, var erstatningsansvarlig ikke å undersøke pantene, samt at følgen av ikke å slette pant var en prisavslagsgrunn. Selv om den skjønnsmessige utmålingen i § 7-7 åpner for at momenter kan vektes forskjellig skaper Borgarting en vanskelig regel, hvis de skiller mellom handlingen og følgene av handlingen ved vekting av momentene. For opplysningens skyld har Gulating ikke gjort et slikt skille.¹¹⁴ I denne saken var den samme handlingen, at megler ikke formidlet til selger at det var andre interessenter ved aksept av bud, en erstatningsbetingende handling, samt en pliktforsømmelse som førte til bortfall av meglers krav på vederlag. Gjeldende rett om betydningen av samme moment anses usikker, da de få dommene som omhandler dette ikke kan gi grunnlag for en klar lære. Dersom momentets vekt skal miste sin betydning som prisavslagsgrunn, når det samme momentet har gitt grunnlag for erstatning, må en se på hensynet bak prisavslaget. Utgangspunktet er at det skal være et samsvar mellom oppdragsgivers mottatte ytelse og det som må betales i vederlag til megler, se punkt 4.3.1. Dersom styrkeforholdet ikke er gjenopprettet av erstatningen bør det kunne tilkjennes ekstra prisavslag.

En annen løsning kan være at en ser hen til om prisavslaget er begrunnet ut fra kompensasjon for tap som følge av kontraktsbruddet, eller ikke. For eksempel vil prisavslag som grunnes på at megler har tatt seg betalt for en jobb han ikke har gjort, uten at dette har medført tap, måtte kunne begrunne prisavslag. Har dette også medført tap, må erstatning for dette tapet kunne kreves i tillegg. Imidlertid om det er tapet som begrunner prisavslaget, bør vurderingen bli en annen slik at selgeren ikke skal få dobbel dekning. Løsningen blir da ganske lik den skisserte løsningen om gjenopprettelse av styrkeforholdet, men en er mer knyttet opp mot hva misligholdet har ført til, enn en skjønnsmessig vurdering av gjenopprettelse av styrkeforholdet.

5.2 Mulig forskjell ved prisavslag/erstatning

En spennende nyansering kan oppstå der megler har tilbudt prisavslag og dette er akseptert, men selger i ettertid ikke er fornøyd med det mottatte, som følge av for eksempel bedre oversikt. Forstås regelen slik som over at en kan få erstatning og prisavslag, kan en få det motsatte resultat der meglere setter ned vederlaget likt som tapet og oppdragsgiver

¹¹⁴ RG 2001 s. 1611 (Gulating)

aksepterer dette. Grunnvilkåret om tap er ikke lenger oppfylt og erstatning må som utgangspunkt nektes. En kan løse denne vilkårligheten mellom hvilket krav som fremsettes først, hvis en ser situasjonen slik at megler aldri har opptjent sin fulle rett til vederlaget på grunn av pliktforsømmelsen. Krüger skriver at i ”... gitte tilfelle kan det være naturlig å si at kontrakten ikke er oppfylt før vederlaget er definitivt opptjent”¹¹⁵ Hvis kravet på vederlag ikke er oppstått er det uten betydning om megler krever mindre vederlag i forhold til tapet, all den tid megleren aldri har hatt kravet. Den fiktive nedsettelsen dekker ikke noe økonomisk tap. En kan da kreve både prisavslag/erstatning og erstatning/prisavslag. Denne løsningen fjerner eventuell vilkårlighet om hvilke sanksjon som påberopes først, for ellers like forsømmelser. Dette fremmer den overordnede forutberegnelighet. Løsningen er trolig i samsvar med lovgiverviljen som aktivt motarbeider vilkårlighet.

6. RETTSPOLITISKE SYNSPUNKT

6.1 Manglende avklaring av innholdet i § 7-7

Det kan problematiseres om det er uheldig at det ikke foreligger noen forskriftshjemmel eller retningslinjer fra departementet om emgll. § 7-7, når så godt som samtlige saker om vederlagsnedsettelse ikke går lenger enn til Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeistringstjenester.

Utgangspunktet er at den skjønsmessige vurdering er vanskelig å gi reguleringer om. Nemndas praksis er ganske ensartet og konsekvent. Det er få saker som er funnet der det kan stilles spørsmål ved om praksisen er riktig. Den ene som er drøftet kan ikke tas til inntekt som gjeldende rett, se punkt 4.3.5

Likevel kan det virke som det er motstrid mellom nemnda og det Rosèn og Torsteinsen (2008) mener er en pliktforsømmelse, se punkt 3.5. Uenigheten gjelder hva som skal til for at vilkårsiden er oppfylt, noe som er enklere å regulere enn den skjønsmessige vurdering. Etter den eldre § 4-6 er det kun en høyesterettsavgjørelse og ingen etter den nye § 7-7. Da det i tillegg er skrevet lite om bestemmelsen vil formingen av regelen i stor grad overlates til nemndsavgjørelser. Retningslinjer/forskrift ville gitt lik praktisering av hva som kan

¹¹⁵ Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989 s. 138

påberopes som en pliktforsømmelse, noe som taler for at lovgiver bør komme på banen i forhold til vilkårsiden.

Som det følger av punkt 3.6.3 kan det være kompetanseoverskridelse av meglermedhjelper uten at styrkeforholdet mellom ytelsene endres. Da kompetansen ble skjerpet i loven burde det vært drøftet hvilken betydning det har at medhjelperen går utenfor sin formelle kompetanse.

Rettskildebildet om forholdet mellom erstatning og prisavslag er uklart og sammenhengen mellom disse trenger en avklaring, ettersom den skjønsmessige utmålingen etter emgll. § 7-7 favner videre enn prisavslag for utbedringskostnadene eller det forholdsmessige avslag, se punkt 4.2

6.2 Bør bestemmelsen endres

Bestemmelsen tyder mer på at tjenesten megleren gjør er en vare enn et produkt av det menneskelige sinn. Det gis medhold i Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglingstjenester til selgeren i 44 % av tilfellene etter emgll. § 7-7 (medregnet fire som kun førte til nedsatt utleggsdekning og tre nektet fremmet)¹¹⁶. Om dette skyldes meglerens dårlige arbeid eller om lovgiver har satt for strenge krav skal ikke avgjøres her. På bakgrunn av det som er skrevet bør en stille spørsmålet om kravene etter emgll. § 7-7 bør lempes.

Den tidligere bestemmelsen var ikke særlig praktisk og for å oppnå ønsket effekt til en objektivt riktig prosess var det nødvendig å stramme inn reglene.¹¹⁷ Det er også viktig å påpeke at en i oppdragsavtalen, som denne oppgaven ikke har handlet om, har stor frihet i forhold til innholdet av tjenestene som ytes. Høye krav til megleradferd sikrer forbrukeren, og for de fleste er eiendomshandelen den største økonomiske transaksjonen som gjøres i livet. Regelen kan ses på som et positivt utslag av et ønske om å skape en bedre bransje, der megleren skal vite at pengene kan utebli ved slett arbeid. Det er fortsatt for tidlig å si hva de nye kompetansekravene som trådte i kraft 1. juli 2011 vil ha å si for praktiseringen av emgll. § 7-7. Slik det fremstår nå bør regelen ikke endres, men en ny vurdering bør gjøres når en ser følgene av kompetansehevingen.

¹¹⁶ Utgangspunkt i 57 saker februar 2012

¹¹⁷ se punkt 3.6.1 jf. Nou 2006 nr 1. eiendomsmegling s.110.

7. KILDELISTE

7.1 Lover

- ”Lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling”
- ”Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp”
- ”Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp”
- ”Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom”
- ”Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.”
- ”Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler”
- ”Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere”
- ”Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste”
- ”Lov 25. august 1995 nr. 57 om pakkereiser og reisegaranti”
- ”Lov 27. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntektskatteloven”
- ”Lov 6. november 1993 om pristiltaksloven”

7.2 Forarbeider

- NOU 2006: 1. eiendomsmegling
- Ot.prp. nr. 16. (2006-2007) om lov om eiendomsmegling
- NOU 1987: 14 (den gamle eiendomsmeglingslov)
- Ot.prp. nr. 44, (2001-2002) lov om forbrukerkjøp
- Den svenske Prop 1983/84:16 s 49 som gjelder lag om fastighetsmäklare
- Svensk: Prop.1994/95:14 s. 30

7.2 Forskrift

- FOR 2007-11-23 nr 1318: Forskrift om eiendomsmegling

7.3 Dommer

- Rt. 2007 s. 954
- Rt. 1995 s. 46 Nimbus dommen
- RG 2001 s. 1611 Gulating
- LB-2010-65340 (Borgarting 13. april 2010)
- LB-2006-6933 (Borgarting 13. mars 2007)
- Nja 2000 s. 629 s. 630
- RH 1995:82

7.4 Bøker

- Bergsåker, Trygve (red), Ingvild Ericson, Monica Viken, *Rettspraksis om eiendomsmeglingsloven*, (Oslo 2007)
- Bergsåker, Trygve, *Eiendomsmegling – omsorgsplikt og god meglerskikk*, (Oslo 2010)

Bergsåker, Trygve, *Eiendomsmegling – omsorgsplikt og god meglerskikk* (Oslo 2008)
Bråthen, Tore og Margrethe Røse Solli, *Lærebok i praktisk eiendomsmegling*, (Oslo 2008)
Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)
Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke*, (Oslo 2003)
Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011)
Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, (Bergen 1989)
Lyngtveit-Pettersson, Christina (red.), Christian Bohne, *Praksis fra Reklamasjonsnemnda for Eiendomsmeglertjenester*, (Oslo 2009)
Melin, Magnus, *Fastighetsmäklarlagen - En kommentar*, 2 utgave, (Sollentuna 2007)
Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, (Tromsø 2006)
Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen 2004)
Rosén, Karl og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 2. utgave (Oslo 2008)
Rosén, Karl og Dag Henden Torsteinsen, *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, 1. utgave (Oslo 2005)
Tverberg, Arnulf, *Forbrukerkjøpsloven med kommentarer*, (Asker 2008)

7.5 Reklamasjonsnemndspraksis

KEM-2011-118
KEM-2011-87
KEM-2011-5
KEM-2011-3
KEM-2010-175
KEM-2010-158
KEM-2010-144
KEM-2010-135
KEM-2010-108
KEM-2010-91
KEM-2010-67
KEM-2010-30
KEM-2010-21
KEM-2009-120
KEM-2009-100
KEM-2009-17

7.6 Juridiske artikler

Bergsåker, Trygve: *Eiendomsmegleres erstatningsansvar(2002)* (lovdata.no mai 2012)
Færstad, Jan-Ove og Skjefstad, Arnt E. *Prisavslag, erstatning og regress - selgers og meglers innbyrdes ansvar* (2008) (lovdata.no mai 2012)
Holdø, Håvard H., *"Prisavslagsinstituttet i norsk kontraktslovgivning"*, Jussens venner 2004 (JV-2004-35) s.45 (lovdata.no mai 2012)

Tande, Knut Martin – Jussens Venner nr. 1, 2011 s. 1 til 35.

7.7 Internett sider

http://www.eiendomsmeglingsnemnda.no/xp/pub/site/om_reklamasjonsnemnda/index.html
(mai 2012)