

Bjarte Askeland

professor

Skadelidtes valgrett

– perspektiver på Meglerdommen Rt 2005 s. 870

og forberedt innlegg av

Stein Kleven

advokat

Skadelidtes valgrett – perspektiver på meglerdommen av 29.06.05

Foredrag holdt på foreningens medlemsmøte
22. september 2005.



Skadelidtes valgrett

– perspektiver på Meglerdommen Rt 2005 s. 870¹

1 Innledning. Kort om meglerdommens problemstilling

Erstatningsreglene og våre øvrige formuerettsregler leder noen ganger til at skadelidte/kreditor kan rette krav mot flere debitorer for samme pengesum. Skadelidte har i så fall i utgangspunktet en rett til å velge hvem han vil rette krav mot. Utgangspunktet om valgrett er uproblematisk hvor flere debitorer hefter for samme krav utenfor kontrakt. Hvor en eller flere av de påstått ansvarlige hefter på kontraktuelt grunnlag, blir spørsmålet om valgrett straks mer komplisert. I det følgende skal vi se nærmere på denne valgretten for skadelidte og skrankene for denne.

Spørsmålet skal knyttes til Høyesteretts dom av Rt. 2005 s. 870, den såkalte "Meglerdommen". Denne dommen gjaldt nettopp spørsmålet om skadelidte hadde en uinnskrenket valgrett, eller om valgretten ble krysset av en regel om *subsidiært ansvar*. Disse spørsmål ble aktualisert fordi debitorene, selger og megler heftet henholdsvis på kontraktuelt og deliktuegt grunnlag.

Vedrørende dommens faktum og problemstilling er det interessante for oss som følger: En eiendomsmegler unnlot å opplyse om at tre leiligheter som fulgte med en eiendom som skulle selges ikke lovlig kunne leies ut. Dette ble ansett culpøst av megler og det var for Høyesterett ubestridt at megleren heftet på grunnlag av profesjonsansvar. Kjøperen inngikk forlik med selger og krevde i stedet *megleren* for "prisavslag/erstatning". For Høyesterett var det enighet mellom partene at den omstridte summen skulle utmåles til kr. 175.000. Vi skal merke oss at selgeren slik ikke var part i saken for Høyesterett.²

¹ Artikkelen bygger på et foredrag avholdt på Norsk Forsikringsjuridisk Forenings medlemsmøte på Lysaker 22. september 2005. Det bør gjøres oppmerksom på at forfatteren bistod meglerens side (altså den tapende part) forut for rettsforhandlingens som resulterte i dommen i Rt. 2005 s. 870.

² Det hører også med i bildet at det ville ha vært vanskelig for kjøperen å etablere culpaansvar for selgeren personlig, fordi selgeren hadde overlatt alle praktiske operasjoner under salget til eiendomsmegler.

Spørsmålet for Høyesterett var om skadelidte kjøper kunne gå direkte på megleren og kreve hele summen av ham uten å ha utnyttet sin mulighet til å kreve prisavslag av selger. Megleren hevdet at hans ansvar bare kunne anses subsidiært solidarisk; at han bare ble erstatningsansvarlig overfor kjøper etter at denne først hadde gått på selger.³ Konstruksjonen med subsidiært ansvar hadde en viss støtte i dansk teori og praksis, samt norsk teori.⁴ Megleren hevdet subsidiært at dersom det ikke gjaldt et subsidiært ansvar, ville skadelidte ha plikt til å gå på selgeren i medhold av skadelidtes tapsbegrensning.

Høyesterett fant enstemmig at det gjaldt et solidaransvar mellom selger og megler og dermed at megleren var prinsipielt solidarisk ansvarlig. Det ble altså ikke ansett å være grunnlag for et subsidiært ansvar.

Som vi ser, handler dommen i sin kjerne om skadelidtes valgrett. Spørsmålet er om skadelidte har rett til å velge hvem han vil saksøke til tross for at dette reelt får konsekvenser for hvem av de ansvarlige som må dekke tapet.

I denne forbindelse er det viktig å peke på dommens økonomiske resultat, et poeng som ikke kommer så godt frem i dommen: Resultatet av dommen ble at selger fikk betalt mer for huset sitt enn huset var verd, og således fikk en ugrunnet berikelse. Kjøperen fikk gjennom sitt krav mot megleren refundert det han hadde betalt for mye til selgeren. Endelig måtte megleren betale erstatning og led således et tap. Det siste var kanskje ikke så ille, for megleren hadde jo faktisk utvist culpa. Men selgerens ugrunnede berikelse er vanskelig å forsvare. Realiteten er at skadelidte flytter en pengesum fra megler til selger. Dette skal jeg komme inn på mot slutten.

Jeg skal i det følgende sette skadelidtes valgrett inn i en større ramme, og vise hvordan dommen plasserer seg i forhold til ulike etablerte rettsinstitutt.

³ Subsidiært ansvar innebærer at solidarcreditor "først blir henvist til A, men med muligheten til å holde B ansvarlig dersom A ikke betaler", jfr. *Kröger* s. 86. Nærmere om subsidiært ansvar og såkalt "beneficium ordinis" i *Smith* s. 24-28.

⁴ Se *Gomard* s. 83, jfr. også UFR 1940 s. 386. Jfr. også *Smith, Solidaritet* s. 349. Både *Gomard* og *Smith* uttrykker seg imidlertid meget forbeholdent. Kleven argumenterer for subsidiært ansvar, se *Kleven* bl.a. s. 15 og nå *Kleven, Meglerdommen* s. 37-38.

2 Generelt om skadelidtes valgrett

Vår rettsordning er bygget opp slik at alle private rettssubjekt ivaretar sine egne interesser innenfor rettsystemet. Dette er spesielt markant innenfor privatretten hvor avtalefriheten og privat autonomi er viktige grunnstener og prinsipielle utgangspunkter. Som følge av dette vil utgangspunktet være at retten verner om skadelidtes valgfrihet mht. hvilke regler han vil påberope seg og hvem han vil saksøke. Her går det en linje til prosessuelle institutter bygget på at partene er herre over prosessen, jfr. for eksempel disposisjonsprinsippet.⁵

Selv om valgretten ligger i systemet, står den sterkere dersom den kan forankres i solidaransvarsregel.⁶ Solidaransvarsregelen kan godt ses som en form for positiv *hjemmel* for en valgrett som en særskilt rettighet. Et slikt solidaransvar kan være lovhjemlet gjennom skl. § 5-3 eller bygge på ulovfestet rett, så som rettspraksis.⁷ Hvis det foreligger solidaransvar, kan skadelidte velge hvem han vil kreve for hele den sum han har krav på.

Denne valgretten har i relasjon til erstatningsrett utenfor kontrakt (deliktult solidaransvar) hatt en særlig begrunnelse: Valgretten har her vært et instrument i *reparasjonshensynets* tjeneste. Synspunktet har vært at skadelidtes rett til å velge en av flere debitorer øker hans sjanse til å få dekning.⁸

I relasjon til solidaransvaret utenfor kontrakt har utgangspunktet således vært at skadelidtes valgrett har vært anerkjent, men likevel slik at det er etablert regler for å hindre at valgretten blir bestemmende for forholdet mellom de solidaransvarlige. Mange har således påpekt at solidarregressen er en naturlig og integrert del av solidaransvarsregelen.⁹ Helt fra 1800-tallets tyske obligasjonsrett har det vært poengtert at skadelidtes valgrett ikke må føre til tilfældigheter mht. den endelige fordelingen av tapet mellom de solidaransvarlige.¹⁰ Dette har vært et viktig grunnlag for solidarregressen som hos oss er hjemlet i skl. § 5-3 nr. 2. Et alminnelig utgangspunkt er i tråd med dette at skadelidte gjennom sin valgfrihet ikke skal

⁵ Se for eksempel *Hov* s. 93-94.

⁶ Se *Smith* s. 22.

⁷ Se bl.a. *Lørenskogdommen* Rt. 1967 s. 1248.

⁸ Det er mulig at det er dette Høyesterett henpiller på i *Meglerdommen* avsnitt 40: "Selv om forslaget til en regulering av meglers ansvar i §3-10 i NOU 1987: 14 ikke ble videreført, *taler hensynet til skadelidte for at han fritt må kunne velge* blant flere som hefter for det samme pengekravt."

⁹ Se om dette *Askeland*, Del III pkt. 1.3, jfr. for øvrig *Stang* s. 107 og *Smith* s. 381, jfr. også *Ussing* s. 198.

¹⁰ *Savigny* s. 229. I nyere tid er dette poenget fremmet av bl.a. *Smith, Solidaritet* s. 381 og *Evju* s. 97-98.

bestemme rettsforholdet mellom andre rettssubjekter. På denne bakgrunn kan man hevde at den tilhørende solidarregress et stykke på vei har vært en *forutsetning* for solidaransvarsregelens valgrett.¹¹

I det følgende skal vi analysere hvordan dette legislative grunnlaget for valgretten danner rammer for valgretten. La oss merke oss at det legislative grunnlaget i første rekke refererer til deliktult ansvar. Kan de samme legislative betraktninger da begrunne en valgrett når ansvaret er kontraktuelt?

3 Solidaransvar som hjemmel for valgrett

3.1 Innledning

I det følgende skal jeg drøfte hvilket grunnlag det er for et solidaransvar med tilhørende valgrett i tilfeller som berører kontraktsforhold. Det bør i denne forbindelse bemerkes at man under forarbeidene til Lov om eiendomsmegling valgte å holde åpent spørsmålet om det skulle legges til grunn solidaransvar hvor så vel en selger som hans megler kunne holdes ansvarlige. Lovutvalget hadde opprinnelig foreslått at det skulle gjelde et solidaransvar mellom selger og megler i den situasjonen vi har for oss.¹² Departementet opprettholdt imidlertid ikke denne løsningen, idet man antok at domstolene lettere kunne utarbeide nyanserte rettsregler.¹³ Meglerdommen har derfor betydning for rettsutviklingen idet den nettopp gir svar på hvordan domstolene ser på spørsmålet om solidaransvar i saker hvor så vel megler som selger er ansvarlige. Det problematiske ligger i så måte i at den ene debitor hefter innenfor og den annen utenfor kontrakt. For å sette meglerdommens løsning i perspektiv, bør det først tas stilling til hvor langt det gjelder et solidaransvar i kontraktsforhold, se. pkt. 3-2-3.4 nedenfor.

3.2 Gjelder skl. § 5-3 i kontraktsforhold?

¹¹ Denne synsmåten får særlig betydning for drøftelsen i pkt. 3.2 straks nedenfor og pkt. 6.4 nedenfor.

¹² NOU 1987: 14 s. 80.

¹³ Se Ot.ppt. nr. 59 (1988-89) s. 26.

I norsk og nordisk juridisk teori har man tatt som utgangspunkt at skl. § 5-3 bare gjelder utenfor kontraktsforhold.¹⁴ Denne oppfatningen kan bestyrkes ved å vise til at de legislative hensyn som § 5-3 bygger på, ikke fullt ut slår til når ansvaret bygger på kontraktsforhold.

De legislative hensyn bak § 5-3 og forgjengeren strl. ikrl. § 26 har for det første vært et *ekvivalenssynspunktet*. Norsk og nordisk rett har i høy grad vært dominert av Fredrik Stangs idéer. En hovedtese for Stang var at hver skadevolder som hadde vært en nødvendig årsaksfaktor til skaden hadde voldt hele skaden. Stang betonte altså betingelseslærens ekvivalenssynspunkt, at alle årsaker til skaden er like viktige.¹⁵ Stang bygget ut denne betraktningen med en understrekning av at hver lille årsak var årsak til hele skaden.¹⁶ Dette utgjør en begrunnelse for solidaransvaret som har en betydelig logisk appell.

Ekvivalenssynspunktet passer imidlertid ikke så godt når den ene part hefter etter et *aksessorisk* ansvar, så som hvor megler hefter deliktult mens selgeren har kontraktshjelperansvar for meglerens feil, se om dette nedenfor i pkt. 6.2. Her er situasjonen at en oppdragsgiver hefter objektivt for kontraktshjelperens culpøse årsaksbidrag til skaden. Oppdragsgiveren kan kanskje sies å være en nødvendig betingelse for skadens inntreden i og med at han har inngått kontakter med så vel skadelidte som den culpøst skadevoldende kontraktshjelper, men denne synsmåten er noe anstrengt. Det står i alle fall fast at situasjonen ikke korresponderer godt med ekvivalenssynspunktet slik dette slår til i normaltillfellene hvor flere har voldt skade.

I teorien har man i tillegg særlig fremhevet hensynet til skadelidtes dekningsmulighet, altså *reparasjonshensynet*, som en legislativ begrunnelse for solidarregelen.¹⁷ Tanken er at dersom skadelidte kan velge mellom flere ansvarlige på skadevoldersiden, vil hans sjanse til å få dekning øke.

Når skadelidte kan holde seg til en *medkontrahent* for å få dekket sitt tap i forbindelse med skaden, faller mye av den siste begrunnelsen for solidaransvar. Skadelidte har selv valgt sin medkontrahent, noe som allerede har gitt ham et middel til å kontrollere om vedkommende er søkegod. Det er dermed ikke samme grunn til å gi ham den sikkerhetsrett som følger av

¹⁴ jfr. bl.a. *Smith* s. 349, *Nygaard, Karnov* ved note 322 og *Gomard*, s. 81, *Ulfbeck* s. 95 jfr. note 321.

¹⁵ Ekvivalenssynspunktet forbindes i første rekke med John Stuart Mills årsakslære, se *Mill*, *A system of logic* s. 214-218 (book 3, Chap. V § 3)

¹⁶ *Stang* s. 9.

¹⁷ Se blant annet *Andersen* s. 310-311, *Smith* s. 369, *Evju* s. 98 og *Nygaard*, *Skade og ansvar*, Bergen 2000 s. 402.

solidaransvaret.¹⁸ Han er ikke avhengig av en valgrett mellom de ansvarlige for å sikre sin posisjon.

De legislative hensyn bak solidaransvarsregelen i skl. § 5-3 taler derfor mot at regelen får anvendelse i kontraktsforhold.

På bakgrunn av teoriens relativt klare uttalelser, samt de legislative hensyn, må det være mest forsvarlig å legge til grunn at solidaransvaret i § 5-3 ikke gjelder hvor en av de ansvarlige hefter i kontraktsforhold. Etter min mening bør man rettsystematisk reservere § 5-3 for tilfeller utenfor kontrakt, særlig på grunn av at all teori som ligger bak bestemmelsen har vært konsentrert om delikttilfellene. Og Høyesteretts måte å løse problemet på i Meglerdommen må helst tas til inntekt for at skl. § 5-3 ikke kan anvendes direkte i kontraktsforhold. Jeg sikter til at Høyesterett ikke fant det nødvendig å ta stilling til om det solidaransvar de la til grunn fulgte direkte av skl. § 5-3 eller av en ulovfestet regel (avsnitt 41). Denne tilnærmingen kan i alle fall ikke oppfattes som en konfirmasjon av at skl. § 5-3 kommer til anvendelse i kontraktsforhold.¹⁹

3.3 Ulovfestet regel om solidaransvar i kontraktsforhold?

Det kan likevel tenkes at kan statures solidaransvar også i kontraktsforhold på ulovfestet grunnlag. Meglerdommen *forutsetter* at det finnes en slik regel, og førstvoterende begrunner eksistensen av en regel om solidaransvar i kontraktsforhold med en henvisning til Krüger.²⁰ Men hvis vi slår etter, er det ikke det Krüger skriver om. Han skriver om solidaransvar etter gjeldsbrevlovens § 2, avtalt solidaransvar, solidaransvar pga. felles eierforhold, solidaransvar i selskapsretten og solidaransvar som det offentlige påtar seg. Det er strengt tatt ikke mulig å lese ut av det Krüger skriver at det eksisterer noen hovedregel eller deklarasjonsregel om solidaransvar i kontraktsforhold.

¹⁸ Dette er også Kleven inne på, se *Kleven* s. 12.

¹⁹ I en rekke lagmannsrettsdommer har man uten videre lagt til grunn at skl. § 5-3 får anvendelse i forholdet mellom megler og selger, se for eksempel RG 1996 s. 8. Denne praksis kan i hvert fall ikke uten nærmere drøftelse opprettholdes etter Meglerdommen Rt. 2005 s. 781.

²⁰ Se dommens avsnitt 40, med en henvisning til Kai Krüger, *Pengekrav (Krüger)*, s. 83 flg. Solidaransvarsreglene er i dommen benevnt som en "hovedregel". Slik har også Nygaard formulert seg med en henvisning til Krüger, se *Nygaard* s. 398.

Carsten Smith hevder riktignok med bakgrunn i en rekke Høyesterettsdommer at solidaransvar i kontraktsforhold er "sedvanemessig fastslått".²¹ Men hvis man slår etter på de aktuelle dommene han viser til, finner man at disse dreier seg om nokså ulikartede forhold der to eller flere opptrer i en form for fellesskap på den ene side av kontrakten, for eksempel ved at de eier en ting sammen som kontrakten knytter seg til, eller at det er en form for sammenslutning mellom rettssubjekter på den ene side i kontrakten.²²

Dommens kildehenvisning er således på dette punktet noe diskutabel. Samtidig antas det i nordisk teori at man ikke opererer med noen alminnelig regel om solidarheftelse i kontraktsforhold.²³

Etter min oppfatning bør imidlertid problemstillingen uansett ikke knyttes til "kontraktsforhold" generelt. Begrepet "kontraktsforhold" omfatter en nokså uensartet gruppe av tilfeller, der en rekke ulike partskonstellasjoner gjør seg gjeldende. Spørsmålet om solidaransvar kan stille seg forskjellig alt etter hvilken partskonstellasjon det er tale om. Etter min oppfatning blir det derfor for enkelt å si generelt at det gjelder eller ikke gjelder en regel om solidaransvar i kontrakt. Hvert spørsmål må analyseres for seg.

Det mest interessante spørsmål er etter min oppfatning om en partskonstellasjon hvor en naturalkreditor har tegnet kontrakt med flere debitorer kan utløse solidaransvar mellom debitorene. Man har for denne partskonstellasjonen påpekt at solidaransvar ikke bør pålegges en debitor som har gått inn i et kontraktsforhold som innbefatter deltakelse fra andre aktører. Dette har særlig vært aktuelt i forhold til tjenesteytere, typisk entreprenører som inngår en kontrakt der prosjektøren er valgt av den skadelidte byggherre. Her har så vel dansk som norsk teori hevdet at entreprenøren nettopp ikke bør bli solidarisk ansvarlig med prosjektøren, men at skadelidte bør identifiseres med denne.²⁴ Skadelidte bør altså ikke ha en valgrett på bakgrunn av kontraktsforholdets rolle.

²¹ *Smith* s. 22.

²² Smith viser til følgende dommer: Rt. 1911 s. 254. Tre personer eide en dampsag i fellesskap og ble ansvarlig for gjeld knyttet til sagbruksdrift. Rt. 1935 s. 135: Medlemmer av et innkjøpslag ble på bakgrunn av en tolkning av lagets vedtekter ansett solidarisk ansvarlig for lagets gjeld. Rt. 1931 s. 791: Under forhandling av fraktkontrakter hadde det på befraktersiden hadde opptrådt to selskaper med nesten identiske navn ble disse ansett solidarisk ansvarlige for forpliktelsene etter kontraktene.

²³ *Ulfbeck* s. 95 ved note 321.

²⁴ For dansk rett se *Horlyck* s. 293 og Hansen s. 289-290. For norsk rett, se *Askeland, Identifikasjon* s. 554-560, hvor også de danske synspunktene ventileres, jfr. også i samme retning *Lilleholt* s. 549. Jfr. for øvrig også *Solbraa Bay* s. 201.

Videre: I ulike standardkontrakter fastslås det positivt at to eller flere av de engasjerte tjenesteytere skal hefte solidarisk for mislighold.²⁵ Den omstendighet at man finner det nødvendig å avtafeste dette, bekrefter nettopp at den deklarasjoniske hovedregel i kontraktsforhold er proratarisk ansvar, fortrinnsvis med passiv identifikasjon mellom medvirkende annen tjenesteyter som i relasjon til skadevoldende tjenesteyter står på skadelidtes side.

Ditten-dommen Rt. 1997 s. 231 er (på s. 243) inne på denne problemstillingen i et slags obiter dictum. Det blir imidlertid ikke tatt stilling til spørsmålet. Men den omstendighet at Dittendommen ikke uten videre legger til grunn solidaransvar, støtter synsvinkelen ovenfor.

Det prinsipielle synet her er at den som går inn i en situasjon som foranlediger skade fordi han inngår kontrakt med skadelidte, ikke bør bli ansvarlig for andre personer han *ikke har valgt*, og som er engasjert i medkontrahentens interesse. I en slik situasjon bør det settes grenser for skadelidtes valgrett; han har ikke gjort seg fortjent til det privilegium solidaransvaret innebærer. Det bør etter min oppfatning ikke stateres solidaransvar i disse tilfellene, men derimot passiv identifikasjon mellom byggherre og prosjektør, slik at byggherren ikke kan kreve full erstatning av entreprenør. Det er altså i realiteten tale om et delt, proratarisk ansvar for prosjektør og entreprenør.²⁶

En mulig tommelfingerregel for å manøvrere mellom postene solidaransvar, delikt og kontrakt kan være som følger: Skadelidte har bare rett til å velge én gang. Har han valgt sine skadevoldere gjennom kontraktsinngåelse, kan han ikke i tillegg velge mellom dem når skade skjer. Har han derimot ikke valgt sine skadevoldere, slik situasjonen er ved deliktsskader, har han rett til å velge mellom dem og kreve at en av dem skal dekke alt.

Høyesteretts forankring av en regel om solidaransvar i kontraktsforhold kunne ha vært stødigere dersom den bygget direkte på tidligere rettspraksis. Jeg viser særlig til at man i Lørenskogdommen Rt. 1967 s. 1248 anvendte solidaransvar selv om skade er voldt i kontraktsforhold. Dommen gjaldt en bygningssjef og entreprenør som begge unnlot å ta

²⁵ Se for eksempel NS 8401 Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag punkt 5.5 og 5.6, jfr. også tidligere gjeldende NS 3403 pkt. 16.2 og 16.4.

²⁶ Dette synet har fått en viss støtte i Lilleholt s. 549.

konsekvensen av at grunnen det ble bygget på var uegnet, noe som førte til setningsskader på huset. Det er ikke tvilsomt at i alle fall entreprenøren heftet i kontrakt, men det ble likevel pålagt solidaransvar for både kommunen og entreprenøren for hele skaden, dog uten at det uttrykkelig ble henvist til (dagjeldende solidaransvarsregel i) strl. ikrf. § 26.²⁷ Her heftet en av partene etter kontrakt med skadelidte, mens den andre part heftet etter kontraktslignende forhold. Dommen litt spesiell idet den plasserer seg på grensen mot delikt. Det entreprenøren ble bebudet for var egentlig brudd på en sideplikt, en form for lojalitetsplikt.²⁸ Spørsmålet om solidaransvar er heller ikke gjort til gjenstand for særlig drøftelse i dommen, og dommens resultat kan langt på vei forklares ut fra dens prosessuelle opplegg.²⁹ Personlig har jeg tidligere kritisert dommen for ikke å stå i samsvar med antatt hovedregel om passiv identifikasjon eller proratarisk ansvar i norsk rett.³⁰ Jeg antar at den ikke stenger for delt ansvar i de situasjonene vi her har tatt opp.³¹

Påstanden om en generell regel om solidaransvar i kontraktsforhold har etter dette ikke den beste forankring i kildene. Men som nevnt, må det sondres mellom de ulike tilfeller. Det vi har behandlet ovenfor har vært tilfeller hvor to sidestilte debitorer har ytt tjeneste overfor skadelidte/kreditor i en viss sammenheng. Annerledes kan saken stille seg hvor en kontraktsdebitor og en kontraktshjelper holdes ansvarlige.

Meglerdommen er nettopp et eksempel på en slik generell og unyansert tilnærming som etter min mening er angriperlig. Som vist, kan en slik generell tilnærming by på problemer, og man kan av denne grunn hevde at Meglerdommens prejudikatsverdi på dette punktet bør være begrenset.

3.4 Særlig om solidaransvar og valgrett hvor den ene ansvarlige er kontraktshjelper for den annen

²⁷ Se Rt. 1967 s. 1248 på s. 1263.

²⁸ Jfr. Nygaard s. 184.

²⁹ Askeland, Identifikasjon s. 361-363.

³⁰ Askeland, Identifikasjon s. 359.

³¹ Dog bør nevnes at det også finnes andre høyesterettsdommer som staterer solidaransvar i kontraktsforhold hvor naturalkreditor har engasjert/valgt to debitorer, se Rt. 1933 s. 274: Byggmester og rørlegger var samvirkende ansvarsbetingende årsaker til brann som skadet deres felles oppdragsgivers gods og ble pålagt solidaransvar for skaden.

Spørsmålet om kvalifikasjonen av skadelidtes valgrett kan stille seg litt forskjellig i de tilfeller hvor det ene ansvarssubjektet kommer inn i bildet *som en kontraktshjelper* for det annet.

Resonnementet om at skadelidtes valgrett ikke er kvalifisert i kontraktsforhold vil ikke ha like stor vekt i denne relasjonen. Her kommer det nemlig inn at det er den ene misligholdende debitor etter kontrakten som har valgt den andre ansvarlige debitor. Megleren er brakt inn i bildet av selgeren, og ikke av skadelidte. Det er derfor i alle fall grunn til å identifisere selger og megler, slik at selgeren må hefte for meglerens feil, noe også lov, forarbeid og praksis foreskriver.³² Synspunktet har ikke samme slagkraft den andre veien, som grunnlag for at megler må identifiseres med selger. Men det ligger i alle fall et element av valg i meglerens handling idet han påtar seg oppdrag for denne selger. Det er langt sterkere grunnlag for skadelidtes valgrett overfor disse to som fremstår som en enhet enn det er overfor ulike bidragsyttere i en tjenestekontrakt, så som i prosjektør/entreprenør- konstellasjonen.³³ Megleren har valgt selgeren som medkontrahent i like stor grad som skadelidte kjøper har valgt ham.

Og vi skal huske at megleren blir erstatningsansvarlig i egenskap av kontraktshjelper. Meglerens ansvarsforhold blir således berørt av den omstendighet at han opptrer i et kontraktsforhold, se en nærmere analyse av ansvarsformen i min bok, "Erstatningsrettslig identifikasjon" s. 179-180: "Spørsmålet om det foreligger culpa (hos hjelperen) må vurderes ut fra kontraktens krav."³⁴

Selgeren blir identifisert med meglerens culpa som et alminnelig kontraktshjelperansvar. Det ligger i dette at begge parter blir ansvarlig på grunnlag av meglerens faktiske handling, eller mer presist unnlattelse. Slik bygger kontraktshjelperens ansvarsgrunnlag dels på hans tilknytning til oppdragsgiveren. Også dette kan tale for et solidaransvar.

³² Jfr. Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 89 (eiendomsmegler identifiseres med "seljaren" i relasjon til avhl. § 3-7 og 3-8. Jfr. også Rt. 2001 s. 369.

³³ Jfr. også Lilleholt s. 551.

³⁴ Formuleringer om dette finner vi også for eksempel i *Simonsen* s. 272.

Selv om kontraktshjelperen hefter utenfor kontrakt, blir hans oppdragsgiver identifisert med hans skadeforvoldelse overfor kreditor/skadelidte i forbindelse med kontrakten. Denne identifikasjonen gjelder også de rene tilfeller av mangelfull oppfyllelse av kontrakten.³⁵

Når selgeren så hefter for meglerens handling ligger det til rette for å hevde at de to parter opptrer som en enhet overfor skadelidte, og at det derfor bør være solidaransvar. Vi har lang tradisjon for solidaransvar ved slik aksessorisk heftelse; at den ene hefter på objektivt grunnlag for den annens culpøse handling, jfr. særlig det solidariske ansvar for arbeidsgiver og arbeidstaker etter anvendelse av skl. § 2-1.

Når strukturen er slik, kan vi altså operere med et solidaransvar i kontraktsforhold.

Strukturen ligner på den varianten man finner forhold til forsikring. Arnholm har i denne sammenheng gjort et poeng av at det kan bli solidaransvar på et slikt blandingsgrunnlag, se *Arnholm* s. 42:

"Undertiden beror solidaransvaret dels på skadegjørende handling og dels på avtale. Et praktisk viktig tilfelle har man når A hefter for skade han har voldt, mens B hefter i kraft av forsikringsavtale."

Se også *Krøger* s. 84-85 som i denne sammenheng nevner Bilansvarslovens § 11, som kan tolkes som en regel om solidaransvar mellom trafikkforsikrer og bileier, jfr. § 11-3 ledd. Solidaransvaret er bare formelt for bileierens del fordi det i praksis ikke vil være tenkelig at trafikkforsikringsselskapet eller en pool av slike selskaper (jfr. bal. § 13) ikke vil eller kan betale.

Jeg nevner disse konstruksjonene av en form for aksessorisk ansvar, men jeg mener at det egentlig er en litt annen konstruksjon enn kontraktshjelperansvar og arbeidsgiveransvar. Den aktuelle avtale går ikke ut på å prestere noe substansielt, men avtalen handler om å dekke det tap som oppstår dersom et gitt ansvarssubjekt volder skade på et gitt rettsgode. Det er noe annet enn å hefte for en medhjelpers culpa under utførelse av en kontrakt man har bundet seg til.

4 Valgrett forutsetter "samme skade"

³⁵ Se om dette *Askeland, Identifikasjon* s. 222-225. Fremstillingen gjelder integritetskrenkelsers, men det prinsipielle i ansvarsformen er overførbart til opplysningssvikt og andre mangler ved selve kontraktsprestasjonen.

4.1 Innledning. Problemstilling

Uansett hvilket grunnlag solidaransvaret hviler på, må valgretten referere seg til "samme skade". Dette følger direkte av ordlyden i skl. § 5-3 nr. 1 når denne kommer til anvendelse, men et tilsvarende vilkår må bygges inn i en ulovfestet regel om solidaransvar som kan få anvendelse i kontraktsforhold. Dette ligger implisitt i solidaransvarsregelens innhold og funksjon: Den impliserer et fellesskap mellom debitorerne i deres relasjon til skadelidte. Dette fellesskapet ligger nettopp i at de er forpliktet til å kompensere for samme skadeforvoldelse.

Det ligger videre i solidaransvarets natur at de ulike debitorer må hefte for samme pengekrav, for poenget er jo at den enes betaling reduserer den annens betalingsansvar. Dette kravet vil i alminnelighet innebære at solidaransvar bare kan forekomme utenfor kontrakt og hvor flere solidaransvarlige har medvirket til samme skade.

En slik forståelse samsvarer godt med vårt prosessuelle system. Vår prosessordning er bygget opp slik at prosessen har et *rettsforhold* i sin kjerne. Dette rettsforholdet vil i erstatningsrettslig sammenheng knytte seg til plikt til kompensasjon for en bestemt skadehendelse. Flere solidaransvarlige kan være forpliktet til å betale et pengekrav basert på samme skadehendelse i prosessuell forstand.

Spørsmålet er imidlertid om man med dette utgangspunktet kan tenke seg et solidaransvar på tvers av grensen mellom kontraktsansvar og deliktsansvar. Dette ble uten videre lagt til grunn i meglerdommens avsnitt 40:

"Straffelovens ikrafttredelseslov §26 gjaldt samskyldnere utenfor kontrakt, og det er grunn til å anta at lovgiver tok sikte på samme anvendelsesområde ved overføringen av bestemmelsen til skadeserstatningsloven. På den annen side gjelder det en tilsvarende ulovfestet solidaransvarsregel for kontraktsforhold, jf. blant andre Krüger: Pengekravsrett, 2. utgave 1984, side 83 flg. *Når det således foreligger regler om solidaransvar både i og utenfor kontraktsforhold, kan jeg vanskelig se det annerledes enn at tilsvarende også må gjelde når kravet mot den ene gjelder ansvar i kontrakt og mot den andre ansvar utenfor kontrakt.* Selv om forslaget til en regulering av meglers ansvar i §3-10 i NOU 1987: 14 ikke ble videreført, taler hensynet til skadelidte for at han fritt må kunne velge blant flere som hefter for det samme pengekravet" (min uthevning).

Resonnementet er etter min oppfatning logisk angripelig. Påstanden er at dersom egenskap A gjør seg gjeldende mellom to krav på henholdsvis område B og C, så må egenskap A også

gjøre seg gjeldende mellom to krav hvor det ene er på område B og det andre på område C. Det er etter min mening ingen logisk nødvendighet i et slikt resonnement. Forskjellen mellom område C og B kan teoretisk sett gjøre egenskap A uaktuell i forholdet mellom et krav fra område B og et krav fra område C.

Høyesterett skapte ytterligere klarhet på dette punktet ved å holde åpent om det aktuelle krav som ble gjort til gjenstand for solidaransvar var et prisavslagskrav eller et erstatningskrav, se avsnitt 35:

"Vår sak gjelder om megler har et prinsipielt solidaransvar med selger overfor kjøper - et ansvar utenfor kontrakt - og jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på om kjøpers krav mot selger var et krav om prisavslag eller erstatning, jf. redegjørelsen tidligere for utformingen av påstanden i stevningen punkt 2. Det er ikke tvilsomt at kravet mot meglere gjelder det samme pengekravet som kjøper fremsatte mot selger, og at kravet i relasjon til begge skyldes at leilighetene i kjelleren og på loftet ikke var godkjent som separate boenheter."

Dommens løsningsmåte etterlater på denne måten en uvisshet om hvor langt valgrett og solidaransvar strekker seg når det ene krav bygger på kontrakt og det annet på delikt. Det er derfor maktpåliggende å klargjøre hvor langt et slikt ansvar eventuelt rekker.

Etter min oppfatning kan man forsvare Høyesteretts slutning ut fra to forklaringsmodeller, se punkt 4.2 og 4.3 nedenfor.

4.2 Solidaransvar for samme skade ved kontraktshjelperansvar

Vi har ovenfor lagt til grunn at det kan forekomme solidaransvar i kontraktsforhold i en situasjon hvor kontraktsdebitor hefter for en kontraktshjelper. I en slik situasjon skaper ikke spørsmålet om "samme skade" problemer. Dersom Høyesterett hadde begrunnet sitt solidaransvar med det forhold at selgeren heftet som kontraktshjelper, ville dommen etter min oppfatning ha vært mindre angripelig. Dommen kunne således ha lagt til grunn at så vel selger som megler heftet for et erstatningskrav. Dermed ville ikke spørsmålet om "samme skade" aktualiseres.

Innfallsvinkelen ville videre ha vært ønskelig fordi det er en kjennsgjerming at prisavslag og erstatningskrav prosessuelt blir vurdert som ulike krav, samtidig som det også hefter materielle ulikheter ved kravene som kanskje gjør dem uegnet for solidaransvar. Høyesterett

har nemlig i Rt. 2000 s. 199 lagt til grunn at prisavslag og erstatning *prosessuelt* sett er to forskjellige krav. Dette er basert på en analyse av de to kravenes generelle karakter, uten å se hen til den aktuelle saken.

Et særlig problem i denne forbindelse er at et beregnet prisavslag og en beregnet erstatning kan være nokså forskjellige summer. Mens prisavslag for mangler refererer seg til en forholdsmessig reduksjon av kontraktssummen, refererer erstatningssummen seg til en forholdsmessig reduksjon av kontraktgjenstandens verdi med og uten mangel. Dette er poengtert av mange teoretikere.³⁶ For å få poenget klart frem, kan vi låne Arnholms (*Arnholm* s. 263) formulering:

"Det den krenkende part i disse tilfellene skal ha, er en forholdsmessig reduksjon i sin ydelse. Utgangspunktet er altså ikke det tap han lider, men hans vederlag skal reduseres til samme prosent som den mangelfulle oppfyllelse er verd i sammenligning med kontraktmessig ydelse. Hvis man har kjøpt en ting for kr. 1000 og kvalitetsmangelen representerer en verdireduksjon på 25 %, blir prisavslaget kr. 250, uansett om tapet er større eller mindre. Hvis kontraktmessig vare er verd 1200, er altså kjøperen bedre tjent med å få erstatning – tapet blir da 25 % av varens verdi, dvs. 300. Er fullverdig vare verd 600, blir erstatning for 25 % forringelse 150, mens prisavslaget stadig er 250."

Denne oppfatningen av innholdet i prisavslag er bekreftet i forarbeidene til så vel kjøpsloven som avhendingsloven, og av Høyesterett i Rt. 2000 s. 199 (på s. 206).³⁷

Regelen om prisavslag i avhendingsloven s § 4-12 gjennomgikk mot slutten av forarbeidsfasen noen endringer i retning av at prisavslaget normalt skulle beregnes på samme måte som erstatning, se nå formuleringen i avhl. § 4-12 (2) jfr. Innst. O. nr. 71 (1991-92) s. 7-8. Denne omstendighet hindrer imidlertid ikke poenget ovenfor: I gitte tilfeller vil et prisavslagskrav og et erstatningskrav kunne gjelde ulike krav og ulike summer.

Prisavslagskrav og erstatningskrav beregnes altså med utgangspunkt i ulike faktiske referansepunkt (gjenstandens verdi kontra kontraktssummen), og de vil ikke nødvendigvis være identiske i sum. Det siste er riktignok ikke avgjørende, for man kan tenke seg at solidaransvaret bare gjelder for et beløp som tilsvarer den laveste summen av et beregnet prisavslag og et beregnet erstatningskrav.³⁸ Men de ulike summene bekrefter at de to kravene bygger på ulike faktisk referansepunkt, og dette taler mot å legge til grunn solidaransvar. Det

³⁶ Se for eksempel *Augdahl* s. 183 og *Hagstrøm* s. 401.

³⁷ Se Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 90 og Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 107.

³⁸ Se om dette for eksempel *Nygaard* s. 400.

kan derfor med god grunn hevdes at det ikke er tale om "samme skade" i den forstand skl. § 5-3 viser til.

Hvis prisavslag og erstatningskrav ikke kan være gjenstand for solidaransvar, kan følgende resonnement presenteres: Det er en kjensgjerning at Høyesterett bygger på at megler og selger hefter solidarisk selv om den ene hefter innenfor og den annen hefter utenfor kontrakt. Det er ikke mulig å tenke seg at man kan hefte på deliktuet grunnlag for et prisavslag. Prisavslag forutsetter jo nettopp at kontraktens innhold legges til grunn, noe man ikke gjør når man saksøker for deliktsansvar.

Megleren må dermed med logisk nødvendighet anses å hefte for et erstatningskrav, og dette samsvarer godt med det som er nevnt i dommen, nemlig at megler heftet etter ulovfestede regler om profesjonsansvar (dommens avsnitt 32).

Når partene forutsetningsvis skal hefte for samme skade, jfr. bruken av solidarregelen i § 5-3, må det legges til grunn at også selger heftet for et erstatningskrav. Når Høyesterett i andre sammenhenger har lagt til grunn at erstatningskrav og prisavslagskrav ikke er samme krav, ville det vært ryddigst for de senere resonnementer å legge til grunn at det var tale om et erstatningskrav.

Høyesteretts resultat er forenlig med en slutning om at megleren hefter for sin deliktsskade, han hefter altså utenfor kontrakt. Samtidig identifiseres selgeren med meglerens ferd etter kontraktshjelperansvaret som i dette tilfelle følger av avhendingslovens § 4-14 (2) jfr. også Rt. 2001 s. 369.

Selger (og megler) blir dermed ansvarlig for et erstatningskrav som tilsvarer forskjellen mellom kontraktmessig vares (gjenstand) egentlige verdi og kontraktgjenstandens verdi med mangel. Dette kan anses som et direkte tap i og med at kjøpslovens opprinnelige definisjon i kjl. § 67 (1) ikke var uttømmende, jfr. "herunder". Tapsposten svarer samtidig da til den beskrivelse av et "normaltap" som Sivillovbokutvalet foreslo for avhendingsloven. Departementet ville imidlertid av ulike grunner ikke følge opp dette forslaget, se om dette Ot. prp. nr. 66 (1990-91) s. 127 jfr. s. 49-50. Hovedgrunnen var at departementet av hensyn til forbrukerinteressene ville innføre en adgang til prisavslag som ikke forutsatte ansvarsgrunnlag på selgersiden. Denne omstendighet kan imidlertid ikke hindre at en skadelidt velger å kreve erstatning for et slikt normaltap når vilkårene for å kreve erstatning er til stede.

Å anse solidaransvaret mellom selger og megler for å gjelde et erstatningskrav vil gjøre det enkelt å tilpasse Meglerdommen til øvrige formuerettslige utgangspunkter. Jeg tror derfor Høyesterett lettere kunne ha begrunnet solidaransvar ved å fokusere på erstatningsansvaret og erstatningskravet alene.

4.3 Solidaransvar for prisavslagskrav og erstatningskrav

Som påpekt ovenfor, er det i strid med våre rettsregler å la noen hefte deliktelt for et prisavslag. Slik kan altså ikke kravet mot megleren være et prisavslagskrav. Hvis man anser kravet mot selgeren som et prisavslagskrav, må altså det solidaransvar man har lagt til grunn innebære at et erstatningskrav og et prisavslagskrav kan referere til samme skade

I så fall åpner man for et solidaransvar mellom prosessuelt sett ulike pengekrav som bygger på ulikt faktisk grunnlag, som beregnes på ulik måte og som kan resultere i ulik sum. Når det gjelder det siste; at summene er ulike, er dette som nevnt et mindre problem. Her kunne man tenke seg at solidaransvaret gjaldt så langt den minste summen rakk, enten denne var prisavslagskravet mot selgeren eller erstatningskravet mot megleren. Mer problematisk er det at summen bygger på et annet faktisk grunnlag, nemlig misligholdet av en kontrakt.

Kan man likevel anse prisavslagskravet og erstatningskravet for å gjelde samme skade? Det som taler for en slik slutning, er at også vanlig deliktelt solidaransvar kan bygge på ulike ansvarsgrunnlag.³⁹ En arbeidsgiver kan for eksempel være ansvarlig for en skade etter arbeidsgiveransvarsregelen mens en arbeidstaker er ansvarlig for samme skade etter culperegelen. Man kan i prinsippet også tenke seg at en eier av en innretning der arbeidet foregår er ansvarlig etter ulovfestet objektivt ansvar. Skaden på tredjemann kan være den samme, mens de ulike debitorer hefter for ulike faktisk bidrag til skaden. At situasjonen kan bli slik, har sammenheng med erstatningsrettens årsakslærer, nemlig at flere ulike betingelser kan være samvirkende (ikke uvesentlige) årsaksfaktorer til samme skade.

Når det faktiske grunnlaget for erstatningsansvaret kan være så ulikt som i eksempelet, kan dette taler for at en pengeforpliktelse bygget på en kontrakt kan ha samme status som en

³⁹ Dette impliseres også av formuleringen av Skl. § 5-3 nr. 1 "Flere som plikter ..." setter ingen krav til ansvarsgrunnlaget.

erstatningsforpliktelse. I mange situasjoner vil nemlig et erstatningskrav og et prisavslag langt på vei bygge på de samme faktiske rammer, nemlig selve misligholdet.

Et tredje argument for å godta solidaransvar mellom prisavslag og erstatning at det i forarbeidene til avhendingsloven er forutsatt at man bare kan kreve erstatning for det man ikke har fått kompensert gjennom prisavslagsregelen. Dette forteller oss at en betaling av prisavslag er *kompensasjonsrelevant* for erstatningsutbetalingen.⁴⁰ Dette er jo nettopp situasjonen og effekten ved et solidaransvar. Så langt skulle det ligge til rette for at man kan operere med et solidaransvar på tvers av grensen mellom kontrakt og delikt, og slik at den ene hefter for prisavslag og den andre hefter for et erstatningskrav. Meglerdommen er forenlig med en slik synsmåte.

På dette punktet bør imidlertid ikke Meglerdommen ha prejudikatsverdi utover tilfeller som gjelder prisavslag og erstatning på avhendingslovens område. En slutning om at gjensidighetsbeføyelser og erstatningskrav generelt kan være gjenstand for solidaransvar har vidtrekkende konsekvenser. Etter det jeg kan se, vil det utvide solidaransvarsregelens nedslagsfelt dramatisk, og slutningen vil ytterligere bidra til å utviske grensen mellom kontraktsansvar og deliktsansvar. En slik utvikling bør ikke finne sted med ett slag, men eventuelt komme over tid og skritt for skritt.

5 Valgrett uavhengig av solidaransvar

Uavhengig av diskusjonen om § 5-3 står vi overfor et problem ved at man også på annet grunnlag kan hevde at kjøper kan velge hvem han vil holde seg til.

Vårt fokus er den side av solidaransvaret som går på at skadelidte kan velge å gå på "hvem han vil" av dem som er erstatningsansvarlige overfor ham. Denne side av solidarregelen er etablert for å sikre at skadelidte får dekning for sitt tap. Men denne siden av solidarregelen var egentlig ikke aktuell i saken: Problemet var ikke spørsmålet om hvem som var søkegod.

I en slik situasjon kan det spørres om ikke erstatningsrettens materielle system (så vel som vårt prosessuelle system med fri søksmålsadgang), leder til samme resultat som solidaransvar. En skadelidte som er utsatt for en negativ effekt (en realskade), kan se seg rundt etter mulige

⁴⁰ Nærmere om begrepet kompensasjonsrelevans i *Askeland Del II* pkt. 2.1.4.

ansvarlige personer. Finner han to, hvor av den ene hefter i kontrakt og den annen utenfor kontrakt, er vårt utgangspunkt at skadelidte selv kan velge hvem han vil gå på. Han trenger egentlig ikke hjelp av skl. § 5-3 for å gjøre dette.

Vårt problem kan derfor omformuleres, slik at det ikke avhenger helt av diskusjonen om solidaransvar. Det er ikke slik at det *nødvendigvis* vil bli subsidiært ansvar dersom saken faller utenfor skl. § 5-3. Det eneste den ansvarlige megler ville ha oppnådd med å holde saken utenfor § 5-3 var at kjøper ikke kan påberope seg valgretten som en positiv rettighet med hjemmel i lov eller ulovfestede regler.

Men retten til å velge hvem man vil saksøke ligger allerede i den autonomi som et privat rettssubjekt generelt er tilstått i vår rettsorden, jfr. pkt. 2 ovenfor. Vårt system er bygget på at det enkelte rettssubjekt selv skal ivareta sine rettigheter gjennom å rette krav mot sine debitorer slik rettssubjektet selv finner det for godt.

Dommens problem er derfor primært å finne en begrunnelse for at kjøper *ikke* skal kunne gå direkte på megler, altså en rettslig begrunnet sperre for en alminnelig valgrett som ligger i systemet dels uavhengig av solidarregelen i skl. § 5-3. Hvis ikke det finnes positive holdepunkter for at skadelidte må saksøke den ene før han kan gå på den andre, vil skadelidte stå fritt. På dette grunnlaget vil det i praksis forkomme samme situasjon som ved et solidaransvar uavhengig av om skl. § 5-3 kommer til anvendelse.

Sett fra denne synsvinkelen har vi gjennom dommens prosedyre og premisser fått en del uttalelser om solidaransvaret som vi strengt tatt ikke hadde trengt. Problemet kunne ha vært omformulert til det helt enkle: Finnes det *skranker* for at skadelidte kan kreve megler for den sum denne er erstatningspliktig til å betale?

6 Skranker for valgrett?

6.1 Innledning

Hvis det foreligger solidaransvar, innebærer dette når intet annet er godtgjort, et *prinsipalt* solidaransvar. Skadelidte kan gå på hvem han vil av debitorerne og har for så vidt en uinnskrenket valgrett. Det finnes imidlertid mulige argumenter for at skadelidtes valgrett etter omstendighetene bør begrenses. Resultatet vil da bli at det gjelder et subsidiært ansvar;

skadelidte må først gå på A før han kan saksøke B. I slike tilfeller foreligger det altså en skranke for skadelidtes valgrett.

I meglerdommen ble det prosedert på at det fantes slike skranker uten at man nådde frem. I alminnelighet vil vel dette også være en konsekvens av at det er etablert et positivt solidaransvar. Det kan likevel være nyttig å presentere ulike mulige skranker for valgretten. Slik kommer det klarere frem hvilke formuerettslige institutter som i virkeligheten trues av en uinnskrenket valgrett. Og man kan tenke seg at det i fremtiden kan forekomme tilfeller hvor det bedre ligger til rette for å bygge på en slik skranke for valgretten, og at en slik argumentasjonsmåte faktisk leder til subsidiært ansvar.

6.2 Obligasjonsrettens system som grunnlag for subsidiært ansvar

En mulig skranke for valgretten kan ligge i *obligasjonsrettens system*. I teorien er en mulig slik begrunnelse for et subsidiært ansvar formulert slik:

"Den egentlige debitor hæfter umiddelbart i kraft av kontrakten, mens tredjemanden, der hæfter efter deliktsregelen, kun er ansvarlig for det tab medkontrahenten lider ved debitors misligholdelse" (Gomard s. 83).

Denne innfallsvinkelen har medført at det tidvis er lagt til grunn et subsidiært ansvar i dansk rett, se som eksempel UfR 1952 s. 712 H.

Gomard betegner denne innfallsvinkelen som "konstruktiv", antagelig fordi synsmåten forutsetter at man legger til grunn en spesiell oppbygning av formueretten. Dette kan utdypes slik: Man kan se obligasjonsretten var et lukket system som trer i kraft hvor et rettssubjekt gjør rettigheter gjeldende i forbindelse med en kontrakt han har inngått. Dette systemet omfatter ulike gjensidighetsbeføyelser som sørger for at det blir balanse mellom ytelsene i kontrakten. Et systemorientert betraktning kan være at disse gjensidighetsbeføelsene overfor kontraktsdebitor må uttømmes før man kunne bruke erstatningsansaksjonen.

Megleren i vår sak hefter som nevnt utenfor kontraktsforhold. Men hans skadeforvoldelse overfor kjøper inntre bare gjennom kontrakten og de til kontrakten tilknyttede forventninger, jfr. pkt. 1 ovenfor. Kontraktens ubalanse var således en forutsetning for at skadelidte får et økonomisk tap.

Den nevnte innfallsvinkelen vil også tilfredsstillende en spesiell logikk knyttet til det *tidsmessige* aspektet ved konflikthåndteringen: Det erstatningsrettslige tapet oppstår først etter at man har brukt gjensidighetsbeføyelsene uten hell.⁴¹ Før man har uttømt gjensidighetsbeføyelsene, har man ikke blitt utsatt for et økonomisk tap.⁴²

En slik forståelse ville også samsvare godt med systemet i våre obligasjonsrettslige lover, se for eksempel kjøpslov og avhendingslov. Erstatningssanksjonen kommer i begge lovene etter en katalog av gjensidighetsbeføyelser.

Bestemmelsene om prisavslag ved mangler (jfr. avhl. § 4-12 og kjl. § 38) er plassert etter rettingsbestemmelsene (jfr. avhl. § 4-10 og kjl. § 34) og før hevningsbestemmelsene (jfr. avhl. § 4-13 og kjl. § 39). Først deretter kommer en regel om erstatning, se avhl. § 4-14.

Systemet er altså at man først forsøker å få gjensidighet og likhet mellom kontrakttytelsene. Bare hvis dette ikke lykkes, kan det bli spørsmål om å kreve erstatning for tapet misligholdet har påført kjøper. Det finnes også uttalelser i forarbeidene som tyder på at lovgiver tenker seg en slik rekkefølge i sanksjonsbruken: Først gjensidighetsbeføyelser, så erstatning.

Det har i denne sammenheng en viss interesse at man under forarbeidene til avhendingsloven bevisst valgte bort et forslag om å la prisavslagsregelen erstattes av en erstatningsregel, se punkt 4.2 ovenfor. Man lovfestet tvert imot en prisavslagsregel, som etter alt å dømme ble forutsatt å skulle anvendes før det kunne bli tale om erstatning. Jeg viser til Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 49-50, men særlig til et sitat fra s. 108, nederst på siden. Her fremgår det at man tenkte seg prisavslag som den primære sanksjonen, erstatning som den sekundære:

”Prisavslag hindrer i prinsippet ikke kjøperen i å krevje skadebot dersom vilkåra for skadebot ligg før. Kjøperen vil likevel ikkje ha krav på skadebot for den delen av tapet som vert dekt ved prisavslaget.”

Synspunktet er altså at erstatningssanksjonen bare bør komme inn i bildet når gjensidighetsbeføyelsene ikke fører fram. Gjensidighetsbeføyelsene er altså tiltenkt en annen funksjon enn erstatningsreglene.⁴³ Dette kan det være grunn til å respektere, i alle fall når kjøpers bortvalg av gjensidighetsbeføyelsen medfører ugrunnet berikelse for noen av de

⁴¹ En utdykning av dette argumentet finnes i *Kleven* s. 10-11, jfr. også *Kleven, Meglerdommen* s. 37.

⁴² Se bl.a. dom fra Trondheim Byrett av 26. januar 1996, referert i *Kleven* s. 9

⁴³ Se om forskjellen på gjensidighetsbeføyelser og erstatning hva gjelder funksjon, *Krüger, Kjøpsrett* s. 433.

involverte og generelt sett lite ønskelig resultater som belønner spekulasjon, jfr. pkt. 7 nedenfor. Alt dette skulle tale for at man etablerer et subsidiært ansvar for medhjelper i denne aktuelle saken.⁴⁴

Slike systembetraktninger har imidlertid lite støtte i tradisjonen. En undersøkelse av de historisk toneangivende fremstillinger av obligasjonsretten viser ingen slik systematikk.⁴⁵ Forfatterne er nokså løse i sin tilnærming mht. forholdet mellom erstatning og kontrakt. Gjensidighetsbeføyelsene blir ikke holdt ut som et eget felt som skilles fra erstatningen. Oftest er det tale om å kreve erstatning for *oppfyllelsesinteressen*, en tilnærming som fanger inn den tapsposten som evt. kunne ha vært gjenstand for prisavslag.

Symptomatisk for den eldre tilnærming er Julius Lassens obligasjonsrett. Han taler om å kreve oppfyllelsesinteressen, altså en erstatningsorientert tilnærming. I denne forbindelse er han inne på en form for erstatning som ligner prisavslag i sin rene form, men som likevel skiller seg litt fra instituttet: han taler om å kreve ” ... Forskjellen mellom den Verdi, som Ydelsen vilde have uden den paagieldende mangel, og den som den faktisk har...” (s. 505). Som det fremgår, er dette et erstatningskrav idet det tar utgangspunkt i den faktiske verdi og ikke den avtalte kontraktssum, jfr. *Augdahl*, se særlig s. 184 note 9, hvor det fremgår at man kaller erstatning det som er verdidifferanse og at dette er en annen post enn prisavslag. Det er da tale om oppfyllelsesinteresse, altså et begrep som fanger inn den samme tapspost som prisavslag. Se også *Lassen* s. 412-413.

Det systematiske skille mellom obligasjonsrett og erstatningsrett vanskeliggjøres også av at prisavslagskrav er et langt yngre institutt enn erstatningskrav. Den tanke at et mislighold fra naturaldebitors side kunne møtes med et prisavslag ble i følge *Augdahl* innført med kjøpsloven.⁴⁶ I Meglerdommen var det systematiske argumentet påberopt (avsnitt 16). Det ble imidlertid av Høyesterett nokså enkelt og nærmest implisitt tilbakevist gjennom etableringen av et prinsippalt solidaransvar på tvers av skillet mellom kontrakt og delikt (avsnitt 36-40). Selv om Høyesteretts begrunnelse på dette punktet kunne ha vært mer utfyllende, taler meglerdommen klart nok mot å legge vekt på det systematiske argumentet. Etter dette rekker ikke det systematiske argumentet altså ikke særlig langt, og neppe langt nok til i seg selv å begrunne subsidiært ansvar.

⁴⁴ Se *Kleven* og *Kleven, Meglerdommen*.

⁴⁵ Se blant annet *Hallager/Aubert, Jul. Lassen, Arnholm, og Augdahl*.

⁴⁶ *Augdahl* s. 184.

Et kritisk punkt i forhold til Høyesteretts avvisning av det systematiske argumentet er spørsmålet om økonomisk tap. Mange vil hevde at det ikke foreligger et kvalifisert økonomisk tap så lenge skadelidte ikke har forsøkt å oppnå balanse i kontrakten gjennom prisavslag. Denne synsmåten elimineres imidlertid med logisk nødvendighet av den konstruksjon som ligger i at megleren blir erstatningsansvarlig på deliktuet grunnlag. Hvis man først anerkjenner at tap i en kontrakt kan være gjenstand for et deliktuet erstatningskrav, blir det vanskelig å bygge inn en forutsetning om at andre skadevoldere må kreves først. Anerkjenner man ansvarsformen, anerkjenner man også det økonomiske tap. Meglerens ansvar refererer seg jo til det forhold at skadelidte fikk en naturalgjenstand av lavere verdi enn det han hadde forutsatt ved kontraktsinngåelsen. Og dessuten: Vi har lang tradisjon for at erstatningskrav i kontraktsforhold beregnes ut fra "oppfyllelsesinteressen". Dette er en beregning som omfatter det tap forskjellen mellom kontraktsmessig vare og ikke kontraktsmessig vare representerer. Slik legges det til grunn at et økonomisk tap foreligger selv om det er mulig å få dekket deler av tapet gjennom prisavslag.

Et uttrykk for den nevnte obligasjonsrettslige tankegangen finner vi imidlertid i Dittendommen Rt. 1997 s. 231. Denne dommen legger også til grunn subsidiært ansvar, og man kunne derfor tenke seg at dommen representerte en skranke for skadelidtes valgrett. Dommens faktum er en smule innviklet, men det viktige for oss er som følger: Byggherren hadde engasjert en byggeleder og en entreprenør. Entreprenøren unnlot på uaktsomt vis å avstive en grøft under utgravning slik at det ble utrasing. Byggelederen var muligens uaktsom i sin kontroll av entreprenøren på dette punktet, men dette trengte ikke Høyesterett å ta stilling til. Det ble nemlig lagt til grunn at byggherren ikke hadde noe krav mot byggelederen før man hadde krevd at entreprenøren utførte den retting som måtte til for å fullføre entreprenørens kontraktsprestasjon. Byggelederens ansvar ble ansett subsidiært i forhold til den utbedringsplikt som gjaldt i kontrakten mellom byggherre og entreprenør.

Prinsipielt kan altså dommen oppfattes som en påpekning av at hoveddebitor må saksøkes først, før man kan gå på eventuelle andre ansvarlige. Men her ligger en viktig forskjell til vår sak, som bare er antydning fra Høyesteretts side i avsnitt 42: Det gjaldt et kontraktsforhold direkte mellom byggherre og byggeleder, og dette kontraktsforholdet hadde som forutsetning kontraktsforholdet mellom byggherre og entreprenør. Det var altså ikke tale om kontraktshjelperansvar, og dermed svekkes dommens overføringsverdi betraktelig. Jeg viser til den sontringen jeg ovenfor har gjort mellom ulike kontraktsstrukturer.

Jeg velger å tolke Høyesteretts knappe premisser slik at det var ulikheten i partskonstellasjonen som var avgjørende for at Ditten dommen ikke fikk avgjørende innvirkning på meglerdommens problemstilling. Når man ser på den klare forskjellen på dette

punktet, kan Høyesterett vanskelig angripes for ikke å ha lagt avgjørende vekt på dommen.⁴⁷ Jeg vil imidlertid ikke utelukke at Ditten-dommen kan ha betydning på andre områder hvor det opptrer en innleid tjenesteyter og en form for kontrollør av denne, altså hvor partskonstellasjonen er den samme.

6.3 Reklamasjonsinstituttet som skranke for valgrett

Avsnitt 49 i Meglerdommen gjelder en anførsel fra meglers side om at dersom man tillater skadelidtes valgrett, vil reklamasjonsreglene i forholdet mellom selger og kjøper undergraves. For hvis skadelidte kan saksøke megler utenfor kontrakt, trenger han ikke respektere reklamasjonsfristene i kontrakt. Selger vil på sin side kunne oppleve å bli avkrevd regress etter at reklamasjonsfristen er utløpt.⁴⁸

Denne problemstillingen berører en flik av et stort lerret, nemlig forholdet mellom erstatning i og utenfor kontrakt. I ulike rettsordninger har man avskåret retten til å saksøke for deliktsskade når vilkårene for saksøke i kontrakt foreligger. I fransk rett har man eksempelvis det utgangspunkt at skadelidte ikke kan velge å saksøke i delikt dersom et forhold rammes av kontraktsreglene, jfr. den såkalte "non-cumul"-doktrinen. Dette er begrunnet med en respekt for avtalefriheten, man skal ikke undergrave de vilkår partene har blitt enige om gjennom deliktssøksmål. I andre land, så som i Tyskland og England, opererer man derimot med en *konkurrenslære*.⁴⁹ Innholdet i denne er at skadelidte står fritt til å velge det regelsett som gir ham det beste utfall.⁵⁰

I nordisk rett har man sett nokså pragmatisk på spørsmålet og det er derfor i nordisk rett hevdet at man ikke kan etablere en generell valgrett, men at hvert spørsmål må undersøkes for seg.⁵¹ I norsk rett har man lagt til grunn en variant av konkurrenslæren. Vi har lang tradisjon for at skadelidte kan velge det regelsett som for ham er mest fordelaktig.⁵² En slik valgrett er for eksempel forutsatt i forarbeidene til kjøpsloven, se Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 26. Her er

⁴⁷ Jfr. Lilleholt, som oppfatter Dittendommen som lite prinsipiell og vidtrekkende (se Lilleholt s. 544-547)

⁴⁸ Se om dette problemet *Kleven, Meglerdommen* s. 38

⁴⁹ Se om den tyske konkurrenslæren, *Ulfbeck* s. 102-103. Også i engelsk rett har man operert med en lignende lære.

⁵⁰ Se *Ulfbeck* s. 104.

⁵¹ *Gomard* s. 74.

⁵² Se for eksempel Lilleholt, *Om tingsskade* s. 175 og *Nygaard* s. 65.

utgangspunktet at skadelidte kan velge om han vil saksøke etter kjøpsloven eller etter deliktsregler om produktansvar.

Kai Krüger bryter imidlertid med et slikt synspunkt idet han hevder at man i kjøpsretten sperrer skadelidtes mulighet til å saksøke etter deliktsreglene for å komme utenom reklamasjonsfristene i kontraktsregelsettet.⁵³ Han hevder således at det foreligger en sperre mot deliktssøksmål i kjøpsretten, dog er synspunktet ikke nærmere begrunnet.⁵⁴ For svensk rett fremgår det av *Hellner/Johansson* at hovedregelen i svensk rett er at man ikke kan saksøke utenfor kontrakt fordi dette er mer fordelaktig enn å saksøke i kontrakt.⁵⁵ Forfatterne peker likevel på at hvert spørsmål må løses for seg.⁵⁶

Men ingen av disse uttalelsene gjelder *tredjemannsrelasjonen*, som jo er den aktuelle i relasjon til spørsmålet om subsidiært ansvar og meglerdommens problemstilling. I forholdet mellom skadelidte og megler består det jo ingen kontrakt. Synspunktet om respekt for avtalens risikofordeling står derfor langt svakere, og antagelig har skadelidte full valgrett på dette punktet til tross for at selgerens reklamasjonsvern kan bli undergravd av regress. Denne oppfatningen deles av den danske forfatter Ulfbeck, som fremhever at konkurrenslæren har sin viktigste funksjon i tredjemannsrelasjonen.⁵⁷ I toneangivende juridisk teori slås det også uten videre fast at utgangspunktet i norsk rett er at man kan saksøke debitors kontraktshjelpere for deliktsansvar ved simpel uaktsomhet.⁵⁸ Høyesteretts korte avvisning av argumentet knyttet til reklamasjon bestyrker et slikt syn, men begrunnelsen kunne godt ha vært fyldigere.

Endelig synes ikke oppfatningen å ha støtte i nyere teori om denne problematikken, se særlig *Ulfbeck* s. 200-201.⁵⁹

⁵³ *Krüger, Foreldelse* s. 135-149.

⁵⁴ Det står også i en viss motstrid med de utgangspunkter man kan utlede av forholdet mellom kjøpslov og produktansvar, hvor altså valgrett er antatt i forarbeidene NOU 1980:29, s. 109 og Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 26 og Ot. prp. nr. 48 (1987-88), s. 65. Uttalelsen er gjentatt i forarbeidene til kjøpsloven, se Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 25-26.

⁵⁵ *Hellner/Johansson* s. 91

⁵⁶ *Hellner/Johansson* s. 90

⁵⁷ *Ulfbeck* s. 119.

⁵⁸ *Hagstrøm* s. 809-810

⁵⁹ Her bør bemerkes at partskonstellasjonene som behandles av Ulfbeck ikke fullt ut er identiske. Forfatteren forutsetter at A vernes av reklamasjonsregler i sin kontrakt med B, mens C så saksøker A etter deliktsreglene gjennom et såkalt direktekrav. I meglerdommen gjelder spørsmålet om C kommer utenom sin reklamasjonsplikt overfor B ved å saksøke B's hjelper A etter deliktsreglene.

Konklusjonen blir etter dette helst at Høyesterett til tross for sin korte begrunnelse har gjort et rettspolitisk valg: Reklamasjonsinstituttets uthuling er ikke et alvorlig nok problem til å sette en sperre for skadelidtes valgrett.

6.4 Manglende regressrett som skranke for skadelidtes valgrett

6.4.1 Valgrett forutsetter regress

Som nevnt i pkt. 2 ovenfor består det et visst integrert forhold mellom skadelidtes valgrett og de solidardebitorenes regressrett: Valgretten forutsetter et stykke på vei regress, fordi valget ellers kan lede til uheldige eller urettferdige resultater. Dette integrerte forholdet kan på en noe finurlig måte anvendes som en begrunnelse for innskrenket valgrett og dermed et subsidiært ansvar. Dette argumenter knytter an til en situasjon hvor den nevnte forutsetningen svikter: Den som avkreves penger i medhold av valgretten har *ikke* regress mot de andre solidaransvarlige. Dermed vil valget endelig plassere tapet hos den ene av solidarskyldnerne. Hvor en slik plassering av tapet er urimelig eller uheldig, kan det argumenteres for at valgretten nettopp bør innskrenkes i disse tilfellene, og at dette bør gjøres ved å etablere et subsidiært ansvar.

En bekreftelse på dette forholdet mellom valgrett og regress ligger i Lilleholts begrunnelse for at spørsmålet om subsidiært ansvar ikke er viktig: "Godtek ein at ... medskyldnaren ofte har full regress, er spørsmålet om hefteform redusert til dei dimensjonane det bør ha" (*Lilleholt* s. 550). Jfr. også følgende passus: "Spørsmåla kring hefteform og regress heng saman: Dei grunnane som talar for subsidiært hefte, kan tala for at medskyldnaren skal ha regress dersom hefteforma er prinsipal"(loc. cit).

Denne synsmåten kan utdypes ved å vise til våre utviklede regler om forholdet mellom ettergivelse av en solidarskyldner og spørsmålet om hans medskyldneres regress. En ettergivelse er på mange måter en aksentuert utøvelse av skadelidtes valgrett. Gjennom ettergivelsen foretar debitor et positivt valg av hvem som ikke skal bære tapet.

I alminnelighet godtas valgrett og herunder en rett for skadelidte til å ettergi gjeld overfor den ene solidardebitor *fordi* den som blir valgt vil ha sin regressrett i behold:⁶⁰ Skadelidte vil

⁶⁰ Lilleholts skepsis mot subsidiært ansvar er dels begrunnet med at regressomgangen vil sikre rimelige reusltater, jfr. *Lilleholt* s. 550. øverst.

derfor ikke kunne ettergi overfor den ene på en slik måte at det går utover den andre. Dette ligger bak flere av de reglene om ettergivelse som Hagstrøm behandler. Hagstrøm formulerer dette bl.a. slik (s. 783):

”Skal A og B i det innbyrdes oppgjør bære hver sin del av gjelden, må ... en ettergivelseserklæring overfor A regulært medføre at kreditor overfor B ikke kan gjøre krav på mer enn den del som i det innbyrdes forhold skulle ha vært båret av B selv.”

Jfr. også *Kröger* s. 92:

”Skal ettergivelsen ha den tilsktede virkning, må man rimeligvis legge i den at debitor heller ikke skal rammes med regresskrav fra medforpliktete. Derfor må en ettergivelse tolkes dit hen at solidaransvarerne fritas i samme grad som de taper regressrett”

Regressreglene sikrer altså normalt den andre solidaransvarliges rettslige posisjon vis å vis den som har fått ettergitt sin forpliktelse. For å si det med Høyesterett i meglerdommen avsnitt 45: ”Når skyldnere er solidarisk ansvarlige, er retten til regress et naturlig - og nødvendig - supplement.”

Men i meglerdommen har ikke den andre solidaransvarlige nødvendigvis regressrett. Spørsmålet om hvorvidt megleren har regress er på domstidspunktet høyst usikkert. Regressretten kan derfor kanskje ikke brukes til å sikre en rettferdig løsning i forholdet mellom megler og selger. Når skadelidte ettergir overfor selger og går bare på megler, står megleren uten midler til å rette opp forholdet mellom ham og selger gjennom et regressøksmål. Og regressreglene gir ikke megler noe vern av den type som er nevnt ovenfor. Dermed får ettergivelsen overfor selger den konsekvens at hele tapet plasseres på megler, *selv om dette har preg av et tilfeldig valg*, jfr. det som ble nevnt innledningsvis i pkt. 2.

Denne omstendighet er et argument for å innføre et subsidiært ansvar i disse sakene. Et subsidiært ansvar ville ha sikret megleren rettferdig behandling i forholdet til selger på samme måte som reglene om regressens betydning for ettergivelsen ville ha vernet ham dersom han hadde hatt regress. Slik det nå ble, fikk nemlig selgeren en helt ubegrunnet vinning via kjøperens erstatningskrav.

Men dette resonnementet synes ikke Høyesterett å være med på i det hele tatt. Og når regress er brakt på bane gjør Høyesterett et stort nummer av viktigheten av regress, selv om det altså er høyst tvilsomt om det vil foreligge regress i forholdet mellom megler og selger.

Problemstillingen knyttet til manglende regress blir ikke egentlig drøftet i dommen, jfr. den angriperlige formulering i avsnitt 46.

”Jeg kan ikke se at det foreligger hensyn som taler for at meglerens ansvar bør være subsidiært i forhold til selgerens. Når en megler har utvist erstatningsbetingende uaktsomhet, kan jeg ikke se at det er avgjørende argumenter mot at han skal hefte prinsipalt solidarisk overfor kjøper. Ankende part har vist til at selger urettmessig kan sitte igjen med en større kjøpesum enn han har krav på. Som det fremgår, mener jeg at en megler i utgangspunktet har rett til regress mot selger.”

Å peke på at megler i utgangspunktet har regress mot selger er strengt tatt ikke en fullgod turnering av Meglerdommens problem. Det var usikkert om det var grunnlag for regress (se nedenfor), og da måtte Høyesterett helst ha tatt stilling til regress-spørsmålet prejudisielt. Alternativt måtte Høyesterett ha tatt ansvar for å begrunne det resultatet man landet på: Prinsipalt ansvar til tross for at regress-spørsmålet er usikkert. Etter min oppfatning er dommens begrunnelse på dette punktet ikke så god som man kunne ønske.⁶¹

6.4.2 Kort om fordelingen i regressomgangen

Vi skal kort se på grunnlaget for min påstand om at det var usikkert om regress-spørsmålet ville føre frem: Spørsmålet om i hvilken grad megleren vil få medhold i et krav om solidarregress må avgjøres etter retningslinjene i skl. § 5-3 ”ansvargrunnlaget og forholdene ellers” eller et lignende vurderingstema.

Et regresskrav for megleren bygget på solidaransvar vil antagelig ikke kunne føre frem fordi det er vanskelig å påvise skyld hos selger.⁶² Jeg viser i denne forbindelse til at spørsmålet om regress mellom solidaransvarlige i høy grad avhenger av om påstått regressansvarlige har utvist skyld, jfr. skl. § 5-3nr. 2.⁶³ Regress vil også vanskelig kunne legges til grunn som følge av prinsippet om at den aktive skadevolder som utgangspunkt skal bære hele tapet jfr.

Hagstrøm s. 695, jfr. også Motiver til strl. ikrl. s. 62. Hvor det foreligger solidaransvar der

⁶¹ Jeg viser på dette punkt til *Bergsåker* s. 11, som påpeker at det er uklart hvordan Høyesteretts uttalelse om ret til regress ”i utgangspunktet” skal forstås, og drøfter mulige slutninger fra utsagnet.

⁶² Som nevnt i note 2 deltok ikke selgeren i selve salgsoperasjonen.

⁶³ Se om skyldens betydning for solidarregressen, *Askeland, Tapsfordeling* Del III pkt. 4.4.3 og pkt. 4.4.4.

den ene av de ansvarlige hefter aksessorisk, er forarbeider og teoretiske utsagn nokså klare på at det ikke blir regress.⁶⁴

På dette punkt kan det imidlertid tenkes at det kan vektlegges at den ene av de ansvarlige har hatt en *winning* av skaden. At partenes winning har hatt betydning for regressfordelingen ser vi eksempler på i fremmed rett, særlig engelsk rett.⁶⁵ Det har imidlertid ennå ikke eksplisitt blitt anvendt som et argument under regressfordelingen i norsk rett.⁶⁶ Det er således mulig at det i en tenkt sak om regress mellom selger og megler ville vært rom for å fravike den noe kategoriske holdningen som kommer til uttrykk i Hagstrøm og de nevnte forarbeidene.

Nå er det ikke slik at jeg mener at den manglende regress i seg selv kunne begrunnet subsidiært ansvar. Men problemutviklingen knyttet til manglende regress kunne ha vært brukt som en innfallsvinkel til å angripe det problem som lå i den ugrunnede berikelse. Og sammen med andre argumenter kunne denne synsvinkelen ha ledet til subsidiært ansvar, se nedenfor i avslutningskapittelet.

6.5 Skadelidtes tapsbegrensningsplikt som skranke for valgrett?

Megleren anførte subsidiært at det lå under skadelidtes tapsbegrensningsplikt å kreve penger av selger før man gikk på megler. Dette var ikke en anførsel som var knyttet til det subsidiære ansvar.

Høyesterett avviste dette med en henvisning til at ansvaret var solidarisk, se avsnitt 48. Poenget var antagelig at det ikke kunne ligge innenfor tapsbegrensningsplikten å velge den ene eller annen så lenge ansvaret var solidarisk. Også her ble det skadelidtes valgrett som ble avgjørende. Dette tror jeg er et akseptabelt standpunkt, men det kan sies mer om problematikken.

La oss se nærmere på problemet: Kunne egentlig kravet om at skadelidte først måtte kreve prisavslag av selgeren hjemles i en tapsbegrensningsplikt?

⁶⁴ Se om holdepunktene for en slik fordeling, *Askeland* Del III pkt. 5.3.

⁶⁵ Se *Mitchell* s. 199-203.

⁶⁶ Dog er Smith (*Smith, Solidaritet* s. 396-397, petitavsnittene) inne på beslektede synspunkter, idet han vil legge vekt på hvilken økonomisk interesse skadevolderne hadde i den aktivitet som førte til skade.

Skadelidtes plikt til tapsbegrensning kan oppfattes som en alminnelig erstatningsrettslig regel, som tidvis kommer til uttrykk i lovregler og praksis. Et eksempel er § skl. § 3-1 annet ledd som sier at skadelidte plikter skaffe seg "arbeid som med rimelighet kan ventes av ham". Normalsituasjonen ved tapsbegrensning er at realskaden har inntrådt, og skadelidte må gjøre hva han kan for å begrense tapets omfang. Vannet flommer utover gulvet. Han må stenge sprekken i røret og tørke opp for å begrense skaden. En annen variant av tapsbegrensningsplikt er at skadelidte må velge billige løsninger. Den som har fått skadet bilen sin kan for eksempel måtte bruke offentlige transportmidler i avsningsperioden for å begrense tapet som skal erstattes, jfr. *Leiebildommen Rt. 1992 s. 1469*. Felles for disse situasjonene er at selve omfanget av tapet realskaden representerer reduseres.

Dersom det ble lagt til grunn at skadelidte hadde plikt til å kreve den ene av de ansvarlige først, kunne det prinsipielt tenkes at den som ble avkrevd erstatning hadde regress mot andre solidaransvarlige. Da ville ikke tapet realskaden representerer egentlig ha blitt mindre, men tvert imot være *like stort* i regressomgangen. Den omstendighet at den betalende kunne kreve regress for alt vedkommende betalte, viser at det institutt vi her står overfor eventuelt er et helt annet enn tapsbegrensningsplikt, som jo forutsetter at selve tapets omfang blir mindre. Det handler om *hvem* som skal dekke et tap som allerede er der, det handler ikke om å redusere selve tapet som initialt har rammet skadelidte. Hvis selger dekker tapet, reduserer det den del megler skal dekke, men dette er noe annet enn tapsbegrensningsplikt.

Et alminnelig utgangspunkt bør være at skadelidte selv bestemmer om han vil utnytte sine muligheter til å få dekket sitt tap. Også her står vi altså overfor skadelidtes valgrett i sin rene form. Men på enkelte områder er det etablert skranke for en slik valgrett. Vi har blant annet i loven visse unntak fra det alminnelige utgangspunkt, spesielt vedrørende personskader. I skl. § 3-1 tredje ledd første punktum forutsettes det at skadelidte tar imot de trygdeytelser som er kompensasjonsrelevante. Skadelidte kan ikke avslå trygden og i stedet kreve det samme beløpet av skadevolder. Videre: Hvis en personskadelidte mottar offentlige naturalytelser i form av omsorg i institusjon har han etter *Skolanddommen Rt. 1993 s. 1547* erstatningsrettslig sett plikt til å ta imot dette som en del av erstatningen, se *Nygaard* s. 92, jfr. også *Askeland, Regressavskjæring* s. 48.

Dette er ikke egentlig et utslag av tapsbegrensningsplikt, men snarere tale om lovgiverskapte eller domstolsskapte regler om reduksjon av den summen skadevolder skal betale til skadelidte. Lovgiver eller domstoler har bestemt at denne delen av skadelidtes tap skal dekkes av det offentlige, mens en annen del av tapet skal dekkes av skadevolder. Denne bestemmelsen utgjør like fullt et inngrep i skadelidtes valgrett mht. dekningssubjekt.

Denne typen ytelser kunne i prinsippet være gjenstand for regress. Lovgiver avskaffet imidlertid regresretten for trygdeytelser i 1970. I regressavskjæringsdommen i Rt. 2003 s. 1601 ble det fastslått at det offentlige ikke har regress mot skadevoldersiden for denne typen utgifter eller tapsdekning.

Jeg tror at en eventuell regel om at skadelidte pliktet å utnytte obligasjonsrettslige regler til sikring av balansen i et kontraktsforhold eventuelt måtte bli en slik kanaliseringsregel eller tapsfordelingsregel og ikke et spørsmål om tapsbegrensningsplikt. Vi har imidlertid ikke holdepunkter i lovgivning eller i rettspraksis for en slik kanalisering.

6.6 Oppsummering vedrørende skranker for valgrett

Vi har nå gått igjennom en rekke rettslige innfallsvinkler som hver for seg kan brukes som et argument for at skadelidtes valgrett bør begrenses, men ingen av dem er overbevisende nok til at det er naturlig å si at høyesterettsdommens resultat er galt. Samtidig er det utilfredsstillende at dommen ender i at penger flyttes fra megler til selger og at selger således får en ugrunnet berikelse. Jeg skal avslutningsvis komme med noen refleksjoner over dommens resultat og grunnene til at resultatet ble som det ble.

7 Refleksjoner over meglerdommens resultat og begrunnelse

Det er særlig to punkter ved meglerdommens resultat som etter min oppfatning er uheldige: For det første ender vi opp med en ugrunnet flytting av en pengesum fra megler til selger. For det annet er jeg redd for at dommens resultat kan lede til en form for spekulasjon fra selgers side.

La oss ta det siste først: Dommen kan åpne for at selger spekulerer i at megleren blir saksøkt for eventuelle mangler som følge av opplysningsvikt. Vil ikke dommens resultat lede til at selger har all grunn til å unnlate å opplyse om mangler til megler? Det vil nemlig være fordelaktig for den presumptivt ukyndige selger å unnlate å opplyse om mangler ved eiendommen og på denne måten i realiteten jekke opp kjøpesummen på eiendommen sin. For alle mangler som megleren ikke oppdager og som kjøper senere kan reklamere på vil bringe penger i kassen til selgeren. Han kan trygt "gamble" på at han får høyere betaling for en eiendom enn det eiendommens kvalitet tilsier. I verste fall kan han måtte betale prisavslag. Men hvis han tipser kjøperen om å gå på eiendomsmegleren, slipper han med i høyden å betale halv regress etter regelen om solidaransvar ved skade voldt av flere.

Det andre problemet er altså at penger ugrunnet flyttes til selger. I norsk rett har vi visse holdepunkter for at den som får en ugrunnet berikelse på en annens bekostning, må tilbakeføre berikelsen til den andre, se generelt om dette *Hagstrøm* s. 662-668. Prinsippet er noe konturløst, men har ulike rettslige holdepunkter, både i lov (for eksempel Åndsverkslovens § 55) og i rettspraksis (for eksempel Rt. 1981 s. 1215). Det er uklart hvor langt prinsippet rekker, men vi kan i alle fall legge til grunn at vi i norsk rett har et særskilt institutt som søker å reparere den omstendighet at et rettssubjekt uten grunn profitterer på en annens bekostning. Å etablere subsidiært ansvar i tilfeller hvor skaden korresponderer med en ugrunnet vinning på skadevoldersiden ville ha forfulgt samme formål som reglene om restitusjon av berikelse. Det kunne i lys av dette ha vært ønskelig med en mer helhetlig og prinsipiell drøftelse av det resultat dommen leder til. Anførselen om ugrunnet berikelse blir i stedet avvist etter en nokså kort og "stemoderlig" behandling (avsnitt 46).

Dommens tilnærming på dette punktet kan hevdes å være "fragment-orientert". Med denne betegnelsen mener jeg at rettsanvenderen konsentrerer seg om den juridiske materien punkt for punkt, fragment for fragment, og gjerne slik at punktene så langt mulig turneres ved bruk av positivt rettskildemateriale, så som forarbeidstekster. Med en slik tilnærming kan man tilbakevise den ene anførsel etter den andre uten at man på noe punkt egentlig ser hele saken i sammenheng.⁶⁷ Med denne tilnærmingen får leseren av dommen ingen fokusert konfrontasjon mellom de anvendte regler og det forhold at selgeren får en ugrunnet berikelse. Hvis det nå ikke kan legges til grunn regress mellom megler og selger jfr. pkt. 6.4.2 ovenfor, svikter

⁶⁷ Man kan undres om det nye systemet med nummererte avsnitt egnet til å forsterke denne tendensen til fragmentert tilnærming til sakens problem.

forutsetningene for Høyesteretts resonnement. Samtidig vil vi blir stående igjen med et resultat som er vanskelig å forene med alminnelige rettferdighetsoppfatninger.

Uavhengig av denne milde kritikken av dommens begrunnelse, kan det være gode grunner til å akseptere dommens resultat. At løsningen på sakens spørsmål ble å legge til grunn prinsipielt solidarisk ansvar, kan ses som en pris vi betaler for forutberegnelighet i rettsanvendelsen. Det ville ikke ha vært lett for Høyesterett å overskue konsekvensene av å innføre en regel om subsidiært ansvar for kontraktsmedhjelpere. Å etablere en slik regel ville antagelig hatt konsekvenser for kontraktshjelperkonstellasjoner på en rekke ulike livsområder som er regulert av vår alminnelige formuerett. Av tidsmessige og praktiske grunner måtte Høyesterett eventuelt ha innført regelen uten noen nærmere undersøkning av dens funksjonalitet for andre livsområder og kontraktstyper. Det er forståelig at Høyesterett vek tilbake for å gjøre et slikt grep. Selv om en dommer bør søke det konkrete rettferdige resultat, kan ikke dette gjøres med alle midler og for enhver pris. Det ble derfor den mest nærliggende løsning å falle tilbake på de mest utbredte positive reglene på området. Her spilte det nok inn at megleren tross alt hadde utvist culpa..

Det kan nok også ha spilt inn at det ikke var full korrelasjon mellom det urettferdige i den ugrunnede berikelse og dommens partskonstellasjon eller søksmålsvinkel. En del av saksøkers prosedyre i å argumentere for subsidiært ansvar fordi prinsipielt solidaransvar ville lede til ugrunnet berikelse. Det var imidlertid vanskelig å få dette inn i etablerte rettsregler. Det hele ble veldig komplisert. En del av dette lå i at urettferdigheten bestod mellom de to partene megler og selger, mens de reglene som kom til anvendelse gjaldt tre parter, altså ikke bare megler og selger, men også kjøper/skadelidte. Det alternative resultatet ville ha ledet til at kjøper ble sittende med tapet, og det ville vel ha vært like urimelig. Dommen kunne altså ikke gripe inn overfor den profiterende som ikke var part i saken; selgeren. Denne "mismatch" mellom partskonstellasjon og juridisk problem preger hele saken. En metafor kan være at dommerne skulle reparere en trekantet bygning, men fikk bare adgang til to av bygningens sider.

Man kan kanskje kritisere deler av dommens begrunnelse, men det er en ansvarlig dom i den forstand at den ikke åpner for uoverskuelige konsekvenser.

Arnholm Arnholm, Carl Jacob: Privatrett III, Almindelig obligasjonsrett, Oslo 1966.

Askeland Askeland, Bjarte: Tapsfordeling og regress i erstatningsretten, Bergen 2006 (under publisering)

Askeland, Identifikasjon Askeland, Bjarte: Erstatningsrettslig identifikasjon, Oslo 2002.

Askeland, Regressavskjæring Askeland, Bjarte, Regress og regressavskjæring – Rt. 2003 s. 1601, i Tidsskrift for Erstatningsrett 2004 s. 43- 60

Augdahl Augdahl, Per: Obligasjonsrettens alminnelige del, 5. utg., Oslo 1978.

Bergsåker Bergsåker, Trygve: Forholdet mellom megleransvar og selgeransvar – Høyesteretts dom 29. juni 2005, i: Nytt i privatretten nr. 4, 2005 s. 10-11.

Evju Evju, Stein: Litt om regress mellom solvente solidarskyldnere, i: JV 1970 s. 95-145.

Gomard, Forholdet mellom erstatning i og utenfor kontraktsforhold, København 1958

Hagstrøm Hagstrøm, Viggo (i samarbeid med Magnus Aarbakke), Obligasjonsrett, Oslo 2003.

Hallager/Aubert, Hallager, Fr./Aubert, L.M.B: Den norske Obligasjonsrett, Christiania 1879,

Hansen Hansen, Jørgen: Teknikeraftalen (almindelig del), København 1984.

Hellner/Johansson Hellner, Jan/Johansson, Svante: Skadeståndsrätt, 6. utgave, Stockholm 2000.

Hov, Jo: Rettergang I, Sivil- og straffeprosess, Oslo 1999.

Hørlyck Hørlyck, Erik: Entreprise og licitation, København 1998.

Kleven Kleven, Stein: Meglerens og takstmannens erstatningsansvar, NFFP nr. 75, Oslo 1999

Kleven, Meglerdommen Kleven, Stein: Meglerdommen – i strid med avhendingsloven, Juristkontakt nr. 6 2005 s. 36-38

*Krüger*Krüger, Kai: Pengekrav, Bergen 1987

Krüger, Kjøpsrett Krüger, Kai: Norsk kjøpsrett, 4. utg. 1998.

Krüger, Foreldelse Krüger, Kai: Foreldelse av erstatningskrav i kontraktsforhold, i: "Nybrott og Odling", Festskrift til Nils Nygaard, Bergen 2002 s. 135-149.

Lassen Lassen, Jul.: Haandbog i Obligationsretten, Almindelig del, Kjøbenhavn 1917-1920.

Lilleholt Lilleholt, Kåre: Dittendom og subsidiært ansvar, i: "Rettsteori og Rettsliv", Festskrift til Carsten Smith, Oslo 2002 s. 543-552.

Lilleholt, Om tingskade Lilleholt, Kåre: Om tingskade i kontrakt, i: "Nybrott og Odling", Festskrift til Nils Nygaard, Bergen 2002 s. 171-179

Mitchell, Contribution and reimbursement, Oxford 2003

Nygaard Nygaard, Nils: Skade og ansvar, 5. utg., Bergen 2000.

Savigny Savigny, Friedrich Karl von: Das obligationenrecht als teil des heutigen römischen Rechts, Berlin 1852 (Neudruck Darmstadt 1973).

Simonsen Simonsen, Lasse: Prekontraktuell ansvar, Oslo 1987.

Smith Smith, Carsten: Garantioppgjør, Oslo 1963.

Smith, Solidaritet Smith, Carsten: Om lovgivning, solidaritet og regress i erstatningsretten, i: TfR 1961 s. 337- 431.

Stang Stang, Fredrik: Skade voldt av flere, 1918.

Ulfbeck, Ulfbeck, Vibe: Kontraktens relativitet København 2000.

Ussing Ussing, Henry: Erstatningsret, København 1937.

Solbraa Bay, Anton: Arkitekters og rådgivende ingeniørers erstatningsrettslige stilling, diskusjonsinnlegg i NFFP nr. 58 s. 199-201.