

Finansklagenemnda Skade

Avgjørelse FinKN-2017-727

22.11.2017

If Skadeforsikring NUF

Ansvar

Advokatansvar – oppgjørsmegler ved salg av eiendom – strid med god meglerskikk? – bortfall ved passivitet – foreldelse – eml. § 6-3, fl. § 9.

Advokat V (sikrede) gjennomførte oppdrag som oppgjørsmegler ved salg av en rekke tomter for oppføring av fritidseiendommer i 2013. Klager (kjøper) inngikk kontrakt om kjøp av tomt med selger i mars 2013 for kr 375.000, og iht. kontrakten skulle selger også utføre infrastruktur på tomten til en sum på kr 198.000. Begge beløpene ble overført til selgers konto ved oppjøret sikrede foretok i juni 2013. Fremdriften i hytteprosjektet ble forsinket, og selger ble til slutt slått konkurs i mars 2015. Finanstilsynet gjennomførte stedlig tilsyn hos sikrede i august 2016 i forbindelse med klage fra en annen tomtেকjøper i samme sakskompleks, og tilsynet konkluderte med at forholdene som var avdekket var av en slik karakter at det kvalifiserte til tilbakekall av retten til å drive eiendomsmegling. Krav om erstatning mot sikredes ansvarsforsikringsselskap ble første gang fremsatt den 17.4.16.

Saken reiser spørsmål ved om det foreligger ansvarsgrunnlag for klagers krav mot selskapet, samt om klagers krav har falt bort ved passivitet eller foreldelse. Nemnda kom til at sikrede hadde utvist erstatningsbetingende uaktsomhet og at kravet ikke var falt bort som følge av passivitet eller foreldelse.

ANTATT ØKONOMISK OMFANG: krav om erstatning kr 222.050 samt rente fra 17.6.16

Saksfremstilling

Saken gjelder krav om erstatning under sikredes ansvarsforsikring for tap etter salg av tomt.

Klager inngikk kontrakt med T AS (selger) om kjøp av tomt, først den 17.2.13, deretter den 10.3.13. Avtalt kjøpesum i den siste kontrakten var kr 375.000 eks. omk., i tillegg til kr 198.000 for "*Tilknytning vei, vann og avløp*". Det hitsettes fra kontrakten:

Det gjøres oppmerksom på at fullt oppgjør for tomt og tilknytning forfaller innen overtagelsen finner sted jf. § 9.1, og skal uoppfordret være disponibel på klientkonto innen 10 dager etter signering av denne kontrakt.

...

§ 3 Oppgjør

(1) Oppgjør mellom partene foretas av advokat V.. (Sikrede) ... (oppgjøransvarlig). ...

(2) Alle innbetalinger forbundet med denne kontrakt med unntak av pkt. 3.3, innbetales til klientkonto hos oppgjøransvarlig, ...

(3) Samtidig med undertegning av denne kontrakt skal kjøper uoppfordret betale et forskudd stort kr. 295.000 som betales av kjøper direkte til selgers konto ...

...

(6) Selger er innforstått med at det ikke vil bli foretatt oppgjør for tomt og infrastruktur utover jf. pkt. 3.3 før skjøte og eventuelt kjøpers pantedokument er tinglyst.

(7) Avtalen mellom partene er inngått uten medvirkning fra megler. Oppgjørsansvarliges arbeid i forbindelse med salget begrenser seg til gjennomføring av det økonomiske oppgjøret samt utarbeidelse og tinglysing av de nødvendige dokumenter ved overføring av hjemmel.

...

§ 9 Overtakelse

(1) Eiendommen overtas av kjøper straks skjøte er tinglyst i kjøpers navn.

...

§ 11 Byggeklausul

(1) S .. hytten AS skal stå for bygging av hytte.

...

(5) Det presiseres at selger leverer "kun" tomt inkl. infrastruktur og gravearbeider på tomt. Grensesnitt mellom selger og hytteleverandør går ved "klar til fundamentering".

Selger T AS skiftet senere navn til N AS.

I brev fra S. hytten AS, datert hhv. 22.3.13 og 13.5.13, ble det orientert om forsinkelser/fremdrift i utbyggingen.

Oppgjørsoppstillingen datert 14.6.13 oppga innbetalinger til N AS iht. kjøpekontrakten.

I informasjonsskriv datert 26.2.15 ble det opplyst at F AS hadde overtatt forpliktelsen til å utvikle infrastrukturen på hyttefeltet fra N AS.

Det ble åpnet konkurs i N AS den 20.3.15. Senere gikk også F AS konkurs. Klager var oppført på fordringslisten til konkursboet i F AS med et krav på kr 198.000.

Klager sendte e-post til sikrede den 20.11.15, og spurte om noe av innbetalingen til infrastruktur var fryst på en egen klientkonto, og ikke utbetalt til selger. Sikrede svarte benektende på dette, og viste til at dette fremgikk av oppgjørsoppstillingen klager hadde mottatt.

Sikrede fremsatte krav om erstatning mot selskapet den 17.4.16 på kr 198.000, som tilsvarte beløpet betalt for vei, vann og avløp på eiendommen. Grunnlaget for kravet var at sikrede hadde brutt god meglerskikk i sin rolle som oppgjørsmegler.

Selskapet har fremlagt et notat fra professor dr. juris Thor Falkanger datert 9.5.16, basert på samme faktum i en tilsvarende sak som gjaldt en annen tomtekontrakt. Falkanger konkluderte med at det ikke forelå ansvarsgrunnlag, og at et eventuelt krav fra klager ville ha vært bortfalt som en følge av passivitet. I et nytt notat fra Falkanger datert 24.8.16, fremgikk det bl.a. at Falkanger ikke hadde tatt noe standpunkt til spørsmålet om det forelå brudd på god meglerskikk, men det ble opprettholdt at et eventuelt krav var bortfalt som en følge av passivitet.

Finanstilsynet har gjennomført stedlig tilsyn av sikredes eiendomsmeglingsvirksomhet med følgende rapport datert 12.8.16:

Sentralt for tilsynet var Deres befatning med omsetning av hytteeiendommer i et prosjekt der utbygger/selger i etterkant er gått konkurs, og hvor flere kjøpere ikke har mottatt full kontraktsytelse og dermed har lidd økonomisk tap.

...

Meglers opplysnings- og rådgivningsplikt ved rene oppgjørsoppdrag reguleres av eiendomsmeglingsloven § 6-3 hvor det følger av første ledd at oppdraget skal utføres i tråd med god meglerskikk og med omsorg for begge parter interesser.

...

For å kunne gjennomføre handelen på en forsvarlig måte, må megler overfor partene påpeke eventuelle åpenbare svakheter i avtalen oppgjøret skal gjennomføres på grunnlag av, jf. rådgivningsplikten i eiendomsmeulingsloven § 6-3 (2).

...

Finanstilsynet er av den oppfatning at kjøpekontraktens bestemmelser om direkte oppgjør mellom partene er en slik åpenbar svakhet som skulle vært påpekt av Dem, og at De skulle ha sikret kjøpers interesser f.eks. ved å kreve endring i avtalen, tilbakehold av midler e.l.

...

Finanstilsynet fastholder sin vurdering av at De har brutt god meglerskikk ved å gjennomføre oppgjør uten å i tilstrekkelig grad ha ivarett kjøpernes interesser ved rådgivning i forbindelse med gjennomføringen av oppgjørene.

I avtalene fremgikk det at selgers ytelse – foruten overlevering tomt – også omfattet arbeider knyttet til infrastruktur, veiretter, rekkefølgekrav, og diverse tomtarbeider. De har foretatt sluttoppgjør i oppdragene uten å kontrollere at selger hadde levert disse ytelsene. Under tilsynet forklarte De at infrastruktur mv. skulle dekkes av forskuddsbeløpet, og at De derfor ikke hadde ansvaret for å kontrollere hvorvidt infrastruktur mv. var etablert. Uavhengig av om forskuddsbeløpet var ment å dekke infrastruktur, plikter megler – for å ivareta omsorgsplikten – å forsikre seg om at alle forutsetninger for oppgjør er oppfylt, og eventuelt rådgi kjøper om f.eks. tilbakehold som følgende av mangelfull ytelse fra selgers side. Dette ble ikke gjort. ...

Det er Finanstilsynets oppfatning at de forhold som ble avdekket isolert sett er av en slik karakter at det kvalifiserer til tilbakekall av retten til å drive eiendomsmegling for advokaten, hvilken kan bli resultatet dersom lignende forhold avdekkes ved et oppfølgingstilsyn.

Selskapet fremsatte et forlikstilbud til klager på kr 107.800, men dette ble ikke akseptert.

Klager krever dekning for tap som følge av utvist uaktsomhet hos sikrede og viser bl.a. til Finanstilsynets vurdering etter gjennomført tilsyn hos sikrede, og til terskelen for profesjonsansvaret oppstilt i bl.a. Rt. 1995 s. 1350 og Rt. 2000 s. 679.

Klager bestrider at kravet er bortfalt som en følge av passivitet, og viser bl.a. til at informasjonsskrivet som ble sendt så sent som i februar 2015 ga inntrykk av at prosjektet fremdeles var under kontroll.

Det ble videre anført at foreldelsesfristen tidligst startet å løpe da klager mottok oppgjørsoversikten datert 14.6.13, slik at kravet ikke var foreldet da det ble meldt til selskapet.

Klager har fremsatt krav om erstatning mot selskapet på kr 222.050, samt rente fra 17.6.16, jf. fal. § 8-4.

Selskapet avviser ansvar, og anfører i hovedsak at det ikke foreligger noe ansvarsgrunnlag. Selskapet viser til vurderingen fra Falkanger, og avviser at Finanstilsynets vurdering har betydning for ansvarsspørsmålet i denne saken. Selskapet viser til at vurderingen fra Finanstilsynet gjaldt andre tomtekjøpere. Selskapet viser også til at det fremgikk av kjøpekontrakten at oppgjør skulle skje ved tinglysing av skjøte, og at sikrede ikke kunne endre kontrakten etter at partene hadde inngått denne. Videre har selskapet vist til at utbetalingen til selger fremgikk av oppgjørsoppstillingen som klager mottok.

Selskapet anfører også at kravet er bortfalt som en følge av passivitet.

I klagesvaret til Finansklagenemnda av 18.1.17 anfører selskapet til slutt at kravet var foreldet da det ble meldt til selskapet og viser til at foreldelsesfristen startet å løpe på kontraktsdatoen 10.3.13, eller få dager deretter da sikrede ble kjent med kontrakten.

Finansklagenemnda Skades begrunnelse

Spørsmålet er om selskapet er ansvarlig under sikrede eiendomsmeglers ansvarsforsikring, eventuelt om kravet er bortfalt som følge av passivitet eller foreldelse.

Nemnda ser først på spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag. Saken dreier seg om et oppdrag som oppgjørsmegler. Slike oppdrag er regulert av eiendomsmeglerloven, jf. eml. § 1-2. Oppgjørsmegler har etter eml. § 6-3 første og annet ledd plikt til å gi kjøper opplysninger av betydning for handelen i samsvar med god meglerskikk. Spørsmålet om hva som utgjør god meglerskikk må sees i sammenheng med oppdragsavtalen mellom kjøper og selger. Det fremgår av kjøpekontrakten at

(3) Samtidig med undertegning av denne kontrakt skal kjøper uoppfordret betale et forskudd stort kr. 295.000 som betales av kjøper direkte til selgers konto ...

Nemnda forstår videre saken slik at forskuddsbetalingen bl.a. skulle brukes til å dekke omkostninger ved infrastruktur slik at dette i utgangspunktet lå utenfor meglerens oppdrag.

Samtidig følger det av NOU 2006:01 s. 129 at megleren har plikt til å påpeke åpenbare svakheter han ser vedrørende den kontrakt han skal gjennomføre oppgjøret på grunnlag av, og dette følger også av brev fra Finanstilsynet av 23.3.10 og FinKN 2016-318.

Finanstilsynet har etter stedlig tilsyn av sikredes eiendomsmeglingsvirksomhet kritisert følgende kontraktspraksis og oppgjørspraksis:

Finanstilsynet er av den oppfatning at kjøpekontraktens bestemmelser om direkte oppgjør mellom partene er en slik åpenbar svakhet som skulle vært påpekt av Dem, og at De skulle ha sikret kjøpers interesser f.eks. ved å kreve endring i avtalen, tilbakehold av midler e.l.

...

Finanstilsynet fastholder sin vurdering av at De har brutt god meglerskikk ved å gjennomføre oppgjør uten å i tilstrekkelig grad ha ivarettatt kjøpernes interesser ved rådgivning i forbindelse med gjennomføringen av oppgjørene.

I avtalene fremgikk det at selgers ytelse – foruten overlevering tomt – også omfattet arbeider knyttet til infrastruktur, veiretter, rekkefølgekrav, og diverse tomtarbeider. De har foretatt sluttoppgjør i oppdragene uten å kontrollere at selger hadde levert disse ytelsene. Under tilsynet forklarte De at infrastruktur mv. skulle dekkes av forskuddsbeløpet, og at De derfor ikke hadde ansvaret for å kontrollere hvorvidt infrastruktur mv. var etablert. Uavhengig av om forskuddsbeløpet var ment å dekke infrastruktur, plikter megler – for å ivareta omsorgsplikten – å forsikre seg om at alle forutsetninger for oppgjør er oppfylt, og eventuelt rådgi kjøper om f.eks. tilbakehold som følgende av mangelfull ytelse fra selgers side. Dette ble ikke gjort. ...

De forhold som her kritiseres, gjelder også for innholdet i avtalen mellom klager og kjøper (direkte oppgjør) og gjennomføringen av denne avtalen (sluttoppgjør uten å kontrollere at arbeider knyttet til infrastruktur var levert). Selskapet har anført at rapporten fra Finanstilsynet var basert på en kjøpekontrakt som vesentlig skilte seg fra klagers kontrakt. Nemnda forstår imidlertid rapporten slik at den er laget på bakgrunn av klager fra flere tomtekjøpere, og rapporten påpeker de samme forhold som foreligger i nærværende klagesak.

Nemnda mener derfor i samsvar med Finanstilsynets rapport at sikrede har utvist brudd på god meglerskikk, jf. eml. § 6-3. Dette må etter nemndas oppfatning regnes som uaktsomt.

Klager skal i så fall ha dekning for sitt økonomiske tap. Det er fremlagt flere beløp for nemnda, og nemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til hvilket som er korrekt. Men i utgangspunktet har klager krav på billigste tilknytningsalternativ, inkludert tilknytningsavgift og evt. kloakkpumpe.

Selskapet anfører at kravet er tapt ved passivitet. Det gikk nærmere tre år fra oppgjøret fant sted til kravet ble fremsatt. Et krav basert på brudd på god meglerskikk regnes som et erstatningskrav utenfor kontrakt, jf. Rt. 2005 s. 870 avsnitt 32. Nemnda kan derfor ikke se at rettspraksis om

passivitet knyttet til ansvar i kontrakt, og hvor lojalitet i kontraktsforholdet er et viktig hensyn, er relevant i denne saken. Nemnda kan heller ikke se at det er noen hensyn som tilsier bortfall pga. passivitet i dette tilfellet. Klager har ikke gitt sikre noen grunn til å tro at kravet var frafalt, og passiviteten fremstår ikke som klanderverdig. Klager fikk så sent som i februar 2015 inntrykk av at prosjektet fremdeles var under kontroll og kan da ikke bebreides for at han ventet til 17.4.16 med å kreve erstatning.

Selskapet anfører til slutt at kravet er foreldet og at foreldelsesfristen startet å løpe på kontraktsdatoen 10.3.13, eller få dager deretter da sikre ble kjent med kontrakten.

Etter fl. § 9 foreldes krav på skadeserstatning tre år etter den dag da skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige. Begrepet "skaden" må her referere seg til det økonomiske tapet som oppsto da selger gikk konkurs 20.3.15. Selskapets referanse til kontraktstidspunktet gjelder meglerens frarådningsplikt, som her utgjør den potensielle skadevoldende handlingen eller årsaken som ledet til skaden. Så lenge skadeårsaken ikke har ført til noe tap har skadelidte ingen oppfordring til å reagere. Foreldelsesreglene ville virke som en felle om man skulle la foreldelsen løpe fra dette tidspunktet. Kravet er derfor ikke foreldet.

Avgjørelsen er enstemmig.

Finansklagenemnda Skades konklusjon

Klager gis medhold.

Ved behandlingen deltok Trine-Lise Wilhelmsen (leder), Birgitte Hagland (nestleder), Hanne Kvalshaug (selskapsrepresentant), Vibeke Stiansen (selskapsrepresentant), Paal Bjønness (forbrukerrepresentant) og Gyrid Giæver (forbrukerrepresentant).