

Finansklagenemnda Eierskifte

Avgjørelse FinKN 2021-337

12.4.2021

Protector Forsikring ASA

Boligselgerforsikring – lov om avhending av fast eiendom (avh.l.)

Arealavvik – 5 % av 80 kvm – betydningen av at selgers takstmann kan bebreides for feilen – innvirkning – avhl. §§ 3-8 og 4-12.

En andelsleilighet over to plan i bydel St. Hanshaugen i Oslo oppført i 1918 ble solgt "som den er" for kr 6,85 mill., og overtatt av kjøper den 10.1.18. Ved salget ble det opplyst at boligen var på 80 kvm i bruksareal (BRA) og P-rom. Kjøper planla å selge boligen våren 2020, og en takstmann ble engasjert for å utarbeide tilstandsrapport. Ved arealmålingen kom takstmannen til at boligens areal var 4 kvm mindre enn opplyst ved kjøpet av boligen. Årsaken til feilen var trolig at takstmannen ved salget i 2018 hadde medregnet et trapperom to ganger. Kjøper reklamerte overfor selskapet, og viste til at det ble gitt uriktige opplysninger om boligens areal. Selskapet bestred ikke at opplysningene var uriktige, men anførte at det ikke ville ha virket inn på avtalens innhold dersom korrekt areal hadde blitt opplyst. Nemnda kom til at det forelå en mangel, og ga kjøper medhold.

ANTATT ØKONOMISK OMFANG: Kjøpers krav om prisavslag prinsipalt kr 342 500, subsidiært kr 228 333, med tillegg av forsinkelsesrenter.

Saksfremstilling

Saken gjelder kjøpers krav under boligselgerforsikringen som en følge av arealavvik, jf. avhl. § 3-8.

Den aktuelle saken omhandler en andelsleilighet over to plan i bydel St. Hanshaugen i Oslo oppført i 1918.

I salgsprospektet ble det bl.a. opplyst om følgende:

FAKTA

P-rom / Bta / Bra: 80 m2 / 93 / 80.

Primærrom:

Underetasje: Trappegang, dusjbad/wc, badstue, soverom.

1. etasje: Entré, wc, kjøkken, stue/spisestue, soverom.

Samme arealopplysninger ble gitt i tilstandsrapporten. Det ble opplyst at arealene var oppmålt på stedet, og oppgitt som ca.-mål.

Det fremgikk av egenerklæringsskjemaet at selger kjøpte boligen i 2010, og at selger hadde bodd i boligen i 6 år og 9 måneder, inkl. de siste 12 månedene.

Boligen ble solgt "som den er" for kr 6,85 mill. ved kjøpekontrakt datert 22.9.17, og overtatt av kjøper den 10.1.18.

Kjøper hadde planer om å selge boligen våren 2020, og en takstmann ble engasjert for å utarbeide tilstandsrapport. Ved arealmålingen kom takstmannen til at boligens areal i P-ROM/BRA var 76 kvm, dvs. 4 kvm mindre enn da kjøper kjøpte boligen.

Det ble senere avklart at årsaken til feilen var at trappen ned til underetasjen trolig hadde blitt medregnet to ganger av selgers takstmann.

Kjøper reklamerte til selskapet den 8.4.20.

Kjøper har i hovedsak anført at det var grunnlag for mangelsansvar etter avhl. § 3-8. Det ble særlig vist til at boligens areal i P-ROM var 4 kvm mindre enn opplyst, som tilsvarte et avvik på 5 %, og at hvilket rom som var feilmålt ikke kunne være avgjørende når boligen rent faktisk var mindre enn opplyst. Det ble videre vist til at boligen lå sentralt i Oslo, hvor kvadratmeterprisen var høy.

Kjøper har fremsatt krav om prisavslag etter avhl. § 4-12, prinsipalt beregnet ut fra kvadratmeterpris ganget med antall tapte kvadratmeter, totalt kr 342 500, subsidiært tilsvarende 2/3 av dette beløpet, totalt kr 228 333, med tillegg av forsinkelsesrenter etter rentel. § 2.

Selskapet har anført at det ikke var grunnlag for mangelsansvar etter avhl. § 3-8 andre ledd. Selskapet var enig i at opplysningene om boligens areal i P-ROM var uriktige, men har bestridt at det ville ha virket inn på avtalens innhold dersom korrekte opplysninger hadde blitt gitt. Det ble særlig vist til at trapperommet ikke var et av boligens sentrale rom, at selger ikke var kjent med avviket, samt at det prosentvise avviket måtte anses å være lavere enn det som i retts- og nemndspraksis var ansett som grensetilfeller. Selskapet anførte også at det ikke forelå slike subjektive momenter som i LB-2020-95336.

Sekretariatets konklusjon:

Sekretariatet ga kjøper medhold. Sekretariatet kom til at det forelå mangelsansvar etter avhl. § 3-8.

Finansklagenemnda Eierskiftes begrunnelse

Saken gjelder spørsmål om mangelsansvar etter avhl. § 3-8 grunnet arealavvik (arealsvikt). Boligens areal i P-rom viste seg å være 4 kvm eller 5 % mindre enn opplyst ved salget, og kjøper har fremsatt krav om kr 342 500 i prisavslag, med tillegg av forsinkelsesrente.

Sekretariatet har i sin vurdering foretatt en grundig gjennomgang av rettstilstanden for arealavvik. Nemnda anser det hensiktsmessig å gjengi denne i sin helhet:

Sekretariatet vil vise til at det etter avhl. § 3-8 foreligger en mangel dersom eiendommen ikke svarer til en opplysning selgeren har gitt til kjøperen, og den uriktige opplysningen har virket inn på kjøpsavtalen.

Vi legger til grunn som ubestridt at det ble gitt uriktige opplysninger om boligens areal i P-ROM, og at avviket utgjør 4 kvm, altså 5 %, jf. avhl. § 3-8 første ledd. Det tilføyes at vi er enige i at opplysningene må anses uriktige.

Selskapet har under drøftelsen av innvirkningsvilkåret pekt på at det prosentvise avviket er lavere enn det som tidligere har blitt ansett som grensetilfeller i retts- og nemndspraksis. Vi har til dels forståelse for at selskapet drøfter avvikets størrelse under bestemmelsens andre ledd, men viser samtidig til at Høyesterett behandlet dette under bestemmelsens første ledd i Rt. 2003 s. 612 (HR-2002-359-A), se f.eks. dommens avsnitt 44. Benestad Anderssen kritiserte riktignok Høyesteretts tilnærming i "Høyesterett og arealsvikt" i Festschrift til Tore Schei (2016) s. 643-674 (FEST-2016-ts-643):

"På grunn av den inngående prøvingen som Høyesterett foretok av feilens betydning etter første ledd, hadde ikke Høyesterett foranledning til å foreta en tilsvarende inngående prøving etter annet ledd. Innvirkningskriteriet får knapt selvstendig betydning og er nær bortfortolket for én type av brudd på selgers informasjonsplikter overfor kjøper. "

Vi har uansett tatt arealavvikets størrelse i betraktning ved mangelsvurderingen, og vil i det følgende knytte noen bemerkninger til betydningen av avvikets størrelse, samt mangelsvurderingen for øvrig.

Høyesterett vurderte som kjent i Rt. 2003 s. 612 spørsmålet om hvor stort avvik som må foreligge fra opplyst areal før det kan sies å foreligge en mangel etter avhl. § 3-8, hvor retten uttalte at "arealsvikt må være av en viss størrelse", men at "en liten leilighet tåler mindre avvik enn en stor – også forholdsmessig sett". Dommen gjaldt en leilighet på 112 m², hvor avviket på 8,9 % "klart" var tilstrekkelig stort til å utgjøre en mangel.

Finansklagenemnda Eierskifte har i tråd med ovennevnte dom lagt til grunn at en liten bolig tåler mindre avvik enn en stor, jf. bl.a. FinKN 2011-423, FinKN 2013-462, FinKN 2014-548 og FinKN 2016-018.

Nemnda uttalte i FinKN 2011-423 på bakgrunn av tidligere praksis at det:

"(..) i lys av praksis (er) mulig at det er en veiledende nedre grense på 5 % for de minste leilighetene (under 50m²), stigende til 6 % for leiligheter opp til ca 100 m². "

I FinKN 2013-462 kom nemnda til at et avvik på 6,1 % av 131 m² var tilstrekkelig. Se også FinKN 2014-548 hvor nemnda fant at 5,5 % av 55 m² var tilstrekkelig stort, men at dette utgjorde et "grensetilfelle".

Sekretariatet vil bemerke at ovennevnte ikke kan forstås som en absolutt nedre grense, og at en slik grense heller ikke kan gjelde uten unntak. Videre kan det i lys av nyere praksis stilles spørsmål ved om en slik grense kan opprettholdes.

Vi vil vise til LB-2020-95336, hvor retten kom til at et avvik på 5,7 % av 123 m² BRA utgjorde en mangel etter avhl. § 3-8. Retten uttalte bl.a.:

"Høyesterett har ikke behandlet spørsmål om arealavvik etter HR-2002-359-A. Professor Harald Benestad Anderssen anfører i festschrift til Tore Schei 2016 på side 650 (FEST-2016-ts-643) at underrettspraksis og nemndspraksis etter arealsviktdommen opererer med en "overraskende konsekvent terskel, uavhengig av boligens størrelse og arealavvikets absolutte størrelse" på omkring 5 % av det opplyste arealet. "I de tilfellene hvor større arealavvik ikke har utgjort mangel, er det først og fremst i tilfeller av uegentlig arealavvik". Anderssen definerer uegentlig arealavvik slik: "Ved uegentlig arealavvik eksisterer det opplyste arealet. Problemet i disse tilfellene er enten at deler av arealet er "feilklassifisert" i henhold til de regler og retningslinjer som gjelder for arealmålingen (..) eller at det opplyste arealet inkluderer arealer som ikke er måleverdige etter arealmålingsregelverket".

Anderssen viser bl.a. til LA-2005-176497, der arealsvikt på 4-8 % i bolig på 254 kvadratmeter ikke ble ansett som mangel, og LF-2007-121205, der arealsvikt på 5,6 % i bolig på 151 kvadratmeter ble ansett som mangel.

Finansklagenemnda har behandlet mange arealsvikt-saker. I FinKN-2018-107 oppsummerer nemnda sin praksis slik:

"I (FKN-2010-158) var et avvik i underkant av 5 % ikke tilstrekkelig, selv om boligen var liten (oppgitt boareal var 41m², mens det korrekte var 39m²). I FinKN-2011-54 kom nemndas flertall til at et avvik på 6,4 % var tilstrekkelig for en bolig med oppgitt areal på 109m². I FinKN-2011-423 fant flertallet at saken var et grensetilfelle, men at et arealavvik på 6 % for en bolig på 90-100m² var relevant. I samme avgjørelse ble det fremholdt, at det i lys av praksis er mulig, at det er en veiledende nedre grense på 5 % for de minste leilighetene (under 50m²), stigende til 6 % for leiligheter opp til ca. 100m². Nemnda viser også til FinKN-2014-548 hvor nemnda fant at et avvik på 3m², noe som utgjorde 5,5 % av opplyst areal på 55m², var et grensetilfelle, men at avviket var tilstrekkelig til å utgjøre mangel. "

Finansklagenemndas oppsummering er kritisert av Harald Benestad Anderssen i festschrift til Tore Schei 2016 på side 652 (FEST-2016-ts-643). Anderssen anfører at "praksisen det henspeiles på er (..) bare enkeltuttalelser fra Finansklagenemndas egen praksis, som ikke er sammenhengende, og uttalelsen tar ikke hensyn til annen retts- og nemndspraksis. Uttalelsene har derfor liten interesse".

Lagmannsretten er av den oppfatning at verken rettspraksis eller nemndspraksis gir grunnlag for å fastsette en bestemt prosentsats som avgjørende kriterium for hvilke arealavvik som regnes for mangel. Til det varierer sakene for mye. Det er likevel klart at ikke ethvert arealavvik er å anse som en mangel, jf. Arealsviktdommen. På bakgrunn av den refererte praksis er det lagmannsrettens oppfatning at avviket i vår sak ligger i det nedre sjikt for hva som kan anses for å være en mangel.

Selv om arealavvikets størrelse i antall kvadratmeter og prosent danner et utgangspunkt for mangelsvurderingen, er dette likevel bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering av om avviket er tilstrekkelig stort til å utgjøre en mangel i lovens forstand. Hvor grensen går, vil bero på en samlet vurdering av flere faktorer.

Flere omstendigheter taler etter lagmannsrettens oppfatning for at avviket skal anses som en mangel etter avhendingsloven § 3-8. "

Retten konkluderer deretter etter en konkret vurdering med at det foreligger mangelsansvar, hvor det legges stor vekt på at selger, ved sine kontraktsmedhjelpere, var å bebreide for feilen:

"Lagmannsretten er enig i at reglene er objektive i den forstand at en eiendom kan være mangelfull selv om selgeren ikke er å laste. Grunnvilkåret for å kunne konstatere en mangel er at eiendommen avviker fra det som er opplyst. Dette er i utgangspunktet et rent faktisk spørsmål som kan besvares uavhengig av om selger er å laste eller ikke.

Som lagmannsretten har redegjort for ovenfor, fremgår det av rettspraksis at arealavviket må være av en viss størrelse for at man skal kunne konstatere en mangel. Hvor grensen går, vil bero på en samlet vurdering av flere faktorer. Kjøpers subjektive oppfatning, forutsetninger, forventninger og vurderinger som er synliggjort for selger, vil være momenter i en helhetsvurdering. Årsaken til avviket kan også ha betydning for hvor grensen går. Lagmannsretten viser til Arealsvikdommen, avsnitt 36 der Høyesterett uttaler: "Mindre avvik i en arealopp-gave, der selgeren ikke kan klandres for feilen, bør derfor ikke anses som en mangel ved boligen".

Lagmannsretten viser videre til Solheim og Brøndbo, Arealsvikt etter avhendingsloven § 3-8, Lov og Rett 2005 s 473, side 35 der de skriver:

"Subjektive forhold på selgers side vil også kunne spille inn. For arealsvikt ved tomt er dette spesifikt nevnt, se avhl. § 3-3. At selgers klanderverdighet også må tas i betraktning ved vurderingen etter § 3-8, synes klart forutsatt i Rt-2003-612. Det er jo heller ikke urimelig at den uaktsomme selger i større grad må tåle at arealsvikten medfører mangelsansvar."

Dette er fulgt opp i rettspraksis. I Frostating lagmannsretts dom LF-2007-121205 skriver lagmannsretten på side 6:

"Det er også av betydning, slik som berørt i sitatet ovenfor, om selgeren kan lastes for feilen. I dette tilfellet ligger årsaken på selgersiden, da endringene ble besluttet på grunnlag av en feilvurdering av bygningsmyndighetenes vedtak."

Lagmannsretten er av den oppfatning at selger av leiligheten, gjennom sine representanter, er å laste for arealfeilen i vår sak. Lagmannsretten legger på bakgrunn av parts- og vitneforklaringer til grunn at arealavviket skyldtes feil fra selgers (eiendomsmeglers) takstmann. Retten viser spesielt til forklaring fra eiendomsmegler F.H., som videresolgte leiligheten for ankemotparten. Han påpekte at takstmannen ved utregningen av arealet ikke tok hensyn til at leiligheten ble smalere bakover. "

Sekretariatet vil i tillegg bemerke at det i forbindelse med endring av bestemmelsen for arealavvik i avhendingslova, Prop. 44 L (2018-19) innledningsvis fremgår på side 6:

"Utviklingen i måleutstyr og målemetoder tilsier imidlertid at det ikke skal kunne gjøres feil her i nevneverdig grad. I tillegg kan opplysninger om boligens areal ha fått større betydning enn før, blant annet på grunn av økt bruk av statistikk over kvadratmeterpriser. "

Det fremgår videre på proposisjonens side 66 at "en aktsomt utført arealmåling fra en bygningssakkyndig sjelden (bør) føre til en uriktig arealangivelse". Selv om den vedtatte endringen i avhl. § 3-3 andre ledd enda ikke er satt i kraft, trekker uttalelsene i forarbeidene etter vårt syn i retning av at et arealavvik som i denne saken vil utgjøre et avtalemessig avvik. Tilsvarende begrunnelse er for øvrig også inntatt i Rt. 2003 s. 612, hvor retten i avs. 35 nettopp peker på at "teknikken (er) forbedret slik at målinger kan utføres langt mer nøyaktig", og at "bruk (..) av statistikk over og sammenligninger av boligpriser, (..) øker viktigheten av å ha pålitelige arealmålinger for boliger".

Nemnda slutter seg fullt ut til denne rettslige tilnærmingen, som nemnda anser dekkende for rettskildebildet for mangelsvurderingen ved arealavvik. Nemnda tilføyer at uttalelsene i Prop. 44 L (2018-19) ikke i seg selv begrunner noen senket terskel for når det kan sies å foreligge en mangel,

men bidrar til å kaste lys over den utviklingen som har skjedd i måleutstyr og målemetoder siden Rt. 2003 s. 612. Dette får igjen betydning for aktsomhetsvurderingen for selgers kontraktsparter – typisk takstmannen.

Når det gjelder den konkrete helhetsvurderingen etter avhl. § 3-8 første ledd, har sekretariatet lagt til grunn følgende:

Når sekretariatet ovenfor har sagt seg enige i at det er gitt uriktige opplysninger etter § 3-8 første ledd er det ovennevnte betraktninger som ligger til grunn. I LB-2020-95336 og LF-2007-121205 (buofl.) var boligene hhv. 123 kvm og 151 kvm store, og avvikene utgjorde kun hhv. 5,7 % og 5,6 %. Det var likevel grunnlag for mangelsansvar, og lagmannsrettene viste til at det forelå klander på selgersiden. Se også følgende utdrag fra LB-2016-34319 som gjaldt uegentlig arealavvik (skråtak):

"Lagmannsretten finner det ut fra dette klart at det samlede arealavviket i utgangspunktet ikke utgjør en mangel.

Slik retten ser det, foreligger det imidlertid klanderverdige forhold hos selger som gjør at retten likevel har vært i betydelig tvil om resultatet. "

Når klanderverdige forhold kunne begrunne mangelsansvar for avvik under 6% i LB-2020-95336 og LF-2007-121205 ved store boliger på over 100 kvm, mener vi at klander på tilsvarende vis kan begrunne at terskelen senkes for boliger under 100 kvm. I denne saken er takstmannen å bebreide for å ha medregnet trapperommet to ganger. Når det er sagt har vi uansett kommet til at det objektive avviket er tilstrekkelig stort til at det foreligger en uriktig opplysning etter avhl. § 3-8 første ledd.

Nemnda har etter en samlet vurdering kommet til samme resultat, og tiltrer sekretariatets avveining.

Det blir deretter spørsmål om innvirkningsvilkåret i avhl. § 3-8 andre ledd må anses oppfylt. Nemnda tar her utgangspunkt i Rt. 2003 s. 612 avs. 44:

Det må antas at kvadratmeterprisen for de fleste boligkjøpere vil være viktig, både i seg selv og for å vurdere ett prospekt opp mot andre som er aktuelle. Dersom først arealavviket, slik som det er i vår sak, er tilstrekkelig vesentlig til å utgjøre en mangel etter § 3-8 første ledd, kan det etter min mening vanskelig tenkes at den tilhørende økningen i pris pr. kvadratmeter ikke også vil være motiverende for en kjøper. Med mindre det da foreligger helt spesielle subjektive momenter i motsatt retning, vil kravet til årsakssammenheng være tilfredsstillt.

Sekretariatet har i sin vurdering kommet til at slike helt spesielle subjektive momenter ikke kan anses sannsynliggjort:

Selskapet har vist til at det tapte arealet i P-ROM knytter seg til et trapperom, og ikke til viktige rom som f.eks. kjøkken eller bad. Sekretariatet finner imidlertid ikke at dette kan tillegges større vekt, og viser til at Finansklagenemnda Eierskifte i FinKN 2020-22 uttalte at arealavviket skal vurderes ut fra boligens totale areal. Selv om feilen skjedde ved måling av trapperommet er konsekvensen likevel at boligens totale areal i P-ROM har blitt mindre.

Vi finner at selskapet har sannsynliggjort at boligens størrelse på 80 kvm ikke gjorde den unik for området. Likevel kan vi ikke se at dette i seg selv kan tillegges avgjørende betydning. Med henvisning til FinKN 2020-818 finner vi å vektlegge at boligen ligger i et populært område sentralt i Oslo, med høye kvadratmeterpriser. Vi legger for øvrig til at kvadratmeterprisen i Rt. 2003 s. 612 var kr 8 527, mens kvadratmeterprisen i denne saken er kr 85 625 – altså om lag ti ganger så høy.

Sekretariatet har derfor kommet til at det ville ha virket inn på avtalens innhold dersom korrekte og fullstendige opplysninger hadde blitt gitt, jf. avhl. § 3-8 andre ledd.

Nemnda har etter en samlet vurdering kommet til samme resultat. Nemnda er ikke uenig i at leiligheten er nyoppusset og ligger i et attraktivt strøk, men kan ikke se at det foreligger konkrete opplysninger som tilsier at kjøper uansett ville ha kjøpt boligen. Som sekretariatet har vist til, representerer fire kvadratmeter i dette området et ikke helt ubetydelig beløp. Selv om Høyesterett selv i Rt. 2003 s. 612 ikke har gitt eksempler på hvilke helt spesielle subjektive forhold

som kan være aktuelle, antar nemnda at vilkåret bl.a. kan tenkes oppfylt der det sannsynliggjøres at eiendommen er helt unik eller på annen måte oppfyller et særlig behov for akkurat denne kjøperen. Dette er ikke tilfellet i denne saken.

Det foreligger etter dette en mangel etter § 3-8.

Når det gjelder prisavslaget etter avhl. § 4-12, har sekretariatet utmålt kr 228 333 med tillegg av forsinkelsesrenter. I begrunnelsen er det vist til følgende:

Ettersom det er grunnlag for mangelsansvar etter avhl. § 3-8 har kjøper krav på prisavslag, jf. avhl. § 4-12. Det er ikke tale om utbedringskostnader, og utmålingen må derfor skje forholdsmessig etter bestemmelsens første ledd. Vi finner imidlertid ikke at kjøper kan tilkjennes et beløp tilsvarende kvadratmeterpris ganget med antall tapte kvadratmeter. Det vises til følgende utdrag fra FinKN 2021-16:

"Når det gjelder utmålingen av prisavslaget etter avhl. § 4-12 for arealavvik har nemnda i sin praksis tatt utgangspunkt i en matematisk beregning med grunnlag i kjøpesummen og oppgitt areal, og utmålt prisavslag til et beløp tilsvarende ca. 2/3 av resultatet av denne beregningen. Dette utgangspunktet er kun fraveket der kjøper har godtgjort noe annet, typisk meglervurdering som vurderer boligens antatte pris med korrekt areal. "

I ovennevnte LB-2020-95336 uttalte lagmannsretten:

"Tingretten har ved fastsettelsen av prisavslaget tatt utgangspunkt i en matematisk beregning ved å dividere kjøpesummen med oppgitt kvadratmeter og deretter multiplisert dette beløpet med antall kvadratmeter som mangler. Beløpet ender da på 508 263 kroner, ble deretter skjønnsmessig redusert til 300 000 kroner etter en konkret vurdering av leilighetens kvaliteter. Lagmannsretten er enig i tingrettens fremgangsmåte. Den har støtte i teori og nemndspraksis, jf. Benestad Anderssen, 2008, side 278 og Finansklagenemndas uttalelse i FinKN-2018-107. "

I denne saken er det ikke anført eller godtgjort at 2/3-regelen bør fravikes, og utmålingen gjøres derfor etter denne.

Nemnda slutter seg til sekretariatets vurdering, både for så vidt gjelder den rettslige tilnærmingen og den konkrete utmålingen av kr 228 333, med tillegg av forsinkelsesrenter.

Avgjørelsen er enstemmig.

Finansklagenemnda Eierskiftes konklusjon

Kjøper gis medhold.

Ved behandlingen deltok Henning Jakobsen (leder), Nina Risvik Johannessen (selskapsrepresentant) og Kristoffer Sørli (forbrukerrepresentant).