

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 28. februar 2011 af Østre Landsrets 20. afdeling
(landsdommerne Ole Dybdahl, B. Tegldal og Charlotte Bliss Elmquist (kst.)).

20. afd. a.s. nr. B-1344-10:

Appellant A/S (Tidl. Sagsøgte A/S)

(advokat Carsten Lorentzen)

mod

Appelindstævnte (Tidl. Sagsøger)

(advokat Christian Fløe Nielsen, prøve)

Københavns Byrets dom af 22. april 2010 (BS 36A-4024/2009) er anket af **Appellant A/S**
■, der har nedlagt følgende påstande:

Principal:

I det tilfælde, hvor landsretten finder, at **Appelindstævnte** ikke er berettiget til at ophæve den indgåede aftale om køb af ejerlejligheden, eller denne erstattes af den indgåede aftale om køb af ejerlejlighed nr. 55 nedlægges påstand om frifindelse mod betaling af 105.705 kr. med tillæg af procesrente fra den 15. februar 2008.

Subsidiært:

I det tilfælde, hvor landsretten finder, at **Appelindstævnte** er berettiget til at ophæve den indgåede aftale om køb af ejerlejligheden, og denne ikke skal erstattes af den indgåede

aftale om køb af ejerlejlighed nr. 55, nedlægges påstand om stadfæstelse, dog således at **Appelindstævnte** til **Appellant A/S** skal godtgøre oppebårne lejeindtægter med 289.625 kr. med tillæg af procesrente fra den 31. marts 2010.

Appelindstævnte har nedlagt principal påstand om, at **Appellant A/S** tilpligtes at betale 30.000 kr. med tillæg af procesrente fra den 1. maj 2009. **Appellant A/S** tilpligtes endvidere at frigive det beløb på 3.615.000 kr., der er deponeret på **Kontonummer** i Danske Bank, Silkeborg, og betale procesrente, med fradrag af tilskrevne renter på deponeringskontoen, af 3.615.000 kr. fra den 1. maj 2009. **Appellant A/S** tilpligtes endelig at friholde hende for omkostninger til opretholdelse af den af hende stillede modgaranti overfor Realkredit Danmark for perioden fra den 1. maj 2009, indtil garantien kan frigives.

Appelindstævnte har subsidiært nedlagt påstand om stadfæstelse og mere subsidiært om betaling af 105.705 kr. med tillæg af procesrente fra den 15. februar 2008.

Supplerende sagsfremstilling

I et tillæg af 20. februar 2008 til købsaftalen vedrørende lejligheden på 4. sal er det anført, at denne købsaftale erstatter købsaftalen fra 2006 vedrørende lejligheden på 3. sal, således at sidstnævnte aftale falder bort, så snart købsaftalen vedrørende 4. sal er endelig, fortrydelsesretten er udløbet, og der er stillet behørig bankgaranti for købet af lejligheden på 4. sal.

Med virkning fra den 15. juli 2008 lejede **Appelindstævnte** lejligheden ud til **Person 1**. Af lejekontrakten fremgår blandt andet, at den vedrører en lejlighed og ikke en ejerlejlighed, og at opsigelse fra udlejers side kan ske efter lejelovens §§ 82 og 83.

Med en mail af 3. februar 2009 fra **Appellant A/S'** advokat modtog **Appelindstævnte** en fortegnelse fra Stadskonduktørembedet, hvoraf det fremgik, at hendes lejlighed var på 70 m² og ikke 76 m² som anført i købsaftalen.

I en mail den 9. marts 2009 til **Appellant A/S** ved **Vidne 1 (Tidl. Vidne 2)** henviste **Appelindstævntes** kæreste, **Vidne 2**, til parternes telefonsamtale samme dag og bekræftede deres "fælles accept på ophævelse af handlen" af lejligheden på 4. sal. **Vidne 1**

Vidne 2
(Tidl.
Vidne 1)

svarede umiddelbart efter, at det var op til selskabets advokat at vurdere, om ophævelse kunne ske.

I brev af 1. maj 2009 til Appellant A/S' advokat ophævede Appelindstævntes advokat aftalen om købet af ejerlejligheden og oplyste, "at lejligheden i øjeblikket er udlejet".

Den 3. juli 2009 anlagde Appelindstævnte nærværende sag, og ved brev af 1. februar 2010 til Appellant A/S' advokat meddelte hendes advokat, at lejer havde opsagt sit lejemål til fraflytning inden den 1. maj 2010.

Appelindstævntes samlede lejeindtægter for perioden fra den 1. april 2008 til den 31. marts 2010 har været 289.625 kr. inklusiv a conto betalinger for forbrug.

Forklaringer

Der er i landsretten afgivet supplerende forklaring af Vidne 1, Appelindstævnte og Vidne 2.

Vidne 1 har forklaret blandt andet, at lejligheden blev udlejet før udstykningen, hvorfor der ikke var tale om en ejerlejlighed. Med en lejekontrakt uden tidsbegrænsning ville lejligheden være væsentligt mindre værd måske i størrelsesordenen 1 mio. kr. Der er solgt 28 ud af 66 lejligheder, og de resterende lejligheder bliver løbende udlejet. Den pågældende lejlighed har fået tilført 5-6 m² fra et andet sted i ejendommen, hvilket er sendt til tinglysning.

Appelindstævnte har forklaret blandt andet, at hun først udlejede lejligheden til en veninde i 3 måneder. Kort tid derefter fortalte en af Vidne 2's kammerater, at han havde en kammerat, Person 1, der gerne ville leje lejligheden. De kendte ikke den pågældende i forvejen. Hendes lejeindtægter har langt fra dækket udgifterne til lejligheden.

Vidne 2 har forklaret blandt andet, at han udfærdigede lejekontrakten med Person 1, der var en ordentlig fyr med et godt job som investeringsrådgiver. De aftalte, at han ville flytte indenfor 3-6 måneder, hvis de selv skulle bruge lejligheden. Dette skrev han ind i lejekontrakten, men Person 1 ønskede efter råd fra sin advokat, at det skulle udgå af kontrakten. De stolede på hinanden.

Procedure

Appellant A/S har til støtte for den principale påstand gjort gældende, at **Appelindstævnte** har været afskåret fra at hæve handlen den 3. februar 2009, da hun på dette tidspunkt ikke kunne tilbagelevere ejerlejligheden i samme stand, som den blev modtaget, jf. princippet i købelovens § 57. Dette skyldes, at hun havde udlejet lejligheden til **Person 1** ved en lejekontrakt, der var uopsigelig. Ved lejemålets ikrafttræden den 15. juli 2008, var ejendommen således endnu ikke udstykket, hvilket havde den konsekvens, at **Appellant A/S** som udlejer ikke kunne opsigte lejemålet efter lejelovens § 83, litra a, jf. § 84 litra d, idet lejeforholdet var indgået og påbegyndt før ejendommen blev opdelt i ejerlejligheder. Lejekontrakten indeholdt endvidere ikke oplysninger om, at det lejede var en ejerlejlighed, idet der var sat kryds i det felt, hvoraf fremgår, at der er tale om en "lejlighed" og ikke en "ejerlejlighed". **Appelindstævnte** må derfor henvises til at gøre sit økonomiske tab gældende i form af et pengekrav.

Der foreligger ikke en mangel, der berettiger **Appelindstævnte** til at hæve handlen, idet det tinglyste areal for lejligheden i løbet af kort tid vil blive ca. 75 m². Der er endvidere ikke tale om en væsentlig mangel men alene om et teknisk forhold for så vidt angår antallet af tinglyste kvadratmetre, hvilket vil blive afhjulpet.

Appelindstævnte har reklameret for sent. Hun fik nøglerne udleveret den 15. februar 2008 og var fra dette tidspunkt bekendt med lejlighedens areal, hvorfor hun er afskåret fra næsten et år senere at gøre gældende, at lejligheden ikke har det aftalte areal.

En ophævelse af handlen vil ikke medføre, at **Appelindstævnte** skal have tilbagebetalt noget beløb, idet aftalen vedrørende lejligheden på 4. sal træder i stedet for den tidligere aftale om køb af lejligheden på 3. sal, således at handlen vedrørende lejligheden på 3. sal står ved magt, såfremt handlen vedrørende lejligheden på 4. sal ikke gennemføres.

Appellant A/S har til støtte for den subsidiære påstand gjort gældende, at den må være berettiget, såfremt det lægges til grund, at **Appelindstævnte** kunne ophæve aftalen om køb af ejerlejligheden på 4. sal, og denne aftale ikke skal erstattes af aftalen om køb af lejligheden på 3. sal. Dog skal **Appelindstævnte** til **Appellant A/S** godtgøre oppebårne lejeindtægter med 289.625 kr. med tillæg af renter. Det bemærkes, at lejligheden ikke er i samme stand som ved overtagelsen, hvor den var nyistandsat.

Appellant A/S har endelig anført, at der i **Appelindstævntes** principale påstand indgår en påstand om procesrenter og friholdelse for omkostninger til den af hende stillede modgaranti over for Realkredit Danmark. Hun bør ikke få medhold heri, idet der ikke er hjemmel til at pålægge **Appellant A/S** disse omkostninger. Det er endvidere selskabet uvedkommende, hvordan **Appelindstævnte** har finansieret sit køb. I givet fald kan **Appelindstævnte** alene kræve procesrente fra sagens anlæg af det af hende indbetalte beløb på 30.000 kr., og hun kan ikke gøre krav på andet end tilskrevne renter på deponeringskontoen og således ikke kræve procesrente vedrørende det deponerede beløb.

Appelindstævnte har til støtte for de nedlagte påstande gjort gældende, at det fremgår af købsaftalen, at lejligheden skulle have et boligareal på 76 m², og at hun havde ret til at ophæve aftalen, såfremt arealet blev formindskes med 5 % eller mere, hvilket er tilfældet. En eventuel tinglysningsmæssig overførsel af et kælderareal på ca. 6 m² kan ikke afhjælpe arealmanglen, idet det er aftalt, at de 76 m² skal være boligareal.

Det forhold, at lejligheden på grund af hendes arbejde i Holland var udlejet, afskærer hende ikke fra at ophæve aftalen. Såfremt **Appellant A/S** ønskede dette, måtte selskabet have indsat en bestemmelse i købsaftalen herom. Hun havde desuden en aftale med lejer om, at han ville fraflytte lejligheden med rimeligt varsel, hvis hun selv skulle bruge den, og han flyttede da også inden byrettens dom. Lejer vidste, at det var en ejerlejlighed, og at hun på et tidspunkt selv skulle bebo den. Det er uklart, om det reelt har betydning for **Appellant A/S** at ejerlejligheden var udlejet. Hun er forbruger, medens **Appellant A/S** er professionel indenfor salg af ejerlejligheder og har konciperet købsaftalen, som skal fortolkes i overensstemmelse hermed.

Der er efter parternes aftale intet grundlag for, at aftalen om køb af ejerlejligheden på 3. sal kan genopstå, når hun udnytter sin aftalebestemte ret til at annullere købet af lejligheden på 4. sal. Så snart hun modtog stadskonduktørens ejerlejlighedsfortegnelse, hvoraf lejlighedens endelige areal fremgår, reklamerede hun over arealet. Hun havde ikke anledning til at reklamere tidligere, og hendes reklamation kan ikke anses som for sen.

Købsaftalens pkt. 4.6, hvorefter parterne skal tilbagelevere eventuelle ydelser, som de har modtaget fra hinanden, og ingen af parterne herudover har krav på erstatning, kan ikke udstrækkes til at omfatte tiden efter hendes berettigede ophævelse, og indtil retssagen her-

om er afgjort i to instanser. For tiden efter ophævelsen påhviler såvel indtægter som udgifter **Appellant A/S**, ligesom hun er berettiget til procesrente af sit pengekrav samt kompensation for de udgifter, hun har haft til at opretholde den bankgaranti, som ikke kan frigives, før sagen er afgjort. Fra procesrenten af hendes krav skal naturligvis fratrækkes tilskrevne renter på den deponeringskonto, hvorpå størstedelen af købesummen indestår.

Landsretten begrundelse og resultat

Landsretten tiltræder af de af byretten anførte grunde, at der med et tinglyst areal på 70 m² foreligger en hæveberettigende mangel, at denne mangel ikke kan afhjælpes ved overførsel af 5-6 m² kælderrum, at **Appelindstævnte** ikke har reklameret for sent, og at aftalen om køb af lejligheden på 3. sal er bortfaldet.

Dommerne B. Tegldal og Charlotte Bliss Elmquist udtaler:

Efter de afgivne forklaringer lægger vi til grund, at **Appelindstævnte** købte lejligheden 4. tv. med henblik på at bo der sammen med sin kæreste, men at hun fik et godt arbejde i Holland og derfor valgte at udleje lejligheden. Med virkning fra den 15. juli 2008 - dvs. 6-7 måneder inden **Appelindstævnte** blev bekendt med den hævebegrundende mangel - udlejede hun lejligheden til **Person 1**. Det lægges endvidere til grund som ubestridt, at **Appelindstævnte** og **Vidne 2** havde aftalt med **Person 1**, at han ville fraflytte lejligheden, hvis de selv skulle benytte den, og at **Person 1** rent faktisk flyttede primo 2010 før hovedforhandlingen i byretten. Under disse omstændigheder finder vi, at det forhold, at lejligheden var udlejet, ikke kan føre til, at **Appelindstævnte** var uberettiget til at ophæve handlen.

Det tiltrædes, at **Appelindstævnte** efter købsaftalens pkt. 4.6 ikke har krav på erstatning, og vi stemmer derfor for at stadfæste byrettens dom.

Dommer Ole Dybdahl udtaler:

Det fremgår af sagen, at **Vidne 2** i mailen den 9. marts 2009 til **Appellant A/S** i tilslutning til en telefonsamtale samme dag bekræftede ophævelsen af handlen vedrørende lejligheden 4. tv. **Vidne 1** svarede umiddelbart efter, at det er selskabets advokat, der vurderer, om ophævelse kan ske. **Appelindstævntes** advokat ophævede den 1. maj 2009 aftalen og oplyste, "at lejligheden i øjeblikket er udlejet." **Appelindstævnte** udtog stævning den 3. juli 2009. I stævningen var det oplyst, at lejligheden var udlejet. I svarskrift af 3. september 2009 gjorde **Appellant A/S** gældende, at **Appelindstævnte**

[redacted] var afskåret fra at hæve handlen, da hun ikke havde stillet lejligheden til rådighed for [redacted] Appellant A/S og dermed ikke havde tilbageleveret den i samme stand, som den var modtaget. I replik af 1. december 2009 gjorde [redacted] Appelindstævnte gældende, at den omstændighed, at lejligheden var udlejet, ikke afskar hende fra at ophæve handlen. Den 1. februar 2010 oplyste [redacted] Appelindstævntes advokat, at lejer havde opsagt lejemålet til fraflytning inden 1. maj 2010.

Idet [redacted] Appelindstævnte ikke i forbindelse med ophævelsen af parternes aftale har kunnet tilbagelevere lejligheden uudlejet, finder jeg, at hun har været uberettiget til at ophæve handlen.

Den omstændighed, at [redacted] Appelindstævnte og hendes samlever under hovedforhandlingen for byretten den 25. marts 2010 kunne oplyse, at lejligheden var fraflyttet, og at de havde haft en aftale med lejeren om, at han ville fraflytte med 3 – 6 måneders varsel, hvis de selv ville benytte lejligheden, kan ikke føre til andet resultat.

Jeg stemmer derfor for at tage [redacted] Appellant A/S' principale påstand til følge.

Afgørelsen træffes efter stemmeflertallet.

[redacted] Appellant A/S skal herefter betale sagsomkostninger for begge retter til [redacted] Appelindstævnte [redacted] med i alt 151.000 kr. Beløbet omfatter 1.000 kr. til endelig retsafgift for byretten og 150.000 kr. inkl. moms til udgifter til advokatbistand for byret og landsret. Ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagens skønnede værdi taget hensyn til sagens omfang og varighed.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for byret og landsret skal [redacted] Appellant A/S inden 14 dage betale 151.000 kr. til [redacted] Appelindstævnte .

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8a.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 28 FEB. 2011