

H.P. Rosenmeier

Mangler ved fast ejendom

7. udgave

The logo for Karnov Group, featuring four vertical bars of varying heights to the left of the text 'KARNOV GROUP'.

KARNOV
GROUP

1. del
Generelle emner –
Huseftersynsordningen

Kapitel 1. Generelle emner

1. Hovedpunkter og udviklingstendenser

Kernen i retsområdet mangler ved fast ejendom emne er det obligationsretlige forhold mellem *sælger og køber* af en fast ejendom i anledning af mangler ved ejendommen. Som følge af huseftersynsordningen, der omtales nedenfor, er retsområdet blevet udvidet til også at angå det forsikringsretlige forhold mellem *køber og ejerskifteforsikringen* – og også det erstatningsretlige forhold mellem køber og den bygnings sagkyndige, der har udfærdiget tilstandsrapport.

Det er disse forhold, der er emnerne for denne bog. Det entrepriseretlige forhold mellem ejeren af en fast ejendom og en entreprenør i anledning af mangler ved entreprenørens arbejde falder derimod uden for bogens emne. Bogen omfatter heller ikke det obligationsretlige forhold mellem køber og sælger med hensyn til andet end mangler, dvs. fortrydelsesret, gennemførelse af en ejendomshandel etc. Bogen omfatter ligeledes ikke ejendomsformidlernes forpligtelser og erstatningsansvar.

Retsområdet mangler ved fast ejendom er principielt ulovbestemt. Købeloven omfatter ikke køb af fast ejendom, jf. lovens § 1 a, stk. 1.

Siden midten af 1990'erne har retsområdet dog været underlagt en delvis lovregulering, nemlig ved lov nr. 391 af 14. juni 1995 med senere ændringer om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom m.v., nu lovbekendtgørelse nr. 1123 af 22. september 2015. Denne lov, der spiller en hovedrolle i bogen, omtales i bogen som »LFFE«.

LFFE omfatter to forskellige regelsæt, dels et regelsæt i lovens kapitel 2-4 om fortrydelsesret for købere af faste ejendom-

Kapitel 1. Generelle emner

me, dels et regelsæt i lovens kapitel 1 vedrørende en ordning med sælgers fremlæggelse af tilstandsrapport og tilbud om ejerskifteforsikring.

Ordningen med tilstandsrapport og tilbud om ejerskifteforsikring gennemsyrrer bogens fremstilling. I overensstemmelse med den sædvanlige betegnelse i dag omtales denne ordning i bogen som »huseftersynsordningen«. (I tidligere udgaver af bogen omtales ordningen som LFFE's ordning eller ordningen i loven om forbrugerbeskyttelse el.).

Reglerne om fortrydelsesret omtales derimod ikke i bogen, da de som nævnt ligger uden for dens emne.

Huseftersynsordningen er blevet ændret på forskellig måde siden dens indførelse pr. 1. januar 1996. To væsentlige ændringsforløb må fremhæves på dette sted:

- Forskellige ændringer af LFFE ved lov nr. 437 af 31. maj 2000 og en samtidig udstedelse af en bekendtgørelse med bindende regler om ejerskifteforsikringens dækningspligt. Desuden blev der i 2000 etableret et nævn til at behandle klager over tilstandsrapporter, nu Disciplinær- og klagenævnet for beskikkede bygningssagkyndige.
- En række ændringer af LFFE ved lov nr. 609 af 14. juni 2011 med forskellige nye bekendtgørelser. Disse ændringer, der trådte i kraft 1. maj 2012, er omfattende og omtales i bogen som »reformen pr. 1. maj 2012«.

Retsområdet mangler ved fast ejendom har en intens og begivenhedsrig udviklingshistorie.

Indtil 1. januar 1996, da LFFE trådte i kraft, blev retsområdet som ulovbestemt administreret og udviklet i retspraksis, til dels med støtte fra teorien, der var begyndt at interessere sig for retsområdet fra efterkrigsårene.

1. Hovedpunkter og udviklingstendenser

Indtil omkring 1960 synes domstolene at have været restriktive med at tillægge købere af fast ejendom mangelsbeføjelser. Fra ca. 1960 til ca. 1980 skete der imidlertid en afgørende ændring. Medens en sælgers mangelshæftelse indtil da i høj grad havde beroet på sælgers subjektive forhold, dvs. sælgers eventuelle »culpa«, gik man nu over til generelt at lade mangler ved faste ejendomme udløse afslag i købesummen uden videre. Afslag på objektivt grundlag blev den dominerende mangelsbeføjelse, og der dannede sig også en tilbøjelighed til at pålægge sælgerne garantihæftelse for urigtige oplysninger i salgsdokumenterne. Samtidig trådte købernes undersøgelsespligt i baggrunden. Det er nok dækkende at sige, at sælgernes mangels-hæftelse blev objektiveret.

I 1980'erne indledte retspraksis en vis retræte, og der begyndtes en udvikling i retning af at begrænse sælgernes mangelshæftelse, navnlig ved anvendelse af en mindstegrænse for afslag. Baggrunden for dette var en almindelig fornemmelse hos praktikerne om, at retstilstanden havde bevæget sig for langt i retning af at pålægge sælgerne mangelshæftelse. De to artikler af henholdsvis Uffe Baller og Jørgen Nørgaard, der nævnes i slutningen af afsnit 3 nedenfor, spillede en væsentlig rolle i sammenhængen.

Udviklingen i retning af begrænsning af sælgernes mangels-hæftelse fortsatte op gennem 1990'erne, navnlig i form af stadig stigningstendenser for mindstegrænsen for afslag. Udviklingen kulminerede med vedtagelsen i 1995 af LFFE, idet huseftersynsordningen bl.a. går ud på en meget væsentlig begrænsning af sælgernes mangelshæftelse. Huseftersynsordningen og det udvalgsarbejde, der lå bag den, var et direkte resultat af praktikerne utilfredshed med retstilstanden og en deraf følgende stadig debat i praktikerkredse.

Kapitel 1. Generelle emner

Før LFFE var der mange sager om mangler ved fast ejendom, og disse sager var simpelthen en væsentlig del af byretternes arbejdsområde. Det var en almindelig antagelse i 1980'erne, at der hver dag blev afsagt to-tre domme om mangler ved fast ejendomme solgt ved almindelige private salg.

Derimod ser det ud til, at der nu er langt færre retssager om mangler ved fast ejendom som før huseftersynsordningens indførelse. Dette hænger utvivlsomt sammen med, at langt de fleste ejendomssalg sker under brug af huseftersynsordningen. Denne ordning har således medført en meget betydelig reduktion i antallet af retssager, og den har derfor opfyldt et af sine hovedformål, dvs. at afspænde retsområdet og gøre det nogenlunde farefrit at sælge sit hus.

Det er dog ikke udtryk for, at retsområdet har tabt sin betydning. Der er stadigvæk en del retstvister, også under huseftersynsordningen, ligesom der gælder nogle undtagelser fra ordningen. Den kan heller ikke anvendes på alle salg. Desuden har ordningen medført, at retsområdet i høj grad har skiftet karakter fra at være obligationsretligt til at være forsikringsretligt. Tidligere angik retsområdet kun det obligationsretlige forhold mellem sælger og køber. I dag angår retsområdet i væsentlig grad det forsikringsretlige forhold mellem køber og ejerskifteforsikringen.

Som følge af huseftersynsordningen er retsområdet imidlertid blevet afdramatiseret og indtager nu sin naturlige plads blandt andre væsentlige obligationsretlige retsområder som fx entrepriseretten og erstatningsretten.

Huseftersynsordningen og dens rolle i praksis har i sig selv gennemgået et udviklingsforløb.

Før huseftersynsordningens indførelse pr. 1. januar 1996 var købernes advokater indlevet i, at en mangel ved et hus næsten pr. automatik medførte et sagsanlæg mod sælger. Huseftersynsordningen medførte nærmest en slags desorientering over, at dette ikke længere skulle væ-

1. Hovedpunkter og udviklingstendenser

re tilfældet, men man fokuserede til gengæld på muligheden for at rejse erstatningskrav mod den bygningsagkyndige, der havde udfærdiget tilstandsrapporten. Det var til at begynde med nærmest en almindelig opfattelse, at mangler ved et hus stadig skulle udløse et sagsanlæg, nu blot mod den bygningsagkyndige i stedet for sælger.

Efter nogle år kom der også fokus på, at sælger stadig havde mangelhæftelse for ulovlige bygningsindretninger. Som en advokat sagde under en samtale ca. 2000: »Vi har opdaget de ulovlige bygningsindretninger«. Baggrunden herfor var Højesterets dom i UfR 1998 s. 474 H, se omtalen af denne dom i bogens kapitel 16, afsnit 4.3.1.

Til at begynde med var der derimod ikke den store fokus på ejerskifteforsikringen, selvom den må ses som det centrale sidestykke til sælgers fritagelse for mangelhæftelse. Dette hang sammen med en almindelig opfattelse hos købernes advokater om, at ejerskifteforsikringerne ikke var meget værd.

Ændringerne af huseftersynsordningen i 2000 havde imidlertid tilsyneladende afgørende betydning. Disse ændringer gik bl.a. ud på, at sælger skal betale halvdelen af præmien for ejerskifteforsikringen, ligesom der blev indført bindende regler om ejerskifteforsikringens dækningspligt. Tilsyneladende tegner køberne nu for det meste ejerskifteforsikringerne, og huseftersynsordningen er for så vidt i årene efter 2000 kommet til at fungere efter sit formål. Det er en naturlig og nødvendig konsekvens heraf, at en væsentlig del af fremstillingen i denne bog angår enkeltheder i ejerskifteforsikringens dækningspligt.

I sammenhængen kan i øvrigt bemærkes, at købers advokat generelt synes at have pligt til at tilråde køber at tegne ejerskifteforsikringen. Se herved UfR 2008 s. 1079 V: Ifølge køber havde den berigtigende advokat sagt, at det ikke var nødvendigt at tegne ejerskifteforsikringen. Advokaten var senere afgået ved døden. Advokatfirmaet var erstatningsansvarligt over for køber i anledning af en mangel, fordi den berigtigende advokat ikke havde sikret sig bevis for indholdet af sin rådgivning om ejerskifteforsikringen.

Udviklingen er indtil videre kulmineret med reformen af huseftersynsordningen pr. 1. maj 2012. Denne reform går bl.a. ud på, at ulovligheder og funktionsfejl ved installationer nu er omfattet både af sælgers fritagelse for mangelhæftelse og ejerskifteforsikringens dæk-

Kapitel 1. Generelle emner

ningspligt. Desuden er ejerskifteforsikringernes dækningspligt udvidet på forskellig måde i øvrigt.

2. Materialesamlingen

Til denne bog knytter der sig en materialesamling om mangler ved fast ejendom på internettet under adressen www.hpros.dk, i bogen omtalt som »materialesamlingen«. Den indeholder links til regler og lovmotiver m.m. samt referater med kommentarer af en lang række afgørelser fra domstolene og Ankenævnet for Forsikring m.m. Den indeholder også emneregistre og en søgefunktion.

Materialesamlingen ajourføres løbende. Den afløser min bog »Den aktuelle retspraksis om mangler ved fast ejendom«, 3. udgave, Forlaget Thomson 2007, i det følgende omtalt som Den aktuelle retspraksis, der ikke vil udkomme i flere udgaver. Den aktuelle retspraksis ligger imidlertid i materialesamlingen i pdf-format, og henvisninger til materialesamlingen kan derfor også omfatte derfor også henvisninger til Den aktuelle retspraksis.

Den aktuelle retspraksis indeholder referater af offentliggjorte domme om mangler ved fast ejendom fra 1990 til en gang i 2007 samt referater af et antal afgørelser fra det tidligere Ankenævnet for Huseftersyn og fra Ankenævnet for Forsikring fra ca. 2005-2007.

Forskellige senere afgørelser er refereret i materialesamlingen, der som nævnt yderligere indeholder kommentarer til dem.

En væsentlig forskel på tilstanden i dag i forhold til tilstanden, før huseftersynsordningen satte sig igennem, er at betydningen af den utrykte retspraksis er blevet mindre end tidligere. Før huseftersynsordningen var retsområdet mangler ved fast ejendom en slags mørkeområde, der kun kunne udforskes ved uhyre omfattende studier af utrykt retspraksis. I dag bliver de fleste domme af betydning tilsyneladende offentliggjort i Uge-

3. Litteratur om mangler ved fast ejendom

skrift for Retsvæsen, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret eller Forsikrings- og Erstatningsretlig Domssamling.

I denne bog henvises der derfor i modsætning til i dens første udgaver stort set ikke til utrykt retspraksis. Bogen henviser desuden for det meste kun til afgørelser, der er refereret i materialesamlingen.

3. Litteratur om mangler ved fast ejendom

Retsområdet mangler ved fast ejendom har i efterkrigsårene givet anledning til en omfattende litteratur.

Henvisninger til nyere litteratur er indeholdt rundt om i bogen. Her skal nævnes, at den centrale litteratur ud over denne bog består af følgende:

Carsten Munk-Hansen: Ansvarsregulering i overdragelsesaftaler, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2007. Er en specialafhandling om ansvarsfraskrivelse m.m.

Carsten Munk-Hansen: Fast ejendom, Overdragelsesaftalen, mangler og anden misligholdelse, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010. Indeholder forskellige fremstillinger om sælgernes mangelshæftelse.

Carsten Munk-Hansen: Fast Ejendom II, Bolighandlen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016. Består navnlig af en fremstilling om de samme emner som nærværende bogs emner, men bygget noget anderledes op og med en anden tilgang. Nærværende bog henviser en del steder til den omtalte bog under betegnelsen *Munk-Hansen II*. Til gengæld henvises der ikke til de to andre nævnte bøger fra Munk-Hansen, allerede fordi Munk-Hansen II må antages at repræsentere forfatterens synspunkter tilstrækkeligt.

Peter Pagh: Fast Ejendom – Regulering og Køb, 3. udgave, Karnov Group 2017. Indeholder s. 53-150 en fremstilling om mangelshæftelsen for sælgere af fast ejendom.

Nogle centrale ældre litteraturfremstillinger må også nævnes.

Den første egentlige teoretiske fremstilling om retsområdet var P. Spleth: Nogle Bemærkninger om dansk Rets Stilling med Hensyn til

Kapitel 1. Generelle emner

Mangelsbeføjelser ved Køb af fast Ejendom, TfR 1947 s. 154 ff. Denne afhandling havde vistnok væsentlig betydning for retsudviklingen i nogle år.

Hovedværket inden for området har været Anders Vinding Kruse: *Misligholdelse af ejendomskøb*, senere *Ejendomskøb*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave 1954, seneste udgave 6. udgave fra 1992 under medvirken af Jens Møller og Peter Otken. Denne bog har præget retsudviklingen meget betydeligt. Den er imidlertid uden betydning nu allerede som følge af huseftersynsordningen.

To ældre tidsskriftartikler var banebrydende. Det drejer sig om en artikel af Uffe Baller i UfR 1979 B s. 361, der introducerede begrebet mindstegrænse for afslag, og en artikel af Jørgen Nørgaard i UfR 1980 B s. 1, der introducerede et almindeligt princip om, at afslag udmåles efter forholdene på handelstidspunktet.

4. Retsområdets indhold

Retsområdet mangler ved fast ejendom udgøres af to forskellige retssystemer, der lever ved siden af hinanden, dels de almindelige ulovbestemte regler om sælgernes mangelshæftelse, dels retstilstanden under huseftersynsordningen.

Reglerne om sælgers mangelshæftelse findes i den almindelige ulovbestemte retstilstand, der kan udledes af retspraksis og litteraturen m.m. *Den almindelige ulovbestemte retstilstand gælder stadig*. Den er ikke ophævet ved huseftersynsordningen.

Retstilstanden under huseftersynsordningen går derimod ud på, at hvis et ejendomssalg er omfattet af ordningen, fritages sælger fra den mangelshæftelse, som sælger ellers ville have haft i henhold til den almindelige ulovbestemte retstilstand. Sælger bevarer dog sin mangelshæftelse på visse punkter, og den mangelshæftelse, som sælger således bevarer, er altså mangelshæftelsen i henhold til den almindelige ulovbestemte retstilstand.

At retsområdet mangler ved fast ejendom således består af to forskellige retssystemer, der gælder ved siden af hinanden, og som til dels

5. Mangelsbegrebet

overlapper hinanden, medfører en betydelig komplicering af retsområdet. Det kompliceres desuden af, at huseftersynsordningen i sig selv udgøres af tre forskellige retstilstande, der til dels afviger fra hinanden, se herom bogens kapitel 2, afsnit 5.

Reformen pr. 1. maj 2012 har tilført retsområdet en yderligere komplikation, idet huseftersynsordningen nu har et noget forskelligt indhold, alt efter om huset er solgt før eller efter 1. maj 2012.

Da langt de fleste ejendomssalg i dag er omfattet af huseftersynsordningen, har jeg ligesom i bogens forrige udgave fundet det naturligt at markere dette ved at placere fremstillingen om denne ordning i bogens 1. del. Den ulovbestemte retstilstand om sælgernes mangelhæftelse fremstilles i bogens 2. del.

Resten af dette kapitel indeholder en fremstilling om forskellige generelle spørgsmål vedrørende sælgernes mangelhæftelse.

5. Mangelsbegrebet

5.1. Almindelige bemærkninger

Efter traditionen skal der foreligge en såkaldt »mangel«, for at en sælger kan blive pålagt mangelhæftelse. Det er imidlertid uklart, hvad der ligger i dette, og terminologien er vaklende. Hvis man ikke er opmærksom på disse forhold, kan man indimellem blive desorienteret over brugen af ordet mangel i litteratur og domme inden for retsområdet.

Efter en almindelig sproglig forståelse skulle man tro, at ordet mangel betyder »fælles grundbetingelse for mangelhæftelse«. Ordet bruges imidlertid ikke i denne betydning.

I tidligere teori brugtes ordet mangel navnlig som sigtende til forhold, der kan danne grundlag for ophævelse eller afslag. I dag bruges ordet imidlertid almindeligvis heller ikke i denne betydning.

Kapitel 1. Generelle emner

I denne bog anvendes principielt et såkaldt »funktionelt« mangelsbegreb, dvs. at ordet mangel i bogen bruges som en praktisk sproglig samlebetegnelse for forhold, som giver eller kan tænkes at give køber mangelsbeføjelser. Ordet bruges således uden egentligt selvstændigt indhold.

Hvis ordet mangel bruges med selvstændigt indhold, dvs. i betydningen grundbetingelse for en eller flere mangelsbeføjelse(r), er ordet derimod udtryk for et såkaldt »materielt« mangelsbegreb.

Det er vanskeligt fuldt ud at fastholde en intention om at bruge et funktionelt mangelsbegreb. Der er tilsyneladende et mentalt behov for brug af ordet mangel til at udløse en indstilling om, at der skal noget særligt til, for at en defekt kan medføre mangelsbeføjelser. Der er for så vidt behov for at opstille et egentligt materielt mangelsbegreb inden for retsområdet. Alle forsøg på dette er imidlertid mig bekendt hidtil slået fejl i den forstand, at de ikke har opfyldt behovet. Betingelserne for de enkelte mangelsbeføjelser er så forskellige, at et materielt mangelsbegreb ikke kan blive andet end en ret intetsigende oversigt over mangelsbeføjelserne.

Til illustration af disse forhold og af den omtalte inkonsistens i den gængse terminologi kan fx henvises til UfR 1992 s. 82 H, der frifandt sælger for garantiansvar med begrundelse, at der ikke forelå en mangel, men hvor realiteten tilsyneladende var, at der ikke var givet garanti. Desuden kan nævnes en almindelig tendens i retspraksis til at henvise til, om der foreligger en »retligt relevant mangel«. Som et helt tilfældigt eksempel kan nævnes UfR 2013 s. 2454 V: Sælger pålagt erstatningsansvar for ikke at have oplyst om nogle nedgravede affaldsdepoter bl.a. med henvisning til, at der var tale om en retligt relevant mangel.

En henvisning til, om der foreligger en retligt relevant mangel, er imidlertid cirkulær og dermed reelt indholdsløs. Henvisningen forudsætter, at det er en betingelse for mangelsbeføjelse, at der foreligger en retligt relevant mangel. Men retligt relevante mangler kan kun defineres som mangler, der kan danne grundlag for en mangelsbeføjelse. En sådan henvisning er derfor en tydelig illustration af det omtalte mentale behov for et materielt mangelsbegreb.

5. Mangelsbegrebet

Bet. II indeholder s. 117-19 en slags skitse til et materielt mangelsbegreb baseret på retspraksis, og mot. indeholder i punkt 2.1 en kort opstilling af et materielt mangelsbegreb. Edlund: Handel s. 153-54 og Theilgaard s. 27 ff. opstiller en slags materielt mangelsbegreb i hovedtræk. Disse mangelsbegreber er reelt blot en oversigt over mangelsbeføjelserne. Edlund: Rapport anvender tilsyneladende et rent funktionelt mangelsbegreb.

Pagh giver s. 53 ff. en fremstilling om mangelsbegrebet ved fast ejendom. S. 58 udtales, at Pagh anvender ordet mangel i betydningen, at den købte ejendom ikke svarer til det aftalte. Pagh anvender således et materielt mangelsbegreb. Pagh anvender dog ikke dette mangelsbegreb i betydningen fælles grundbetingelse for mangelshæftelse, men sonderer mellem mangel og misligholdelsesbeføjelser, dvs. de retsfølger, som køber kan iværksætte i anledning af en mangel.

Også Munk-Hansen II ser tilsyneladende mangelsbegrebet som et spørgsmål om parternes aftale.

Jeg har for mit vedkommende svært ved at se nogen systematisk eller fremstillingsmæssig fordel ved at definere begrebet mangler sådan, at der foreligger en mangel, når ejendommen ikke svarer til det aftalte. Det springende punkt i denne forbindelse måtte være, *hvad* parterne har aftalt, og i hvert fald med hensyn til de såkaldte generelle mangler har parterne typisk ikke aftalt noget overhovedet. Afgørelsen af, om der foreligger en generel mangel, skal derfor alligevel foretages løsrevet fra parternes aftale. (Se om begrebet generelle mangler afsnit 5.2 straks nedenfor).

Som følge af disse indvendinger kunne man måske tænke sig at udbygge et mangelsbegreb som det omtalte med følgende: Der foreligger en generel mangel, når ejendommen ikke svarer til, hvad parterne skal anses for at have aftalt.

Hverken Pagh eller Munk-Hansen synes dog at anvende et sådant mangelsbegreb, og jeg kan heller ikke selv gå ind for det. Enhver konstruktion af typen, at en part skal »anses« for at have gjort et eller andet, er efter min opfattelse en fiktion, der kun kan have til formål at fritage den, der opstiller den, fra at identificere og formulere den egentlige realitet.

Kapitel 1. Generelle emner

5.2. Generelle mangler kontra individuelle mangler

Tidligere teori sondrede mellem generelle mangler i henhold til det generelle (eller abstrakte) mangelsbegreb og individuelle mangler. I henhold til denne sondring er generelle mangler forhold, der bliver til mangler, fordi de går ud over, hvad købere i almindelighed har pligt til at acceptere, medens individuelle mangler er forhold, der bliver til mangler som følge af en fortolkning af det konkrete retsforhold.

Sondringen er nærliggende, for så vidt som det kan afhænge af omstændighederne ved den enkelte ejendomshandel, om en defekt udløser mangelsbeføjelser og således er en mangel. Hvis det har spillet en afgørende rolle for køberen, at ejendommens omgivelser er rolige, og dette har været kendeligt for sælgeren, skal der nok mindre til end ellers for at udløse mangelsbeføjelser i anledning af støjgener fra en nabo.

Situationen kan også vendes om. Hvis sælger før salget har oplyst, at der er støjgener fra en nabo, kan disse støjgener naturligvis ikke give køber mangelsbeføjelser. I det hele taget er det klart, at forhold, som køber af en eller anden grund kendte eller burde kende ved købet, ikke kan danne grundlag for mangelsbeføjelser. Dette må også gælde, hvis det er en person, som køber identificeres med efter almindelige principper om identifikation, der kendte eller burde kende forholdet, fx købers advokat.

Til illustration af det sidste kan nævnes UfR 2004 s. 1530 H (sælger havde ikke mangelshæftelse i anledning af nogle revnedannelser, bl.a. fordi købers advokat ved købet kendte eller burde kende revnedannelser) og 2010 s. 2354 Ø (sælger havde ikke mangelshæftelse i anledning af forurening fra en gammel ikke tømte olietank, fordi køber ved købet kendte eller burde kende olietankens eksistens gennem en ejendomsoplysning fra kommunen; det fremgår, at i hvert fald købers advokat havde fået ejendomsoplysningen før købet).

5. Mangelsbegrebet

Et markant eksempel fra den senere tid på en individuel mangel viser UfR 2016 s. 3638 V (sælger pålagt afslag i anledning af et defekt dræn med henvisning til, at sælger til tilstandsrapporten havde oplyst, at der var omfangsdræn, og at køber havde tillagt denne oplysning stor betydning).

De her omtalte spørgsmål grænser op til begrebet købers undersøgelsespligt, der er nærmere omtalt i bogens kapitel 17, afsnit 1, men har efter min opfattelse principielt ikke noget med dette begreb at gøre.

Bemærkningerne her er i øvrigt inspireret af Paghs fremstilling om købers undersøgelsespligt s. 64 ff.

Sondringen mellem generelle og individuelle mangler har formentlig også sammenhæng med den såkaldte forudsætningslære, idet denne lære arbejdede med en sondring mellem typeforudsætninger og individuelle forudsætninger, se afsnit 6 nedenfor om forudsætningslæren og dens betydning for tidligere teori.

I denne bog anlægges imidlertid ikke en sondring mellem generelle og individuelle mangler, da en sådan sondring ikke skønnes at have nogen særlig fremstillingsteknisk eller anden værdi. Om der foreligger en mangel, må under alle omstændigheder afgøres konkret i hvert tilfælde.

Tilsvarende Pagh s. 59 og Jørgen Nørgaard i UfR 1989 B s. 282 og s. 284. Reelt tilsvarende også Edlund: Handel s. 15., Munk-Hansen II omtaler sondringen mellem generelle og individuelle mangler s. 242 ff. og giver bl.a. udtryk for, at huseftersynsordningen virker bedst ved generelle mangler.

Bemærkningerne her sigter kun til sælgernes mangelshæftelse. En sondring mellem generelle og individuelle mangler er derimod i virkeligheden fundamental i relation til ejerskifteforsikringernes dækningspligt, da en ejerskifteforsikring ikke skal dække købers individuelle forudsætninger, se bogens kapitel 6, afsnit 5. Realiteten er derfor på sin vis, at ejerskifteforsikringerne kun skal dække generelle

Kapitel 1. Generelle emner

mangler i den traditionelle betydning af dette udtryk, og jeg er for så vidt enig i den refererede udtalelse hos Munk-Hansen. (Hermed være dog på ingen måde sagt, at det, som ejerskifteforsikringen skal dække, er generelle mangler i forholdet mellem sælger og køber, se nærmere bogens kapitel 2, afsnit 5.1).

6. Forudsætningslæren

Tidligere teori om mangler ved fast ejendom har været præget af den såkaldte forudsætningslære. Dette gælder således Anders Vinding Kruses *Ejendoms køb*. Også Spøth byggede på forudsætningslæren, i hvert fald i sine første afhandlinger og artikler om mangler ved fast ejendom. Forholdet skyldes vel, at disse forfattere var elever af Henry Ussing, der var den dominerende obligationsretlige teoretiker i mellem- og efterkrigsårene, og som opstillede en forudsætningslære som en grundlæggende obligationsretlig konstruktion.

I nutidig teori er forudsætningslæren forladt, i hvert fald som central obligationsretlig konstruktion. Denne bog bygger heller ikke på forudsætningslæren, og den skal derfor ikke omtales nærmere.

Det skal blot fremhæves, at der ligefrem er grund til at advare mod forudsætningslæren, idet den kan være farlig og føre til reelt ubegrundede resultater (påpeget af Stig Jørgensen i *UfR* 1963 B s. 176). I de tilfælde, hvor man kan føle sig foranlediget til at bruge forudsætningslæren som begrundelse for et bestemt resultat, bør man efter min opfattelse i stedet henvise til en risikoafvejning eller lignende.

Edlund: *Handel* synes s. 171 ff. at opfatte mangelsbeføjelserne ophævelse og afslag som et spørgsmål om købers berettigede forudsætninger. Dette er i og for sig i overensstemmelse med *Ejendoms køb*, der anser disse mangelsbeføjelser som »forudsætningsbeføjelser« på grundlag af forudsætningslæren. Edlund henviser dog ikke til forudsætningslæren, men synes at se mangelsbedømmelsen i de nævnte relationer som en risikoafvejning.

Ulfbeck udtaler s. 51, at det endelige opgør med forudsætningslæren kom med den artikel fra 1963 af Stig Jørgensen, til hvilken der er

7. Skjulte mangler og udviklingskader

henvist ovenfor. Ulfbeck udtaler videre, at forudsætningslæren ikke efterfølgende er blevet lagt til grund for misligholdelseslæren. Det sidste er dog en sandhed med modifikationer. Forudsætningslæren levede videre inden for retsområdet mangler ved fast ejendom, idet hovedværket inden for dette område, dvs. Anders Vinding Kruses Ejendoms køb, byggede på forudsætningslæren, også i den seneste udgave fra 1992. Den første røst, der efter Stig Jørgensens artikel fra 1963 løftede sig mod forudsætningslærens anvendelse på mangler ved fast ejendom, var 1. udgave af nærværende bog i 1988.

Det seneste eksempel, jeg har kendskab til, på direkte anvendelse af forudsætningslæren inden for området mangler ved fast ejendom, er UfR 1981 s. 454 H.

I sammenhængen må dog nævnes det gældende princip om betingelserne for afslag, der blev fastlagt i UfR 2004 s. 1873 H. Dette princip minder om et kriterium om parternes »objektiverede hypotetiske vilje«, som Anders Vinding Kruse opstillede i tilknytning til forudsætningslæren, vist første gang i en artikel i UfR 1979 B s. 381. Efter min opfattelse er princippet imidlertid uhensigtsmæssigt, se navnlig bogens kapitel 16, afsnit 4.3.1.

7. Skjulte mangler og udviklingskader

Nogle mangler kan ikke konstateres umiddelbart, fordi konstateringen af dem kræver destruktive indgreb, fx manglende hulmursisolering, eller fordi de ikke er kommet til fuld udvikling ved risikoens overgang, fx en fejlfundering, der endnu ikke har medført sætninger. Sådanne mangler kaldes traditionelt »skjulte« mangler.

Skjulte mangler er mangler i henseende til sælgernes mangelshæftelse og giver principielt ikke anledning til særlige problemer ved den retlige behandling. Skjulte mangler af den sidstnævnte type, dvs. mangler, der ikke er fuldt udviklede ved risikoens overgang, kan dog give anledning til visse afgrænsningsspørgsmål med hensyn til årsagsforbindelse, se afsnit 8 nedenfor.

Kapitel 1. Generelle emner

Visse defekter har karakter af »udviklingsskader«. Det drejer sig om defekter, som skyldes en udførelsesmetode eller et byggemateriale, som var almindeligt anerkendt på byggetidspunktet, men som senere har vist sig u hensigtsmæssig(t).

Det er fastslået i retspraksis, at udviklingsskader er mangler i henseende til sælgerhæftelse (hvis betingelserne for mangelhæftelse ellers er opfyldt).

At udviklingsskader er mangler, fremgår bl.a. af TBB 2004 s. 251 Ø og UfR 2005 s. 1030 V, begge vedrørende udviklingsskade ved tagbeklædning.

Alle dommene om udviklingsskader i materialesamlingen angår sælgere, der var professionelle bygherrer. Udviklingsskader er imidlertid også mangler i relation til almindelige private sælgers mangelhæftelse. Således UfR 1989 s. 74 V om udviklingsskade ved tagkonstruktion. Alle dommene angår desuden udviklingsskader ved tag, men dette kan utvivlsomt ikke tages som udtryk for, at det kun er udviklingsskader ved netop tag, der er mangler.

Det synes at være særegent for retsområdet mangler ved fast ejendom, at udviklingsskader er mangler. Det hænger vel sammen med de faste ejendommers lange levetid i forbindelse med, at de typisk sælges mange gange i denne levetid. Den, der køber en ejendom, forventer, at murene er tætte, og hvis det efter købet viser sig, at de er utætte, har køber alt andet lige ikke fået det for købesummen, som køber regnede med. Ejendommen er for så vidt mangelfuld, og dette må også gælde, selvom utætheden skyldes, at man ved husets opførelse for 15 år siden brugte en byggemetode, der dengang var almindelig, men som senere har vist sig u hensigtsmæssig.

Udviklingsskader er derimod ikke mangler inden for entrepriseretten, hvilket bl.a. følger af almindelige entrepriseretlige regler om, at entreprenørens arbejde skal udføres fagmæssigt korrekt, fx AB 92 § 10. Det er fagmæssigt korrekt at bruge en almindeligt anerkendt byggemetode, og det gør ingen forskel heri, hvis byggemetoden senere har vist sig u hensigtsmæssig. Den bygmester, der byggede det ovenfor beskrevne hus, vil således alt andet lige ikke ifalde entreprenøransvar. Det var derfor, at sælgeren (den professionelle bygherre) i TBB

8. Hvornår en mangel skal være til stede

2004 s. 251 Ø uden held gjorde gældende, at spørgsmålet om hans mangelshæftelse var entrepriseretligt.

Udviklingsskader kan heller ikke udløse produktansvar, jf. produktansvarslovens § 7, stk. 1 nr. 4, og § 10. Der kan vel desuden ikke tænkes tilfælde, hvor en sælger af løsøre ville ifalde mangelshæftelse for en udviklingsskade.

Udviklingsskader synes også omfattet af ejerskifteforsikrernes dækningspligt.

Således AF 89267 (ejerskifteforsikringen skulle dække defekte fuger i udvendige mure i et hus fra 2008, årsagen var, at udførelsesmetoden efter nutidens viden var uegnet; den var imidlertid accepteret på opførelsestidspunkt) og vel også AF 88270 (ejerskifteforsikringen skulle dække angreb af skimmelsvamp bag forsatsvægge, der var opsat i overensstemmelse med en gængs byggeskik, der senere har vist sig uhensigtsmæssig).

8. Hvornår en mangel skal være til stede

For at udløse mangelshæftelse skal en mangel være til stede ved risikoens overgang, hvilket i praksis vil sige den overtagelsesdag, der er fastsat i købsaftalen for ejendommen.

Med hensyn til mangler, der ikke er fuldt udviklede ved risikoens overgang, er det normalt tilstrækkeligt for at udløse mangelsbeføjelser, at manglens årsag var til stede ved risikoens overgang, og det er således ikke nødvendigt, at manglen var fuldt udviklet på dette tidspunkt. Hvis et hus får store sætningsskader nogle år efter købet som følge af en fejlfundering, har køberen alt andet lige mangelsbeføjelser i den anledning, også selvom sætningsskaderne ikke var begyndt ved risikoens overgang.

Nærmere dokumentation for ovenstående er næppe nødvendig, men der kan fx henvises til de sager, der er nævnt s. 178 under overskriften »Gamle« sager i Den aktuelle retspraksis,