

---

**JOHANNES MARSZALEK**

**Reklamationsplikt vid fel i utförd  
överlåtelsebesiktning**

**2013-14 NR 4**



**SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT**

---



# Reklamationsplikt vid fel i utförd överlåtelsebesiktning\*

JOHANNES MARSZALEK\*\*

## 1. Inledning<sup>1</sup>

Det är inte helt ovanligt att det efter en villafastighetsöverlåtelse visar sig att huvudbyggnaden på fastigheten är behäftad med en eller flera defekter. För köparens del kan det därvid komma i fråga att rikta krav mot flera olika ansvars- subjekt. Om defekterna funnits vid köpet och utgör fel i köprättslig mening, samt är att anse som dolda, kan det föreligga grund för en talan mot säljaren med stöd av 4 kapitlet jordabalken. Förmedlande fastighetsmäklare kan ha brustit i sina skyldigheter enligt fastighetsmäklarlagen och därigenom ådragit sig skadeståndsskyldighet. En fastighetsöverlåtelse föregås inte sällan av en okulär byggt teknisk undersökning av byggnaden, en s.k. överlåtelsebesiktning. Om felen inte är betrakta som dolda, kan det ligga nära till hands att hävda att besiktnings- mannen borde ha upptäckt och påtalat dessa för fastighetsköparen och att denna underlåtenhet konstituerar ett fel i det utförda besiktningsuppdraget.

Enligt 4 kap. 19 a § jordabalken får inte köparen gentemot säljaren åberopa att fastigheten är felaktig om köparen inte lämnar säljaren meddelande härom (reklamerar) inom skälig tid efter det att vederbörande märkt eller borde ha märkt felet. En bestämmelse med snarlikt innehåll återfinns i 26 § fastighets- mäklarlagen.<sup>2</sup> Därmed kan konstateras att fastighetsköparen är reklamations- pliktig både i förhållande till säljaren och fastighetsmäklaren. Vad som gäller i förhållandet mellan köparen och besiktningsmannen, vid avsaknad av avtalad reklamationsplikt, är dock mer osäkert.<sup>3</sup> Någon särskild lagstiftning för överlå-

\* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review).

\*\* Jur. kand., verksam vid Zacharias Advokatbyrå i Stockholm.

<sup>1</sup> Författaren tackar advokat Claude Zacharias för värdefulla kommentarer på ett utkast till denna artikel.

<sup>2</sup> Enligt ordalydelsen i 26 § fastighetsmäklarlagen är det endast rätten till skadestånd som går för- lorad vid för sen reklamation. Försummelse att reklamera enligt 26 § synes dock inte utgöra ett hinder för anspråk rörande nedsättning av mäklarprovisionen, jfr Melin, M., Fastighetsmäklar- lagen. En kommentar, Sthlm 2012, s. 317 f. samt Zacharias, C., 2011 års fastighetsmäklarlag, Lidingö 2013, s. 837 f. Däremot kan det inte uteslutas att även sistnämnda påföljd går förlorad på grund av en reklamationsplikt av allmän natur (se avsnitt 5 och 9 nedan).

<sup>3</sup> Sveriges Byggingenjörers Riksförbund (SBR) har framtagit ett särskilt modellavtal för överlå-

telsebesiktningssupplett finns inte i svensk rätt och Högsta domstolen har inte prövat frågan. Att besiktningssmannen framställer invändning om för sen reklamation är inte ovanligt i besiktningstvister och det finns därför skäl att närmare utreda vad den dispositiva rätten innehåller i detta avseende. Av visst intresse i sammanhanget är hovrättsfallet RH 2006:77 eftersom det rör just frågan om reklamationsplikt vid felaktigt utförd överlåtelsebesiktning. Hovrättsavgörandet belyser flera av de aspekter och överväganden som reklamationsfrågan aktualiserar i besiktningssammanhang och kommer därför tjäna som en illustration i den fortsatta framställningen. Rättsfallet är även intressant av den anledningen att professor Christina Ramberg medverkade i målet med ett sakkunnigutlåtande.

Syftet med denna framställning är att undersöka om det enligt gällande dispositiv rätt (de lege lata) alls föreligger reklamationsplikt vid fel i utförd överlåtelsebesiktning och identifiera vilka rekvisit en sådan rättsregel i så fall innefattar.<sup>4</sup> Även rättsföljden av försummad reklamation analyseras. Undersökningssuppgiften innebär att uppmärksamhet även kommer att ägnas åt frågan om det föreligger en allmän rättsgrundsats om reklamationsplikt i avtalsförhållanden. Syftet är dock endast att undersöka innebörden av en sådan reklamationsplikt i besiktningssammanhang och inte att närmare utreda dess innehåll i allmänhet. Framställningen riktar sig till bl.a. processande jurister som agerar ombud i besiktningstvister. Tanken därvid är att genomgående, i anslutning till de olika frågorna, presentera både argumenten som talar till fördel för besiktningssmannen och de argument som är till förmån för beställaren, som av naturliga skäl vill att besiktningssmannens reklamationsinvändning ska lämnas utan avseende. Som processande ombud är det också viktigt att hålla sig uppdaterad inom praxis från underrätterna. Artikeln kommer därför att redogöra för underrättspraxis i något större utsträckning än vad som är brukligt i framställningar av föreliggande slag.

## 2. Något om reklamationsbegreppet och olika typer av invändningar om passivitet

Reklamationsplikt brukar traditionellt definieras som en plikt för den avtalspart som önskar göra gällande påföljder på grund av motpartens avtals-

telsebesiktningar och modellavtalet utgör inte sällan avtalsinnehåll vid denna typ av besiktningssupplett. Modellavtalet innehåller en reklamationsbestämmelse liknande regleringarna i jordabalken och fastighetsmäklarlagen. Gällande modellavtal ger dock inget besked om rättsföljden då beställaren reklamerat för sent. Däremot innehåller modellavtalet en regel om tvåårig specialpreskription.

<sup>4</sup> Framställningen tar inte sikte på andra typer av besiktningssupplett, t.ex. entreprenadbesiktning. Den typen av upplett har särdrag som fordrar särskilda överväganden.

brott, att ge detta till känna inom viss tid från tidpunkten för kännedom om avtalsbrottet för att vara bevarad sitt anspråk.<sup>5</sup> Reklamationsinstitutet innebär sålunda att den förfördelade partens passivitet i vissa fall medför rättsverkan.<sup>6</sup> Nära reklamationen ligger preskriptionsinstitutet. Båda instituten rör verkan av parts passivitet och det förekommer i rättslitteraturen, och även i rättspraxis, att begreppen reklamation och preskription (medvetet eller omedvetet) blandas ihop och att det därför blir oklart vad som menas.<sup>7</sup> Att så är fallet kan antas bero på att begreppen är närbesläktade och att de vid första anblick kan uppfattas som beteckning på två olika led i en och samma rättsregel, där reklamationsbegreppet betecknar rättsfakta ("reklamation har skett för sent") och ordet preskription utgör benämningen på den rättsföljd som därmed inträder ("fordran är preskriberad"). Ytterligare en förklaring till detta är förmodligen att begreppet reklamation är flertydigt. Ordet utgör en benämning på ett rättsinstitut men det kan också åsyfta den fysiska handling samt den underrättelse (själva meddelandet) varigenom avtalsbrott påtalas eller invändningar och anspråk framställs. Det senare utgör ett relevant moment i de flesta typer av passivitetsregler. När man stöter på reklamationsbegreppet i doktrin är det alltså ibland osäkert om författaren uttalar sig rörande reklamationsplikt i traditionell mening eller om någon annan regel rörande verkan av parts passivitet.

Även om det finns paralleller mellan reklamations- och preskriptionsinstitutet ska noteras att det är fråga om olika rättsregler som delvis uppbärs av olika syften och ändamål. Låt vara att det funktionellt sett finns ett nära samband mellan reklamations- och preskriptionsregler, bl.a. på så sätt att preskriptionen anger den yttre tidsmässiga ram inom vilken reklamation måste ske.<sup>8</sup> Allmänt sett skiljer sig dock reklamationsregler från preskriptionsregler, såvitt avser rekvisiten, i det avseendet att preskriptionsfristen i regel är absolut och objektiv medan reklamationsfristen är mer flytande och beroende av subjektiva förhållanden hos den reklamationspliktiga parten.<sup>9</sup>

Reklamationsinstitutet måste även avgränsas i förhållande till andra närbesläktade passivitetsregler. En förfördelad part som förhåller sig passiv under

<sup>5</sup> Se t.ex. Lindskog, S., Preskription, Sthlm 2011, s. 684.

<sup>6</sup> En viss parallell kan dras till reglerna om avtalsslut genom passivitet. En skillnad består dock i att motpartens befogade tillit inte tillmäts betydelse enligt reklamationsreglerna. Jfr däremot vad som gäller vid s.k. eftergift strax nedan.

<sup>7</sup> Se t.ex. Halmstads tingsrätts dom 2004-10-20, mål T 1896-03; skrivningen "tvåårig reklamationsfrist" på s. 6 i domen. Jfr även Madsen, F., Finns det en regel om en allmän reklamationsplikt utanför det lagreglerade området – eller är det en fantomprincip, Infotorg Juridik, januari 2010; skrivningen "att ett framfört krav skulle vara preskriberat på grund av att reklamation inte skett, eller i vart fall inte skett rättidigt".

<sup>8</sup> Såväl åtskillnaden som sambandet är särskilt tydligt i 32 § köplagen där första stycket är en renodlad reklamationsregel medan andra stycket är en reglering om specialpreskription.

<sup>9</sup> Se Lindskog, S., Preskription, Sthlm 2011, s. 130 f. och 686 samt Hultmark, C., Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996, s. 45 ff. Jfr dock Mellqvist, M. & Persson, I., Fordran & Skuld, Sthlm 2011, s. 90.

längre tid riskerar att motparten med fog uppfattar passiviteten som en eftergift, eller med andra ord som ett godkännande av avtalsbrottet.<sup>10</sup> Underlåtenhet att påtala avtalsbrott kan även medföra att förfördelad parts rätt till skadeståndersättning jämkas, på grund av den allmänna avtalsrättsliga skyldigheten att minska skadeverkningarna av ett avtalsbrott, i den mån skada hade kunnat undvikas om reklamation skett i tid.<sup>11</sup> Vidare är det tänkbart att reklamationsförsummelsen anses konstituera en *medverkan* till skadan, vilket kan medföra jämkning av ersättningen enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer om medvållande.

Det ombud som företräder besiktningsmannen gör givetvis klokt i att överväga om inte åtminstone någon av nämnda passivitetsregler bör läggas till som ytterligare grund för bestridandet, vid sidan av en invändning om för sen reklamation.

### 3. Relevanta ändamål

En analys av reklamationsinstitutets betydelse vid fel i utförd överlåtelsebesiktning kräver ett medvetandegörande av reklamationsreglernas funktioner och ändamål i allmänhet (*ratio legis*). *Ratio legis* underlättar såväl förståelsen för reklamationsinstitutet som tolkningen av förekommande rekvisit. Därutöver fordras kunskap om överlåtelsebesiktning som avtalstyp, dess särdrag och typiska partsintressen. Det sagda gäller givetvis vid den rättsvetenskapliga analysen, men dessa aspekter är också viktiga att ha klart för sig när man som ombud i en rättsprocess argumenterar i frågor som rör reklamationsplikt, inte minst som det kan antas att domare i allmänhet är mottagliga för argument som är förankrade i relevanta ändamål och praktikabilitetshänsyn.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Se NJA 2012 s. 804, NJA 1987 s. 40, Hultmark, C., Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996 s. 35 ff. och 205 samt Lindskog, S., Preskription, Sthlm 2011, s. 685. Vad beträffar processrättslig verkan av parts eftergift, se 42 kap. 18 § 1 stycket 3 p. rättegångsbalken.

<sup>11</sup> Jfr Hultmark, C., Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996, s. 27, skiljedomen Profilgruppen AB /. KPMG 2010-22-22 samt Ramberg, C., Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag, JT 2010-11, s. 918 ff., s. 923 ff. samt vidare Lindskog, S., Preskription, Sthlm 2011, s. 680 ff.

<sup>12</sup> Jfr Hultmark, C., Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996, s. 17-22. En i doktrinen ofta framförd synpunkt är att skyldigheten att reklamera avtalsbrott följer av en generell kontraktuell lojalitetsplikt, se bl.a. Melin, M., Fastighetsmäklarlagen. En kommentar, Sthlm 2012, s. 264 och Ramberg, C., Reklamation mot advokater och revisorer, i SvJT 2010 s. 142 ff., s. 144. Frågan om det finns en allmän lojalitetsplikt är omdebatterad, jfr t.ex. Lehrberg, B., Kontraktuell lojalitetsplikt, Blendow Lexnova, november 2012, som i artikeln tar bestämt avstånd från förefintligheten av en sådan plikt av allmän natur. Oavsett hur det förhåller sig i det avseendet får reklamationsinstitutet anses stå på egna ben i svensk rätt såtillvida att en reklamationsplikt knappast förutsätter existensen av en allmän lojalitetsprincip. För en mer utförlig beskrivning av den

Reklamationsskyldigheten uppstår av flera olika ändamål vilka gör sig gällande med olika styrka beroende på avtalstypen, de specifika omständigheterna i det enskilda fallet samt den konkreta frågeställningen. I doktrinen brukar framhållas att skyldigheten att reklamera tillgodoser behovet av att förhindra prisspekulation på den avtalsbrytande partens bekostnad, ändamålet att begränsa skadeverkningarna av avtalsbrottet samt att kunna bevara den avtalsbrytande partens möjligheter att regressa mot tredje man, företa avhjälpande och säkra bevisning. Ytterligare funktioner som ofta anförs är att reklamationsreglerna tillgodoser den avtalsbrytande partens behov av att kunna ekonomiskt planera sin verksamhet och att plikten tvingar fram en avveckling av avtalsförhållandet.<sup>13</sup> När det gäller parternas olika intressen ska noteras att den avtalsbrytande parten har ett berättigat intresse av att i ett tidigt skede få del av den fördelade partens krav samtidigt som den senare inte ska behöva framställa krav innan vederbörande har kunnat överblicka situationen. Risken är annars stor att det framförs obefogade invändningar och anspråk som i sin tur leder till onödiga utredningar och kostnader för inblandade parter.<sup>14</sup>

Av föregående stycke framgår att skyldigheten att reklamera primärt är uppställd i den avtalsbrytande partens intresse. Reklamationsplikten åvilar den fördelade parten och det är denne som har att vidta en aktiv åtgärd för att vara bevarad sin rätt till påföljder. I konsumentförhållanden är alltså plikten normalt sett till fördel för näringsidkaren och i motsvarande mån till nackdel för konsumenten. Reklamationsplikten uppstår följaktligen inte av något särskilt konsumentskyddande hänsynstagande. Därav får enligt författarens mening anses följa att om det för en viss avtalstyp föreligger reklamationsskyldighet i konsumentförhållanden, finns det goda skäl att anta att samma skyldighet gäller även i kommersiella sammanhang.

#### 4. Överlåtelsebesiktning som avtalstyp

En överlåtelsebesiktning kan beskrivas som en okulär byggteknisk undersökning genom fackman som utförs i anledning av en förestående fastighetsöverlåtelse.<sup>15</sup> Uppdragets omfattning och närmare innebörd bestäms ytterst i avtalet mellan besiktningsmannen och beställaren, men syftet med besiktningen är i

rättsvetenskapliga diskursen kring lojalitetsbegreppet, se Samuelsson, P., *Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden*, Sthlm 2011, s. 197–205.

<sup>13</sup> Se bl.a. Hultmark, C., a.a., s. 27 ff., Ramberg, C., *Reklamation mot advokater och revisorer*, i SvJT 2010, s. 142 ff., s. 143 ff. samt Herre, J., *Något om reklamationsplikten vid köp av varor och tjänster*, i *Festskrift till Gertrud Lennander*, Sthlm 2010, s. 132 med vidare hänvisningar.

<sup>14</sup> Jfr NJA 2007 s. 35.

<sup>15</sup> Se Zacharias, C., *Besiktningsmannens ansvar vid överlåtelsebesiktningar*, Sthlm 2003, s. 23 samt NJA 2001 s. 269 och NJA 2007 s. 962.

regel att besiktningsmannen okulärt ska undersöka förekomsten av fysiska fel och brister i de byggnadskonstruktioner som finns på fastigheten och redovisa dessa för beställaren i ett skriftligt utlåtande. Besiktningsmannen har en informationsplikt som innebär att resultatet av uppdraget ska redovisas för beställaren på ett sätt som beställaren kan tillgodogöra sig och som möjliggör för beställaren att dra rimliga och korrekta slutsatser om fastighetens skick.<sup>16</sup>

En överlåtelsebesiktning är närmast att betrakta som en immateriell tjänst.<sup>17</sup> Det bör anmärkas att uppdrag om överlåtelsebesiktning är ett momentant avtal. Det är inte fråga om någon varaktig avtalsrelation, såsom är fallet vid många andra immateriella tjänster. Överlåtelsebesiktningen skiljer sig dessutom i det avseendet att uppdraget har ett tydligt samband med ett fysiskt objekt, alltså själva fastigheten.<sup>18</sup> Däremot syftar inte uppdraget till att prestera ett bestämt fysiskt resultat avseende fastigheten, vilket är ett skäl till att konsumenttjänstlagen inte är direkt tillämplig på överlåtelsebesiktningsuppdrag. Besiktningsmannens ansvar kan sålunda inte betecknas som ett resultatansvar, utan snarare som ett ansvar att visa *omsorg* vid fullgörandet av uppdraget.<sup>19</sup>

Vad som ligger i kravet på omsorg är av naturliga skäl inte helt lätt att definiera. I underrättspraxis har det ansetts lämpligt att söka vägledning i 4 § konsumenttjänstlagen och det däri förekommande begreppet *fackmässighet*.<sup>20</sup> Bengtsson har uttalat att kravet på fackmässigt utförande i 4 § konsumenttjänstlagen, som närmast också är en form av förpliktelse att visa omsorg, har en mera allmän räckvidd inom tjänsteområdet.<sup>21</sup> Angående begreppets närmare innebörd anförs i motiven till 4 § konsumenttjänstlagen att ”det i praktiken normalt inte innebär några större svårigheter att avgöra vad fackmässigheten fordrar i olika situationer på olika områden. I många branscher kan vägledning hämtas i allmänna eller särskilda beskrivningar eller anvisningar avseende material och metoder m.m. Därtill kommer som en grundläggande norm för bedömningen vad som i olika fall utgör god yrkes- eller branschpraxis”.<sup>22</sup> Begreppet i sig är dock tämligen normativt till sin karaktär. I konsekvens därmed kommer bedömningen av om en besiktningsman agerat fackmässigt vid uppdragets utförande oundvikligen innefatta åtminstone ett visst utrymme för skönsmässiga överväganden, vilket i sin tur minskar förutsägbarheten i rättstillämpningen.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Se NJA 2001 s. 269.

<sup>17</sup> Se NJA 2007 s. 962.

<sup>18</sup> Jfr Hellner, J., m.fl., Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt., H. 1, Sthlm 2010, s. 224.

<sup>19</sup> Jfr Hellner, J., m.fl., a.a. s. 232 samt Bengtsson, B., i Ds 2008:55, Bör konsumenttjänstlagen utvidgas? En diskussionspromemoria, s. 93 och 148.

<sup>20</sup> Jfr t.ex. RH 1998:60, Svea hovrätts dom 2002-04-12, mål T 2877-01 och ARN 2009-6362.

<sup>21</sup> Se Bengtsson, B., a.a. s. 98 och 101 ff.

<sup>22</sup> Se prop. 1984/85:110 s. 157.

<sup>23</sup> Om begreppet fackmässighet, se bl.a. Johansson, S., Konsumenttjänstlagen. En kommentar, Sthlm 2013, s. 128 ff. med vidare hänvisningar. Vad avser begreppets innebörd i entreprenadrättsliga sammanhang, se bl.a. Åhl, L., Fackmässighet – vad är det?, maj 2011, Blendow Lexnova.

Valet att låta utföra en överlåtelsebesiktning torde inte sällan förmedlas av köparens undersökningsplikt enligt 4 kap. 19 § jordabalken. Som regel är det sålunda fastighetsköparen som anlitar besiktningsman. Det förekommer dock besiktningar som utförs på uppdrag av säljaren, s.k. säljarbesiktning.

Grauers har påtalat att de flesta fastighetsköp ingås mellan privatpersoner.<sup>24</sup> Oavsett om det är köparen eller säljaren som beställt besiktningen, utgör alltså relationen mellan beställaren och besiktningsmannen ofta ett konsumentförhållande.

Rättspraxis rörande fel i utförd överlåtelsebesiktning rör ofta fuktrelaterade defekter i den besiktigade byggnaden.<sup>25</sup> Fuktgenomslag kan snabbt förorsaka omfattande skador i ett bostadshus och innebär inte sällan betydande åtgärds-kostnader. Fel i utförandet av besiktningsuppdraget kan därmed ha långtgående ekonomiska konsekvenser för beställaren. Samtidigt ska noteras att en överlåtelsebesiktning får betecknas som en komplex tjänst där risken för fel i tjänsten är relativt stor. Detta hänger delvis också samman med svårigheten att definiera vad som ligger i besiktningsmannens skyldighet att iakta omsorg och fackmässighet.

Beställaren har i regel ett betydande kunskapsunderläge i förhållande till besiktningsmannen. Den förre förlitar sig på besiktningsmannens expertis och saknar vanligtvis själv erforderliga kunskaper för att kunna bedöma om besiktningsmannen agerat fackmässigt eller inte. En köpare kan efter tillträdet till fastigheten ha betydande svårigheter att på egen hand avgöra om det föreligger fel i fastigheten och om dessa är av sådant slag att de borde ha uppmärksamats av besiktningsmannen. Ofta torde en sådan bedömning förutsätta att det utförs både en ny teknisk undersökning liksom överläggning med juridisk expertis.<sup>26</sup> På både köparens och säljarens sida kan det dessutom finnas försäkringar tecknade ur vilka felen kan berättiga till försäkringsersättning. Det kan upplevas som näraliggande för beställaren att i första hand vända sig till berörda försäkringsgivare med sina krav. Handläggningen hos försäkringsgivaren drar inte sällan ut på tiden, vilket kan medföra tidsutdräkt innan köparen framställer anspråk mot besiktningsmannen. För medlemmar i Svenska Byggingenjörers Riksförbund (SBR) gäller krav på ansvarsförsäkring och det kan antas att de flesta besiktningsmän som inte är med i SBR också innehar sådant försäkringsskydd.

<sup>24</sup> Se Grauers, F., Reklamationsfristen vid fastighetsköp, 2009, i Infotorg Juridik.

<sup>25</sup> För en utförlig genomgång av praxis fram till 2003, se Zacharias, C., a.a.

<sup>26</sup> Att ett fel är dolt i jordabalkens mening behöver inte med automatik innebära att det inte har omfattats av besiktningsmannens uppdrag. Det är fråga om olika bedömningsnormer och det är därför tänkbart att ett fel i fastigheten kan läggas till grund för anspråk mot såväl säljaren, jämligt felreglerna i 4 kap. jordabalken, och besiktningsmannen med stöd av uppdragsavtalet. Låt vara att det i relationen mellan köparen och besiktningsmannen torde vara svårt att påvisa skada om köparen erhållit full kompensation från säljaren för den negativa värdepåverkan som felet föranlett. Anspråk på prisavdrag torde dock kunna framställas mot besiktningsmannen även i dessa fall, jfr ARN 2008-6880 och not 64 nedan.

Det ligger i sakens natur att de primära påföljderna vid fel i utförd överlåtelsebesiktning är skadestånd och prisavdrag. Besiktningsmannens prestation är som sagt en immateriell tjänst och inte något hantverksmässigt arbete eller liknande som kan göras om genom avhjälpande i traditionell mening. Hävning sedan en prestation fullbordats är dessutom i praktiken ofta uteslutet eftersom prestationen då inte går att återställa.<sup>27</sup>

## 5. Föreligger reklamationsplikt?<sup>28</sup>

Hovrättens avgörande i RH 2006:77 ger tydligt uttryck för att det enligt gällande dispositiv rätt skulle finnas en skyldighet för beställaren att reklamera felaktigheter i utförd överlåtelsebesiktning för att vara bevarad vid sitt anspråk. På vilken grund hovrätten kommit till denna slutsats är däremot mer osäkert och det finns i sammanhanget anledning att erinra om att hovrättsavgöranden har ett svagt rättskällevärde i svensk rätt. Tingsrätten prövade besiktningsmannens reklamationsinvändning i en mellandom och fann att reklamation skett för sent. Beställaren överklagade men hovrätten fastställde tingsrättens dom, varför tolkningen får inriktas på underinstansens domskäl. Högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd.

Omständigheterna i målet var i korthet följande. Två privatpersoner hade i juni 1999 köpt en fastighet och kort före köpet låtit utföra en överlåtelsebesiktning. I juni/juli 2001 noterade beställarna av besiktningen indikationer på det som sedermera skulle visa sig vara fukt- och rötskador. Skadorna hade inte redovisats av besiktningsmannen. Flertalet tekniska undersökningar företogs i anledning av beställarnas iakttagelser, varav den första ägde rum i september 2001. I samband med denna ansågs beställarna ha blivit medvetna om förekomsten av aktuella skador. Någon avtalad reklamationsplikt åberopades inte i målet, men besiktningsmannen invände ändå att reklamation skett för sent. I domskälen uttalar tingsrätten, såvitt nu är av intresse, följande:

”Enligt bestämmelserna i 17 § första stycket konsumenttjänstlagen skall reklamation ske inom skälig tid efter det att felet märkts eller bort märkas. Denna bestämmelse är ett uttryck för en allmänt erkänd rättsgrundsats inom bl.a. köprätten. Enligt tingsrättens mening finns det mycket starka skäl

<sup>27</sup> Jfr Johansson, S., Konsumenttjänstlagen. En kommentar, Sthlm 2013, s. 323, ARN 2009-6362, Hellner. J. m.fl., Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, H. 1, Sthlm 2010, s. 245 f. och densamme i H. 2, Sthlm 2011, s. 163 f.

<sup>28</sup> Det kan förefalla självklart men bör ändå påpekas att konsekvensen för det fall en sådan plikt inte skulle befinnas föreligga är att beställarens passivitet inte tillmäts rättsverkan i berört hänseende, dvs. vid en rättsprocess kommer reklamationsinvändningen att lämnas utan avseende, jfr RH 1995:88 samt NJA 1997 s. 65, där besiktningsmannen märkligt nog frånföll invändningen om för sen reklamation i överinstanserna. Även om reklamationsplikt inte anses föreligga begränsas ändå fristen för att framställa anspråk ytterst av gällande preskriptionsregler.

för att tillämpa denna *princip* [min kursiv.] även vid ett sådant uppdrag som det är fråga om i detta mål.[...] På grund av det anförda anser tingsrätten att det i vart fall har ålegat [beställarna] att, om de ansett att fel förelägit i uppdragets utförande, underrätta [besiktningsmannen] om detta inom skälig tid från det att de märkt felet. Att tiden skall räknas från det att de *bort* [min kursiv.] märka felet har inte gjorts gällande i målet. [...] Gängse påföljd vid för sen reklamation av fel är att rätten att tala å felet går förlorad. Skäl saknas att i detta mål göra annan bedömning. Följaktligen har [beställarna] på grund av för sen reklamation gått miste om rätten att föra talan om skadestånd mot [besiktningsmannen].”

Tingsrätten hänvisar inledningsvis till konsumenttjänstlagens reklamationsregel. I rättspraxis har det ansetts näraliggande att beträffande överlåtelsebesiktningar söka vägledning i konsumenttjänstlagen och till dess bestämmelser om reklamation och preskription i 17–18 §§.<sup>29</sup> Denna lösning kan ifrågasättas, bl.a. mot bakgrund av att konsumenttjänstlagens ansvarsbegrepp är resultat- och inte omsorgsorienterat (se avsnitt 4 ovan). Bengtsson har uttalat att konsumenttjänstlagen passar mindre väl på besiktningstjänster och synes ställa sig avvisande till en analog tillämpning i dessa fall.<sup>30</sup> Vidare bör noteras att Hellner, i sin klassiska framställning angående immateriella tjänster, i princip inte alls hänvisar till analogier från konsumenttjänstlagen.<sup>31</sup>

Det får konstateras att det finns särdrag beträffande överlåtelsebesiktningar som ger skäl att ifrågasätta lämpligheten i att analogisera från konsumenttjänstlagen. Däremot ska noteras att det i RH 2006:77 inte synes ha varit fråga om en analog tillämpning av konsumenttjänstlagens reklamationsbestämmelse. Av domskälen framgår att hänvisningen till 17 § närmast syftat till att finna stöd för en allmän ”princip” och det är med stöd av denna princip som tingsrätten avgör målet. I domskälen anförts att principen är hemmahörande inom bl.a. köprätten men därutöver görs inga uttalanden om dess närmare innebörd eller räckvidd.<sup>32</sup>

Härvid bör tillfogas att ambitionerna vid konsumenttjänstlagens tillkomst var tämligen högt ställda. Lagmotiven tillerkänner lagen en vidare förmögenhetsrättslig betydelse än det i lagen angivna tillämpningsområdet. Konsumenttjänstlagen sägs därvid bygga ”på vad som kan antas utgöra generellt gällande oskriven rätt inom tjänsteområdet”. Exakt vilka generellt gällande rättsregler som åsyftas anges dock inte. I förarbetena anförts vidare att konsumenttjänstlagen ofta kan tillämpas analogt i avtalsförhållanden som faller utanför lagens expli-

<sup>29</sup> Jfr NJA 2007 s. 962, Högsta domstolens beslut 2013-05-23, mål Ö 5069-12, och RH 1998:60.

<sup>30</sup> Se Bengtsson, B., a.a. s. 151 och 95. Jfr dock densamme på s. 94; skrivningen ”Reklamation kan begäras, dock inte med de exakta fristerna enligt 17 §.”. Det är oklart om Bengtsson uttalar sig om lämpligheten i att överhuvudtaget uppställa reklamationsplikt i dessa fall eller om möjligheten att tillämpa 17 § analogt.

<sup>31</sup> Se Hellner, J. m.fl., Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, H. 1, Sthlm 2010, kap. 7.

<sup>32</sup> Jfr dock Melin, M., Fastighetsmäklarlagen. En kommentar, Sthlm 2012, s. 317, not 3 som framhårdar att det i RH 2006:77 är fråga om en analog tillämpning av konsumenttjänstlagens regler om reklamationsplikt och verkan av utebliven reklamation.

cita tillämpningsområde.<sup>33</sup> Dessa motivuttalanden indikerar i viss mån att det är möjligt att tillämpa lagen analogt även utanför rena konsumentförhållanden.<sup>34</sup>

Att konsumenttjänstlagen i dess helhet inte lämpar sig för en analog tillämpning på avtal om överlåtelsebesiktning innebär knappast att lagen saknar relevans för den aktuella avtalstypen. Vissa bestämmelser synes dessutom mer lämpade för en analog tillämpning än andra. Beträffande frågan i vad mån det är lämpligt att analogisera från konsumenttjänstlagen ska särskilt beaktas att överlåtelsebesiktning skiljer sig från många andra immateriella tjänster i det avseendet att uppdraget har ett tydligt samband med ett fysiskt objekt, alltså själva fastigheten. Åtminstone i vissa avseenden synes överlåtelsebesiktningssuppletivet till och med uppvisa fler likheter med arbete på byggnader och annan fast egendom än avtal om rådgivning. En gemensam nämnare i reklamationshänseende är den centrala betydelsen av kunskap om fysiska defekter i en byggnadskonstruktion. Insikt om att besiktningsmannen brustit i sina åligganden enligt avtalet förutsätter nämligen att fastigheten i sig är behäftad med fel och att beställaren också blivit medveten om detta. Både vid fel i utfört arbete på fast egendom och fel i utförd överlåtelsebesiktning är det alltså möjligt att genom okulär undersökning dra slutsatser beträffande förefintligheten av avtalsbrott. Det ligger också i sakens natur att fel i utfört arbete, liksom andra typer av fysiska defekter, i regel är lättare att upptäcka, även för icke-experten, än brister i lämnad rådgivning.<sup>35</sup> Detta är central utgångspunkt vid bedömningen av huruvida reklamationsregeln i 17 § konsumenttjänstlagen ska tillämpas analogt och det är en aspekt som kommer att adresseras fler gånger i den fortsatta framställningen.

I doktrinen har betydande uppmärksamhet ägnats åt spørsmålet huruvida det finns en allmän avtalsrättslig princip om reklamationsskyldighet. Christina Ramberg, Herre och Kleineman är alla överens om att svensk avtalsrätt innehåller en sådan allmän rättsprincip. Vad beträffar rekvisiten, och verkan av reklamationsförsummelse, råder det dock delade meningar.<sup>36</sup> Lindskog synes dock förhålla sig mer skeptisk till förefintligheten av en allmän reklamationsplikt och verkar förorda att man i första hand bör falla tillbaka på andra näraliggande regler rörande rättsverkan av passivitet (se avsnitt 2 ovan). Lindskog verkar dess-

<sup>33</sup> Se prop. 1984/85:110 s. 142.

<sup>34</sup> Förarbetsuttalandena i dessa delar har dock utsatts för kritik i doktrin såsom varande mindre välgrundade och inte tillräckligt genomarbetade, se Samuelsson, P., Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden, Sthlm 2011, s. 51 ff. För en annorlunda uppfattning, se Bengtsson, B., i Ds 2008:55, Bör konsumenttjänstlagen utvidgas? En diskussionspromemoria, s. 70 och densamme i artikeln Om Skadestånd vid konsumenttjänster, SvJT 2008 s. 262 ff.

<sup>35</sup> Jfr Kleineman, Reklamationsplikt vid rådgivaransvar, i Festskrift till Torgny Håstad, Sthlm 2010, s. 356.

<sup>36</sup> Se Herre, J., Något om reklamationsplikten vid köp av varor och tjänster, i Festskrift till Gertrud Lennander, Sthlm 2010, s. 119 ff., Ramberg, C., Reklamation mot advokater och revisorer, i SvJT 2010 s. 142 ff., Kleineman, J., Reklamationsplikt vid rådgivaransvar, i Festskrift till Torgny Håstad, Sthlm 2010, s. 719 ff.

utom mena att en strängt sanktionerad reklamationsplikt i princip bör förutsätta lagstöd.<sup>37</sup>

Högsta domstolen har i viss mån klargjort vad som gäller i NJA 2005 s. 142. I domskälen återfinns bl.a. följande uttalande:

”...får det anses vara en allmän princip inom *civilrätten* [min kursiv.] att en köpare eller beställare, som vill göra gällande anspråk på grund av fel eller brist, har att *reklamera* [min kursiv.] utan oskäligt uppehåll efter det han märkt eller bort märka felet respektive bristen.”

Av detta uttalande, och även praxis i övrigt rörande reklamation och verkan av passivitet, går det att sluta sig till att det förmodligen existerar en allmän reklamationsplikt.<sup>38</sup> Låt vara att Högsta domstolen lämnar flera frågor rörande dess närmare innebörd obesvarade. Försiktighet är dessutom påkallad vid tolkningen. Högsta domstolens uttalande ovan – liksom alla generella uttalanden där Högsta domstolen formulerar en rättsregel – är ett obiter dictum. Något uppseendeväckande är för övrigt den vidd som Högsta domstolen tillerkänner denna allmänna rättsprincip. Reklamationsplikten är inte begränsad till avtalsrätten, utan gäller inom hela civilrätten (!). Uttalandet är i det avseendet måhända väl långtgående och det har också kritiserats i doktrinen.<sup>39</sup>

Det ligger i sakens natur att vissa av de ändamål som uppstår reklamationsinstitutet inte är relevanta vid fel i utförd överlåtelsebesiktning. Prisspekulation förekommer knappast i dessa fall och endast undantagsvis kan det tänkas bli aktuellt för besiktningsmannen att framställa regresskrav mot tredje man. Inte heller den avtalsbrytande partens intresse av att kunna företa avhjälpande utgör ett relevant argument eftersom det enligt dispositiv rätt förmodligen inte finns någon rätt eller skyldighet för besiktningsmannen att vidta rättelse (se avsnitt 4 ovan). Däremot är flera av de ändamål som uppstår reklamationsinstitutet allmängiltiga och gör sig gällande med samma styrka också vid överlåtelsebesiktningar. Även beträffande denna avtalstyp har den avtalsbrytande parten – alltså besiktningsmannen – exempelvis ett befogat intresse av att kunna ekonomiskt planera sin verksamhet och säkra egen bevisning rörande påstådda felaktigheter i uppdragets utförande.

Med hänsyn till vad som sålunda anförts får konstateras att det finns tillräckligt stöd i praxis, rättssystematiska överväganden, doktrin och ändamålsskäl för slutsatsen att det enligt dispositiv rätt finns en reklamationsplikt för en beställare som avser att rikta krav mot besiktningsmannen på grund av fel i utförd

<sup>37</sup> Se Lindskog, S., *Preskription*, Sthlm 2011, s. 684 ff. Jfr även skiljedomen Profilgruppen AB ./. KPMG 2010-22-22, där Lindskog ingick i nämnden som ordförande.

<sup>38</sup> Av relevans för reklamationsfrågan är även NJA 1989 s. 224, NJA 1992 s. 728, NJA 1994 s. 532, NJA 2007 s. 909, NJA 2007 s. 35 samt NJA 2008 s. 243. Jfr dock Madsen, F., Finns det en regel om en allmän reklamationsplikt utanför det lagreglerade området – eller är det en fantomprincip, *Infotorg Juridik*, januari 2010, som i artikeln alltså efterlyser ett klargörande uttalande från Högsta domstolen rörande existens av en allmän reklamationsplikt.

<sup>39</sup> Se t.ex. Lindskog, S., *Preskription*, Sthlm 2011, s. 685 not 13.

överlåtelsebesiktning. Det kan antas att domstolarna kommer att uppfatta det som mer näraliggande att grundlägga reklamationsplikten genom en analog tillämpning av 17 § konsumenttjänstlagen snarare än att söka stöd härför i allmänna rättsgrundsatser.<sup>40</sup> För en analog tillämpning av 17 § konsumenttjänstlagen talar dessutom den omständigheten att överlåtelsebesiktningsuppdraget uppvisar betydande likheter med arbete på fast egendom vad avser möjligheterna att upptäcka fel i den utförda prestationen. Eftersom reklamationsplikten är uppställd i den avtalsbrytande partens intresse, och dessutom inte uppbärs av något särskilt konsumentskyddande hänsynstagande, saknas anledning att i detta avseende göra skillnad på konsumentavtal och överlåtelsebesiktningsuppdrag i kommersiella sammanhang. I båda fallen är alltså beställaren reklamationspliktig gentemot besiktningsmannen.

## 6. Reklamationsfristens starttidpunkt

Efter att det sålunda har konstaterats att reklamationsplikt föreligger, är nästa fråga att utreda när reklamationsfristen börjar löpa. Som framgått ovan är reklamationsfristens starttidpunkt normalt sett kopplad till *insikt* hos den förfördelade parten, i det här fallet beställaren, om vissa relevanta sakförhållanden. Det är alltså fråga om ett s.k. subjektivt rekvisit.<sup>41</sup> Det ligger i sakens natur att insikten åtminstone ska omfatta det fel i uppdragets utförande som beställaren önskar göra gällande mot besiktningsmannen. Om det inte ens föreligger insikt om i vilket avseende uppdraget är felaktigt utfört, kan det svårligen argumenteras för att det skulle finnas en aktivitetsplikt för beställaren gentemot besiktningsmannen. Frågan är dock om insikten ska omfatta även den skada som felet föranlett samt huruvida det ska gälla ett krav på faktisk vetskap eller om det är tillräckligt om beställaren borde ha insett relevanta fakta.

En fråga av betydelse är också vilken grad av insikt (säkerhet) som krävs för att skadan respektive felet ska anses upptäckt. Ska redan misstanke om att relevanta sakförhållanden är för handen räcka eller måste dessa ha fastslagits? Vägledning står att finna i NJA 2007 s. 35 och NJA 2012 s. 1021. 2007 års fall rör tolkningen av reklamationsbestämmelsen i punkten 6.8 i ABK 96 vilken stadgar att krav på skadestånd ska för att kunna medföra rätt till ersättning framföras skriftligen snarast efter att ”skadan upptäckts”. Högsta domstolen fann att villkoret ska tolkas på så sätt att skadan ska anses upptäckt

<sup>40</sup> Jfr härvid Lindskog, S., Preskription, Sthlm 2011, s. 685 not 13 och s. 687 not 17 samt Göteborgs tingsrätts mellandom 2011-07-05, mål nr T 4624-10.

<sup>41</sup> Se härom bl.a. Heuman, L., Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Sthlm 2005, s. 363 ff. med vidare hänvisningar.

”...när det för beställaren framstår som *sannolikt* [min kursiv.] att han är ansvarig mot sin uppdragsgivare och det föreligger skälig anledning för honom att anta att konsulten är ansvarig för skadan.”

Herre har anfört att NJA 2007 s. 35 torde ha betydande allmän giltighet, och trots att rättsfallet rör entreprenadkonsulting får det enligt författarens mening anses ha betydelse även för överlåtelsebesiktningsuppdrag.<sup>42</sup> NJA 2012 s. 1021 är också av relevans i sammanhanget eftersom det rör reklamationsbestämmelsen i 4 kap. 19 a § jordabalken. Högsta domstolen ansåg att reklamationsfristen för rättsligt fel i fastighet börjar löpa redan

”...när ett krav från tredje man med anledning av ett rättsligt fel kan anses vara grundat på *sannolika skäl* [min kursiv.]. Det kan således inte krävas att belastningen har fastställts genom dom. Vid bedömningen av om sannolika skäl föreligger bör kraven på utredningen inte ställas alltför högt”

Rättsfallen innebär att redan *risk*en för fel respektive skada räcker. Skadan eller felet behöver alltså inte ha fastslagits för att reklamationsfristen ska börja löpa. Eller med andra ord, det räcker om omständigheterna är sådana att det framstår som *sannolikt* att en skada respektive ett fel föreligger. Detsamma får alltså antas gälla även vid fel i utförd överlåtelsebesiktning.

En till synes förhärskande uppfattning i doktrin rörande konsulttjänster i allmänhet är att insikten i reklamationshänseende inte endast bör omfatta felet som sådant, utan även den *skada* som felet medfört hos uppdragsgivaren.<sup>43</sup>

Något krav på insikt om skada står dock inte att finna i vare sig 17 § konsumenttjänstlagen, 32 § köplagen eller i 4 kap. 19 a § jordabalken. En sådan reglering återfinns däremot i 7 § lagen om finansiell rådgivning till konsumenter. Frågan är därmed vilken av dessa reklamationsbestämmelser som är mest lämpad att söka vägledning från vid fel i utförd överlåtelsebesiktning.

Ståndpunkten att beställarens insikt ska omfatta både felet i den utförda tjänsten och att det inträtt en skadlig effekt har säkerligen goda skäl för sig beträffande flertalet konsulttjänster, t.ex. vad avser advokaters och revisorers rådgivningstjänster. I dessa fall är det fråga om komplexa tjänster där det ofta torde föreligga betydande svårigheter att utröna om den utförda prestationen är avtalsenlig eller inte, i synnerhet om någon skada ännu inte har uppkommit. En icke avtalsenlig prestation leder inte nödvändigtvis till skada och det kan dessutom ta lång tid innan skada konstateras.<sup>44</sup> Under sådana förhållanden finns det

<sup>42</sup> Se Herre, J., Något om reklamationsplikten vid köp av varor och tjänster, i Festskrift till Gertrud Lennander, 2010, s. 136. Jfr även Ramberg, C., Reklamation mot advokater och revisorer, i SvJT 2010 s. 142 ff., s. 149.

<sup>43</sup> Se Ramberg, C., Reklamation mot advokater och revisorer, i SvJT 2010 s. 142 ff., s. 150, Herre, J., Något om reklamationsplikten vid köp av varor och tjänster, i Festskrift till Gertrud Lennander, 2010, s. 139 samt Kleineman, J., Reklamationsplikt vid rådgivaransvar, i Festskrift till Torgny Håstad, 2010, s. 348 f.

<sup>44</sup> Jfr Svea hovrätts dom 2010-02-16, mål T 5026-08 om skadeståndskrav i anledning av felaktig rådgivning rörande arvsskatt lämnad senhösten 1999. Frågan om arvskattens beräkning blev

vägande skäl att låta reklamationsfristens starttidpunkt vara avhängig av insikt om både felet och den skada som uppkommit till följd därav.

Att uppställa kravet att insikten ska omfatta förekomsten av skada även vid felaktigt utförd överlåtelsebesiktning vore givetvis fördelaktigt för beställaren. Beställaren kan utnyttja en sådan reglering för att flytta fram reklamationsfristens starttidpunkt och måhända argumentera för att starttidpunkten ska knytas till beställarens erhållande av offert avseende åtgärdskostnaden eller liknande. Som nämnts skiljer sig dock överlåtelsebesiktningar från många andra immateriella tjänster i det att uppdraget i betydande mån är kopplat till fysisk egendom, dvs. byggnaden på den besiktigade fastigheten. Insikt om fel i uppdragets utförande förutsätter därmed att beställaren blivit varse om att den aktuella byggnaden är behäftad med fysiska defekter. Den typen av defekter är som sagt i regel också lättare att upptäcka än t.ex. brister i lämnad rådgivning. Det normala får dessutom antas vara att insikt om defekter i byggnaden också innebär att beställaren förstår att dessa kommer att medföra negativa konsekvenser i form av kostnader för åtgärdande. I konsekvens därmed förefaller det mer naturligt att i dessa fall söka vägledning i konsumenttjänstlagens reklamationsbestämmelse jämfört med regleringen i 7 § lagen om finansiell rådgivning till konsumenter.

Mot bakgrund av ovanstående får anses att det inte finns tillräckliga skäl att uppställa insikt om skada som ytterligare förutsättning för att reklamationsfristen ska börja löpa. I enlighet med 17 § konsumenttjänstlagen räcker det alltså för att reklamationsfristen ska börja löpa att beställaren fått kännedom om det fel i uppdragets utförande som beställaren önskar göra gällande mot besiktningsmannen.

Det är vanligt förekommande i subjektiva rekvisit att ett krav på insikt ("måst inse") kombineras med det alternativa rekvisitet bort inse. Det bör påpekas att bevistemat skiljer sig i betydande mån beroende på vilket av dessa rekvisit som är föremål för bevisning. Bevistemat då part söker påvisa vetskap är just motpartens faktiska insikt om relevanta omständigheter. Vetskapen i strikt subjektiv mening utgör därvid rättsfaktum. Låt vara att sådana rättsfakta regelmässigt bevisas med hjälp av objektiva förhållanden, såsom parts beteende, uttalanden etc. Om bevisningen däremot tar sikte på vad part borde ha insett, är frågan om vad parten faktiskt förstått av underordnad betydelse. Den rättsliga bedömningen inriktas då istället på frågan vad en normal person i partens ställning borde ha förstått mot bakgrund av föreliggande objektiva sakförhållanden, varvid de senare blir att betrakta som rättsfakta.<sup>45</sup>

Den juridiskt-tekniska lösningen att kombinera kravet på vetskap med det alternativa rekvisitet bort inse motiveras i regel med hänvisning till svårighe-

föremål för särskild rättsprocess. Att rådgivningen föranlett skada ansågs ha stått klart först i och med Högsta domstolens beslut att inte bevilja prövningstillstånd i arvsskattemålet i september 2004. Jfr dock NJA 2007 s. 35 och NJA 2012 s. 1021.

<sup>45</sup> Jfr Heuman, L., Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Sthlm 2005, s. 368 f.

terna att bevisa vad part faktiskt känt till. I praktiken innebär dock en sådan lösning att den berörda parten åläggs ett visst aktsamhetsansvar. I doktrin uttrycks detta ibland på så sätt att förfördelad part har en undersökningsplikt.<sup>46</sup> Konsekvensen av en sådan reglering blir därigenom mer långtgående än vad dess syfte egentligen motiverar. Att rekvisitet bort inse i praktiken grundlägger en undersökningsplikt är dessutom aningen olyckligt eftersom detta inte helt tydligt framgår av ordalydelsen. Om avsikten är att ålägga en part en undersökningsplikt bör detta istället anges explicit.<sup>47</sup> För att uppnå det avsedda syftet, och undvika oönskade bieffekter, torde en lämpligare lösning vara att justera beviskravet och möjligtvis även laborera med bevisbördans placering.

Det vore tänkbart att ålägga beställaren av en överlåtelsebesiktning en skyldighet att i efterhand undersöka fackmässigheten i det utförda uppdraget. Undersökningsplikt av detta slag förekommer trots allt i de flesta lagstadgade reklamationsbestämmelser. I RH 2006:77 ansågs visserligen reklamationsfristen ha börjat löpa först då beställarna ”märkt felet”, men av detta går det knappast att sluta sig till att domstolen ansett att det inte föreligger någon undersökningsplikt i dessa fall. Besiktningsmannen hade nämligen i det målet endast gjort gällande att fristen skulle räknas från den tidpunkt då beställarna faktiskt hade upptäckt felet. Tingsrättens hänvisning till 17 § konsumenttjänstlagen, och påpekande i domskälen att rekvisitet ”bort märka felet” inte hade åberopats av besiktningsmannen, indikerar att tingsrätten ansett det möjligt att ålägga beställarna en undersökningsplikt. Skrivningen ”i vart fall” i hovrättens knapphändiga domskäl pekar i samma riktning.

Christina Ramberg anser att den allmänna icke lagfästa reklamationsplikten inträder först då den förfördelade parten fått faktisk kunskap om relevanta sakförhållanden och att det inte finns någon skyldighet att undersöka om utförd prestation är avtalsenlig eller inte.<sup>48</sup> Kleineman däremot förespråkar den traditionella lösningen där kravet på vetskap kombineras med ett alternativt rekvisit av typen bort inse.<sup>49</sup>

Härvid bör påpekas att inom konsumenträtten är frågan vad konsumenten borde ha förstått av mindre betydelse i dessa sammanhang. Den s.k. tvåmånadersregeln i 17 § konsumenttjänstlagen och 23 § konsumentköplagen innebär att en reklamation som lämnas inom två månader från det att konsumenten ”märkt

<sup>46</sup> Se härom Heuman, L., a.a. s. 372 och Hultmark, C., Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996, s. 76 ff.

<sup>47</sup> Jfr t.ex. köparens allmänna skyldighet att undersöka varan efter avlämnandet enligt 31 § köplagen.

<sup>48</sup> Se Ramberg, C., Reklamation mot advokater och revisorer, i SvJT 2010 s. 142 ff., s. 148 och densamme i Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag, i JT 2010–11 s. 918 ff., s. 927.

<sup>49</sup> Se Kleineman, J., Reklamationsplikt vid rådgivaransvar, i Festskrift till Torgny Håstad, 2010 s. 349. Jfr även Herre, J., Något om reklamationsplikten vid köp av varor och tjänster, i Festskrift till Gertrud Lennander, 2010, s. 133 ff. och 139, som i likhet med Kleineman förespråkar en objektiviserad bedömning.

felet” alltid ska anses ha lämnats i rätt tid. Båda lagrummen innehåller även den traditionella lösningen där reklamationsfristens starttidpunkt likväl knyts till vad konsumenten borde ha märkt i objektiv mening. Tvåmånadersregeln innebär dock i praktiken att det objektiva rekvisitet i princip satts ur spel.<sup>50</sup>

En fråga av betydelse i sammanhanget är också vilka praktiska möjligheter en beställare av en överlåtelsebesiktning generellt sett har att förstå att besiktningsmannens prestation inte är avtalsenlig. Insikt om att fastigheten är behäftad med brister, såsom fukt- och rötskador, innebär inte med automatik att beställaren också förstår att besiktningsmannen gjort sig skyldig till avtalsbrott genom att inte påtala dessa i besiktningsutlåtandet. Som ovan berörts är beställaren i regel en konsument utan några särskilda byggtekniska kunskaper. För en sådan person kan det vara svårt att riktigt bedöma även sådana förhållanden som för en fackman utgör uppenbara indikationer på fel i fastigheten. Synen i rättspraxis är emellertid aningen disparat i detta avseende. Högsta domstolens bedömning i NJA 2007 s. 952 är synnerligen sträng mot fastighetsköparen. I det rättsfallet uttalas, såvitt nu är av intresse, följande:

”Det kan antas att en köpare av en fastighet i allmänhet relativt snart upptäcker ett fel som är av sådan karaktär att besiktningsmannen borde ha upptäckt det vid besiktningen.”

Hovrätten var av en annan uppfattning och uttalar i denna del följande:

”Liksom när det gäller byggnadsarbeten kan fel i en fastighet många gånger förbli oupptäckta under avsevärd tid och medföra allvarliga ekonomiska följder för den enskilde konsumenten. När konsumenten upptäcker ett fel i fastigheten kan det också vara svårt att bedöma om det är ett sådant dolt fel som säljaren ansvarar för eller ett fel för vilket konsumenten själv ansvarar.”

Oaktat Högsta domstolens uttalande i NJA 2007 s. 952 får utgångspunkten enligt författarens mening vara att en beställare av en överlåtelsebesiktning generellt sett saknar sådana kunskaper i byggtekniska frågor som krävs för att själv kunna bedöma om fastigheten är behäftad med den typen av defekter som besiktningsmannen borde ha upptäckt. Detta talar för en sen starttidpunkt för reklamationsfristen. Beställaren förlitar sig på besiktningsmannens expertis och behöver normalt sett inhämta en ”second opinion” för att kunna bilda sig en uppfattning om huruvida besiktningsmannen agerat fackmässigt eller inte. Att under sådana förhållanden ålägga beställaren en undersökningsplikt förefaller mindre lämpligt. Det anförda talar snarare för att reklamationsfristen ska inledas i ett sent skede och att beställaren ska ges tid att vidta rimliga utredningsåtgärder

<sup>50</sup> Se härom Herre, J., Konsumentköplagen – en kommentar, Sthlm 2009, s. 272. I juridiskt-tekniskt hänseende kan man ha synpunkter på att tvåmånadersregeln – som är en undantagsbestämmelse – är så utformad att huvudregeln i princip helt spelat ut sin roll. Lagtextens nuvarande utformning är ägnad kan leda till tolkningssvårigheter och missförstånd, se t.ex. Attunda tingsrätts dom 2011-11-30, mål T 7997-09 och T 2699-09, där tingsrätten synes mena att 17 § konsumenttjänstlagen helt korresponderar med 32 § köplagen, vilket på grund av tvåmånadersregeln alltså inte stämmer.

innan denne måste reklamera mot besiktningsmannen.<sup>51</sup> Vilket mått av kunskap beställaren har ska dock kunna påverka bedömningen i det enskilda fallet, både vad beträffar frågan om när reklamationsfristen börjar löpa och hur lång fristen bör vara (se avsnitt 7 nedan).

Stöd för det synsätt som framgår av föregående stycke står också att finna i rättspraxis rörande fel i fastighet och felaktigt utförd överlåtelsebesiktning. Om defekter framkommer i byggnaden efter tillträdet, låter fastighetsköparen inte sällan en fackman undersöka dessa vid en s.k. särskild skadebesiktning. En tydlig tendens i rättspraxis är att reklamationsfristens starttidpunkt knyts till köparens delfående av besiktningsprotokollet från denna undersökning.<sup>52</sup> Detta talar också mot att reklamationsfristen ska kopplas till vad beställaren borde ha förstått, objektivt bedömt. Med detta är dock inte sagt att beställarens erhållande av ett sådant besiktningsutlåtande alltid ska utgöra utgångspunkten för reklamationsfristen. Beställarens kunskaper är som sagt relevanta i sammanhanget liksom övriga förhållanden i det enskilda fallet.

Att märka är också att vad beställaren gör gällande är fel i *besiktningsmannens prestation*, inte i den förvärvade fastigheten. Att beställaren förstått att fastigheten är behäftad med fel i jordabalkens mening, innebär som sagt inte med automatik att beställaren också insett att besiktningsmannen begått avtalsbrott genom att inte påtala felet i besiktningsutlåtandet. Det sagda bör få särskild betydelse i den inte helt ovanliga situationen då beställaren låter samma besiktningsman som utförde överlåtelsebesiktningen även utföra den efterföljande skadebesiktningen. Det kan av naturliga skäl finnas incitament för besiktningsmannen att låta skadebesiktningen utmynna i den felaktiga slutsatsen att förekommande fel är anse som dolda och därför inte omfattats av överlåtelsebesiktningen. Om beställaren satt tilltro till det felaktiga beskedet och till följd därav försummat att reklamera i tid, finns det goda skäl att låta detta falla tillbaka på besiktningsmannen. Besiktningsmannen är i dessa fall klart mindre skyddsvärd än annars och det gäller även om den felaktiga uppgiften inte lämnats avsiktligt och specifikt i syfte att undandra sig ansvar. Om besiktningsmannen uttalar sig i ansvarsfrågan och felaktigt anger att det föreligger defekter men att dessa inte varit upptäckbara, ska utgångspunkten alltså vara att den informationen inte får till följd att reklamationsfristen börjar löpa. Det sagda ska gälla oavsett vilka slutsatser beställaren i övrigt kunnat dra utifrån besiktningsmannens redovisade iakttagelser.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Jfr härvid Högsta domstolens resonemang rörande reklamationsfristens starttidpunkt enligt 4 kap. 19 a § jordabalken i NJA 2008 s. 1158.

<sup>52</sup> Se t.ex. NJA 2008 s. 1158, RH 2006:77, RH 1996:130, Göteborgs tingsrätts dom 2011-10-26, mål T 6364-09, samt Attunda tingsrätts dom 2007-05-25, mål T 2684-07.

<sup>53</sup> Jfr dock Göteborgs tingsrätts dom 2011-10-26, mål nr T 6364-09. Domen har överklagats och Högsta domstolen har sedermera meddelat tillstånd till målets prövning i hovrätten. Målet handläggs vid Hovrätten för Västra Sverige och har där beteckningen T 2820-13.

Felaktiga besked i detta avseende kan även ha betydelse vid bedömningen av reklamationsfristens längd och därvid få till följd att reklamationsfristen i viss utsträckning förlängs (se avsnitt 7 nedan). Vidare är det tänkbart att reklamationsplikten under dessa betingelser upphör att gälla på grund av att besiktningsmannen anses ha handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder.<sup>54</sup>

I bevishänseende får utgångspunkten antas vara att det ankommer på besiktningsmannen att påvisa vid vilken tidpunkt reklamationsfristen börjat löpa, dvs. när beställaren blivit medveten om besiktningsmannens avtalsbrott. Skulle beställaren hävda att denne fått vetskap om felet vid en viss tidpunkt, medan besiktningsmannen gör gällande att beställaren erhållit vetskap i ett tidigare skede, torde besiktningsmannen alltså vara bevisskyldig för sitt påstående. Däremot är det förmodligen upp till beställaren att styrka att reklamation skett och tidpunkten för detta.<sup>55</sup>

Att låta reklamationsfristens starttidpunkt vara avhängig beställarens faktiska vetskap kan som ovan berörts medföra bevissvårigheter för besiktningsmannen. Dessa bevissvårigheter medför att beviskravet inte kan ställas alltför högt. Det ska därför gälla ett sänkt beviskrav för besiktningsmannen i detta avseende. Istället för det sedvanliga beviskravet styrkt, ska det räcka om besiktningsmannen gör det övervägande sannolikt eller åtminstone *antagligt* att beställaren fått vetskap om felet vid en viss tidpunkt.<sup>56</sup> Vid bevisvärderingen bör särskild vikt tillmätas de eventuella utredningsåtgärder som beställaren faktiskt har vidtagit samt de skäl som beställaren anför till stöd för att vederbörande inte haft skäl att misstänka fel i uppdragets utförande.

Sammantaget får sålunda anses att reklamationsfristen ska inledas först när beställaren faktiskt insett att det föreligger felaktigheter i besiktningsmannens utförande av uppdraget. Någon undersökningsplikt eller liknande uppställs därmed inte, vilket också är i linje med tvåmånadersregeln i 17 § konsumenttjänstlagen som alltså ska tillämpas analogt i dessa fall. Beställarens insikt ska omfatta dels att fastigheten är behäftad med defekter, dels att dessa defekter varit av sådant slag att de borde ha redovisats av besiktningsmannen. Det torde dock inte krävas att beställaren också fått kännedom om den skada som felet föranlett. Felet behöver inte vara fastslaget för att reklamationsfristen ska börja löpa. Det räcker om det framstår som sannolikt att ett fel föreligger och att beställaren också insett detta. Bevisbördan för att reklamationsfristen börjat löpa åvilar förmodligen besiktningsmannen och föreliggande bevissvårigheter hanteras lämpligen genom ett sänkt beviskrav. Vidare bör gälla att felaktiga besked rörande

<sup>54</sup> Jfr härvid 33 § köplagen, 4 kap. 19 a § 2 stycket jordabalken, 26 § 2 stycket fastighetsmäklarlagen, 24 § konsumentköplagen, 17 § 2 stycket konsumenttjänstlagen samt Hultmark, C., *Reklamation vid kontraktbrott*, Sthlm 1996, s. 130 ff.

<sup>55</sup> Jfr Heuman, L., *Bevisbördan och beviskrav i tvistemål*, Sthlm 2005, s. 363 ff. samt Hultmark, C., a.a., s. 106, NJA 2008 s. 1158, NJA 1920 s. 108, Svea hovrätts dom 2012-09-12, mål T 10645-11, samt Göta hovrätts dom 2012-12-21, mål T 2308-12.

<sup>56</sup> Jfr t.ex. beviskravet i 19 § 1 stycket 2 p. och 20 § 1 stycket köplagen.

felets upptäckbarhet vid en efterföljande skadebesiktning, från samma besiktningsman som utförde överlåtelsebesiktningen, inte får till följd att reklameringsfristen börjar löpa. Det sagda är en utgångspunkt men inte mer och särskilda förhållanden i det enskilda fallet ska kunna påverka bedömningen och föranleda motsatt slutsats.

## 7. Reklamationsfristens längd

Lagfästa reklameringsregler innehåller vanligtvis inte någon preciserad angivelse om när reklamation måste ske efter det att reklameringsfristen börjat löpa. Rättstillämparen anvisas istället att göra en allsidig bedömning med utgångspunkt i de specifika förhållandena i det enskilda fallet. Detta kommer ofta till uttryck genom vidlyftiga rekvisit av typen ”skälig tid”. Denna lösning förekommer i bl.a. 32 § köplagen, 23 § konsumentköplagen, 4 kap. 19 a § jordabalken och i 17 § konsumenttjänstlagen. Även i RH 2006:77 anges att det har ålegat beställarna att reklamera inom skälig tid. Rättsystematiska skäl talar för att samma ordning ska gälla vid fel i utförd överlåtelsebesiktning. Att reklameringsfristen ska vara skälig även i dessa fall får anses stå klart och det gäller oavsett om reklameringsplikten anses grundad på en analog tillämpning av 17 § konsumenttjänstlagen eller på allmänna rättsgrundsatser.

En konsekvens av denna vidlyftiga bedömningsnorm är att både besiktningsmannens och beställarens ombud bör vara synnerligen aktiva i sin argumentering i denna del och vara noga med att förankra argumenten i relevanta ändamål och föreliggande partsintressen (se avsnitt 3 ovan). Längden på reklameringsfristen ska därvid lämpligen bestämmas genom en sammanvägning mellan parternas motstående intressen, varvid hänsyn tas till samtliga relevanta omständigheter både på den skadelidande partens och den avtalsbrytande partens sida.<sup>57</sup>

För en lång reklameringsfrist talar bl.a. beställarens kunskapsunderläge ovan berört. Beställaren saknar normalt sett också erforderliga *juridiska kunskaper* för att kunna göra en korrekt bedömning i ansvarsfrågan. Därvid bör erinras om NJA 2008 s. 1158 där Högsta domstolen bl.a. anförde följande:

<sup>57</sup> Jfr NJA 2008 s. 1158, Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-01-14, mål T 3185-12, och Hultmark, C., *Reklamation vid kontraktsbrott*, Sthlm 1996, s. 58 ff. Hultmark förordar att man vid skälighetsbedömningen även bör beakta rättsföljden av reklameringsförsummelse. Om påföljden är preklusion (se avsnitt 9 nedan) föreligger särskilda behov att nyansera bedömningen av vad som utgör skälig tid. Hultmarks resonemang har goda skäl för sig eftersom en strängt sanktionerad reklameringsplikt kan slå hårt mot den skadelidande parten och utgångspunkten bör ju trots allt vara att den avtalsbrytande parten är mindre skyddsvärd än annars och att den förfördelade parten enligt devisen *pacta sunt servanda* har rätt att kräva en avtalsenlig prestation. Låt vara att resonemanget, att låta rättsföljden ha en så pass central betydelse vid tolkningen av rättsregelns rekvisit, kan synas främmande.

”Vidare kan det vid fastighetsköp finnas möjlighet att framställa krav mot en besiktningsman som utfört överlåtelsebesiktning *i stället* [min kursiv.] för mot säljaren. Ett visst, om än begränsat, tidsmässigt utrymme för att innan säljaren reklameras *överbäga* [min kursiv.] den saken bör få finnas.”

Högsta domstolens uttalande, och även domen i övrigt, indikerar att en fastighetsköpare i regel ska ha ett visst tidsmässigt utrymme att konsultera både byggteknisk och juridisk expertis innan reklamation måste ske, och det får antas gälla både i förhållande till säljaren och besiktningsmannen. Beställarens kunskapsunderläge talar också för att en sådan ordning ska gälla. En felaktig bedömning i fel- eller ansvarsfrågan, med ytterligare tidsutdräkt som följd, torde dock knappast ursäkta beställaren i detta avseende. Utgångspunkten är att beställaren får stå risken för att anlita expertis gör en korrekt bedömning. Enligt allmänna principer svarar nämligen vardera parten i regel för den parten själv valt att anlita.<sup>58</sup> Annorlunda bör det dock förhålla sig då det är fråga om den typen av felaktiga besked som lämnas av samma besiktningsman som utförde överlåtelsebesiktningen (se avsnitt 6 ovan).

Ytterligare förhållanden som talar för en lång reklamationsfrist är att det normalt sett inte är aktuellt med vare sig rättelse, prisspekulation eller regressanspråk då det är fråga om fel i utförd överlåtelsebesiktning. Besiktningsmannen har typiskt sett också en ansvarsförsäkring – i vart fall är verksamhet av förevarande slag sådan att en adekvat ansvarsförsäkring borde finnas – vilket är ytterligare ett argument som pekar i samma riktning.

Mot en lång reklamationsfrist talar emellertid besiktningsmannens intresse av att kunna ekonomiskt planera sin verksamhet och säkra egen tillförlitlig bevisning. Tidsaspekten är av särskild betydelse beträffande det senare argumentet. Som nämnts rör besiktningstvister inte sällan fuktnrelaterade skador. En vanligt förekommande tvistefråga i dessa fall är vilka indikationer på fuktskada (felsymtom) som funnits vid besiktningstillfället. Ju längre tid som gått desto svårare blir det att säkra tillförlitlig bevisning om förhållandena vid tidpunkten för besiktningen. Vad beträffar vattenrelaterade brister kan det dessutom på relativt kort tid ske en avsevärd förvärring av föreliggande skador, vilket givetvis kan försvåra bevisbedömningen betydligt. Detta talar som sagt för att reklamationsfristen inte ska vara alltför lång.

Ytterligare vägledning för skälighetsbedömningen står att finna i rättspraxis och i lagstadgade reklamationsbestämmelser i näraliggande avtalsförhållanden. I RH 2006:77 ansågs 6 månader vara för lång tid. I NJA 2008 s. 1158 ansågs däremot en reklamation på grund av fel i fastighet som skett inom 4,5 månader vara rätttidig. Dock ska noteras att omständigheterna i 2008 års fall var speciella och Högsta domstolen synes där ha fäst särskilt avseende vid bl.a. den omständigheten att det var semestertider. Högsta domstolens bedömning i NJA 2008 s. 1158 har dessutom kritiserats i rättslitteraturen för att vara väl generös mot fastighetsköparen och enligt Grauers kan en längre reklamationsfrist än vad

<sup>58</sup> Jfr t.ex. Samuelsson, P., *Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden*, Sthlm 2011, s. 96.

Högsta domstolen godtagit i detta fall knappast komma i fråga.<sup>59</sup> Utgången i RH 2006:77 indikerar att Grauers slutsats är riktig.

Av relevans i sammanhanget är också tvåmånadersregeln i 17 § konsumenttjänstlagen och 23 § konsumentköplagen, enligt vilken en reklamation som sker inom 2 månader från det att felet märkts alltid ska anses ha skett i tid. Tvåmånadersregeln hör visserligen till konsumenträttens område, men Högsta domstolens hänvisning till regeln i NJA 2008 s. 1158 ger anledning att anta att den har betydelse även utanför konsumentförhållanden.<sup>60</sup>

Utgångspunkten kan därmed sägas vara att en reklamation som sker inom 2 månader från det att beställaren upptäckt felet alltid ska anses ha skett inom skälig tid. Om reklamationen sker efter 2 månader, men inte senare än 4,5 månader, kan den också vara att anse som rättidig beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Vad som utgör skälig tid ska därvid bestämmas genom en sammanvägning mellan parternas motstående intressen. Reklamation efter 4,5 månader torde normalt sett få anses ha skett för sent, även om det inte kan uteslutas att förhållandena i det enskilda fallet motiverar att reklamationsfristen utsträcks längre än så.<sup>61</sup>

## 8. Något om reklamationens innehåll och form

Som framgått innebär reklamationsplikten att beställaren ska lämna besiktningsmannen ett meddelande om ”felet”. Därav följer att beställaren måste informera besiktningsmannen om i vilket konkret avseende uppdraget inte har utförts korrekt. En neutral reklamation räcker och beställaren behöver alltså inte precisera vilka påföljder som görs gällande. Att i mer allmänna ordalag ange att besiktningsmannen inte har upplyst om besiktningsbara defekter i byggnaden är dock knappast tillräckligt i sammanhanget.<sup>62</sup> Beställaren torde rimligtvis vara pliktig att åtminstone med viss grad av precision specificera vilka brister i byggnaden det är fråga om så att besiktningsmannen själv kan bilda sig en uppfattning och säkra relevant bevisning. Hur preciserad reklamationen bör vara får bedömas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Om flera från varandra oberoende defekter görs gällande, omfattar reklamationsplikten förmodligen var och en av dessa brister.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Jfr Grauers, F., Reklamationsfristen vid fastighetsköp, 2009, i Infotorg Juridik.

<sup>60</sup> Att HD berör tvåmånadersregeln i NJA 2008 s. 1158, som rörde ett fastighetsköp mellan två privatpersoner, kritiserar av Grauers i a.art.

<sup>61</sup> Jfr Ramberg, C., Reklamation mot advokater och revisorer, i SvJT 2010 s. 142 ff., s. 149, som anför att reklamationsfristen mot advokater och revisorer kan vara 6 månader eller längre.

<sup>62</sup> Jfr Hultmark, C., Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996, s. 109 f. samt NJA 1919 s. 294.

<sup>63</sup> Jfr Hultmark, C., a.art. s. 112 f. samt NJA 1936 s. 584.

Några särskilda formkrav för reklamationen gäller inte enligt dispositiv rätt i dessa fall. Låt vara att en skriftlig reklamation är att föredra ur bevissynpunkt. Beställaren är som nämnts bevisskyldig för sitt påstående om att reklamation skett. I frågan om reklamation skett eller ej gör besiktningsmannens ombud därför ofta klokt i att bestrida att den kommunikation som förevarit mellan parterna innefattat ett meddelande om reklamation, särskilt om beställaren gör gällande att reklamationen skett muntligen. Ombudet bör också ifrågasätta om vart och ett av de fel som åberopas verkligen reklamerats i tid. För varje fel löper som sagt en särskild reklamationsfrist och det är inte ovanligt att beställaren under processens gång utvidgar sin talan till att omfatta fler fel än vad som angivits i stämningsansökan.

## 9. Rättsföljden av för sen reklamation

Försummad reklamation kan sanktioneras genom att rätten till talan helt går förlorad, s.k. preklusion. Beställaren går då miste om alla möjligheter att rikta krav om skadestånd och/eller prisavdrag mot besiktningsmannen.<sup>64</sup> Denna rättsföljd är gängse i lagstadgade reklamationsbestämmelser och förekommer i bl.a. 32 § köplagen, 23 § konsumentköplagen, 4 kap. 19 a § jordabalken och i 18 § konsumenttjänstlagen. Att rätten till talan gått förlorad var även konsekvensen av beställarnas reklamationsförsummelse i RH 2006:77.<sup>65</sup> En annan tänkbar påföljd är att besiktningsmannens ersättningsskyldighet minskas med den skada som hade kunnat undvikas för det fall reklamation skett i rätt tid.

Christina Ramberg förordar det senare alternativet då det är fråga om försummad reklamation utanför det lagreglerade området.<sup>66</sup> Även Lindskog ställer sig avvisande till preklusionspåföljden och framhåller därvid att detta är en mycket sträng påföljd som utanför det lagreglerade området bör förutsätta lagstöd.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Den primära påföljden i dessa fall är av naturliga skäl skadeståndspåföljden eftersom ett prisavdrag aldrig kan överstiga det avtalade priset. Något hinder för att kombinera fullt skadestånd med prisavdrag torde inte finnas eftersom det är fråga om två från varandra fristående rättsregler med olika funktioner och rekvisit. Prisavdrag handlar om negativ värdepåverkan medan skadeståndspåföljden förutsätter skada. Jfr dock Melin, M., Fastighetsmäklarlagen. En kommentar, Sthlm 2012, s. 277, skiljedomen ProfilGruppen AB ./ KPMG 2010-12-22 samt Christina Rambergs befogade kritik av skiljedomen i JT 2010–11 s. 918 ff., s. 931 f.

<sup>65</sup> Jfr även Hovrätten för Västra Sveriges dom 2013-01-14, mål T 3185-12.

<sup>66</sup> Se Ramberg, C., Reklamation mot advokater och revisorer, i SvJT 2010 s. 142 ff., s. 149 och densamme i Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996, s. 162 f.

<sup>67</sup> Lindskog, S., Preskription, Sthlm 2011, s. 684 ff. I not 12 anför Lindskog att ”när fråga är om rätt att göra gällande *fel* [min kursiv.] i en prestation, påföljden vid för sen reklamationen är att rätten går förlorad är inte alldeles svårt att förstå. Men när fråga är om rätt till skadestånd framstår det för mig som överdrivet med en så drakonisk påföljd”. Uttalandet synes motsägelsefullt. Rätten till skadestånd förutsätter ju att det också föreligger ett fel i prestationen – eller annat

Herre däremot förordar det första alternativet och anser sålunda att konsekvensen av reklamationsförsummelse utanför det lagreglerade området bör vara att förfördelad part förlorar alla rättigheter till följd av felet.<sup>68</sup>

Vid en analys av frågan hur reklamationsplikten ska sanktioneras bör, enligt författarens mening, särskilt beaktas vikten av att sanktionen är verkningsfull och att den ger incitament för den förpliktade parten att fullgöra sin reklamationskyldighet så att förekommande ändamål och partsintressen kan tillgodoses. En sanktion som i praktiken aldrig aktualiseras, trots att brott mot skyldigheten att reklamera kan konstateras, framstår som mindre lämplig.

Vid fel i utförd överlåtelsebesiktning torde det vara ovanligt att en tidig reklamation får till följd att viss skada kan undvikas. Omvänt gäller sålunda att en sen reklamation vanligtvis inte heller orsakar skada. Som nämnts kan vissa skadetyper visserligen förvärras relativt snabbt. Genom att ingripa i ett tidigt skede kan skadeverkningarna begränsas och kostnader för avhjälpande hållas nere. Men i den delen saknar själva reklamationen till besiktningsmannen självständig betydelse. Besiktningsmannen har ju förmodligen ändå inte mandat att föranstalta om avhjälpande eller vidta andra typer av skadereducerade åtgärder i det fall beställaren motsätter sig detta. Låt vara att det vid skadeståndets bestämmande torde vara möjligt att ta hänsyn till i vad mån besiktningsmannen erbjudit sig att på egen bekostnad vidta skadereducerande åtgärder.

Det sagda talar med tyngd mot att påföljden ska bestå i att besiktningsmannens ersättningsskyldighet minskas med den skada som hade kunnat undvikas för det fall reklamation skett i tid. Preklusionspåföljden framstår i jämförelse därmed som en betydligt mer verkningsfull sanktion. Även rättssystematiska överväganden talar till fördel för preklusionspåföljden. Den vanligaste konsekvensen av reklamationsförsummelse i lagfästa reklamationsregler är som sagt att rätten till talan helt går förlorad. Möjligheten att beakta i vad mån beställaren förorsakats skada på grund av sitt eget agerande – i detta fall genom den uteblivna reklamationen – följer dessutom redan av den allmänna avtalsrättsliga skyldigheten att begränsa skadan. Om reklamationsförsummelsen har förorsakat beställaren skada torde det även kunna beaktas inom ramen för allmänna principer om medvållande (se avsnitt 2 ovan). Sammantaget ska således reklamationsplikten sanktioneras på så sätt att utebliven reklamation medför att beställaren helt går förlustig sin rätt att framställa krav mot besiktningsmannen. Eftersom reklamationsplikten enligt författarens mening ska grundläggas genom en analog tillämpning av 17 § konsumenttjänstlagen, är det naturligt att även beträffande rättsföljden av reklamationsförsummelse söka ledning i

avtalsbrott – och om rätten att tala å felet gått förlorad är det inte längre möjligt att framställa krav om skadestånd.

<sup>68</sup> Herre, J., Något om reklamationsplikten vid köp av varor och tjänster, i Festskrift till Gertrud Lennander, 2010, s. 119 ff., s. 139.

samma regelverk och därvid tillämpa preklusionsregeln i 18 § konsumenttjänstlagen analogt.

## 10. Sammanfattande slutsatser

Det får konstateras att det finns tillräckligt stöd i praxis, rättssystematiska överväganden, doktrin och ändamålsskäl för slutsatsen att det enligt gällande dispositiv rätt finns en reklamations skyldighet för en beställare som avser att rikta krav mot besiktningsmannen på grund av fel i utförd överlåtelsebesiktning. Domstolarna kommer förmodligen uppfatta det som mer näraliggande att grundlägga en sådan reklamationsplikt genom en analog tillämpning av 17 § konsumenttjänstlagen snarare än att söka stöd härför i allmänna rättsgrundsatser. I synnerhet som överlåtelsebesiktningsuppdraget ofta utgör ett konsumentavtal. Det finns också goda skäl för en sådan analogi mot bakgrund av att överlåtelsebesiktningsuppdraget uppvisar betydande likheter med arbete på byggnader och annan fast egendom vad gäller möjligheterna att upptäcka fel i utförd prestation. Av särskild relevans för denna slutsats är den i båda fallen centrala betydelsen av fysiska defekter i en byggnadskonstruktion och den därtill kopplade möjligheten att utifrån okulära iakttagelser dra slutsatser beträffande förefintligheten av avtalsbrott. Eftersom reklamationsplikten inte uppbärs av något särskilt konsumentskyddande hänsynstagande får enligt författarens mening antas att samma plikt gäller också i kommersiella sammanhang. Stöd för analoglösningen står även att finna i motiven till konsumenttjänstlagen.

Väga ändamålsskäl talar för att reklamationsfristen, i enlighet med tvåmånadersregeln i 17 § konsumenttjänstlagen, börjar löpa först när beställaren faktiskt insett att det föreligger felaktigheter i besiktningsmannens utförande av uppdraget. Däremot krävs det inte att beställaren också fått kännedom om den skada som felet föranlett. Som framgår av praxis behöver inte felet vara fastslaget för att reklamationsfristen ska börja löpa. Det räcker om det framstår som sannolikt att ett fel föreligger och att beställaren också insett detta. Av praxis och doktrin följer att bevisbördan för att reklamationsfristen börjat löpa förmodligen åvilar besiktningsmannen. På grund av föreliggande bevisvärigheter kan dock beviskravet inte ställas så synnerligen högt. Beställaren är däremot bevisskyldig för att reklamation skett samt tidpunkten för detta. Rättssystematiska överväganden ger för handen att reklamationen måste ske inom skälig tid. Reklamation som sker inom 2 månader ska alltid anses ha skett inom skälig tid i enlighet med tvåmånadersregeln. Om reklamationen sker efter 2 månader, men inte senare än 4,5 månader, kan den enligt praxis vara att anse som rättidig beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Det är oklart om en reklamation som sker senare än efter 4,5 månader någonsin är att bedöma som rättidig då det är fråga om fel i utförd överlåtelsebesiktning. Vad avser rättsföljden av för sen reklama-

tion ska 18 § konsumenttjänstlagen tillämpas analogt. Konsekvensen av försummad reklamation är därmed att beställaren helt går förlustig sin rätt att göra gällande påföljder gentemot besiktningsmannen i anledning av felet. Stöd härför står att finna i rättssystematiska överväganden och ändamålsskäl.