

Jordabalken och köparens undersökning - har sakernas tillstånd ändrats?

Av advokaten CLAUDE ZACHARIAS

Jordabalken har legat till grund för många rättsfall om fel i fastighet. En stor andel av dessa tvister är föranledda av parternas olika uppfattningar om köparen har fullgjort sin undersökningsplikt eller inte. Den till synes gällande föreställningen är att det finns tre olika bedömningsnormer av om en köpare fullgjort sin undersökningsplikt. Denna artikel försöker påvisa att det numera, med beaktande av den praxis som också vuxit fram rörande användandet av besiktningsmän och besiktningsmännens ansvar för genomförandet av s.k. överlåtelsebesiktningar, finns en fjärde och strängare bedömningsnorm.

Det finns en allmän uppfattning om att undersökningsplikten enligt 4 kap. 19 § jordabalken, är oföränderlig och att den undersökningen skall ske med utgångspunkt från en lekmanamässig bedömning, och att detta gäller vare sig undersökningen görs av en normalt begåvad och på området normalt bevandrad person eller med hjälp av en besiktningsman. Läser man Westerlinds gamla jordabalkskommentar med öppet sinne och jämför med dagens praxis, kan man inte utesluta att uppfattningen om vad undersökningsplikten egentligen innebär, inte är så snäv som många kanske tror.

Enligt jordabalkens bestämmelser skall undersökningsplikten bedömas med utgångspunkt från, såsom Westerlind formulerar detta, med hänvisning till lagrådets yttrande i anslutning till förarbetena till jordabalken, i sin kommentar på sidan 396:

"...vad som borde ha uppdagats av köparen vid en med rimlig noggrannhet företagen undersökning; någon generell norm angående undersökningsplikten omfattning kan härvidlag inte tjäna till ledning, utan från fall till fall får avgöras hur pass ingående undersökningen bör bedrivas"

Jag menar att detta uttalande onödigtvis tolkats snävare än vad som är motiverat. För, läser man kommentaren och förarbetena framgår inte ens tanken på att en undersökning av en fastighet helt eller delvis kunde och som tiden också utvisat skulle komma att uppfyllas, helt eller delvis, genom anlita av teknisk expertis, vanligtvis besiktningsmän. Den nu förhärskande uppfattningen om bedömningskriteriet för undersökningsplikten uppfyllande är att bedömningen skall ske med utgångspunkt från de krav man rimligen kan ställa på en lekman. Om en normalt begåvad och på området normalt bevandrad

SvJT 2007 s 416

person skulle ha kunnat upptäcka felet vid en tillräckligt noggrann undersökning, är felet inte dolt och köparen får då själv stå för det. Motsatsvis gäller att om felet är dolt; då ansvarar säljaren för felet.

Den nu redovisade uppfattningen torde stämma väl överens med hur sakernas tillstånd såg ut, i varje fall från tillkomsten av jordabalken fram till och med 1980-talet. Förarbetena lämnar emellertid en möjlighet för domstolarna att anpassa bedömningen allteftersom tiden motiverar detta. En omständighet att beakta i sammanhanget är nämligen att vare sig motiven eller Westerlind talar om bedömningen huruvida undersökningsplikten är uppfylld eller inte med utgångspunkt från någon lekmanamässighet, och inte heller anges att bedömningen skall lämna utan avseende den omständigheten att en lekman, i detta fall en köpare, väljer att anlita en expert för att helt eller delvis fullgöra köparens undersökningsplikt. Det sistnämnda beror naturligtvis på att den möjligheten sannolikt inte ens fanns i lagstiftarens tanke. Det är ju faktiskt först under senare delen av 80-talet som företeelsen besiktning genom besiktningsman uppmärksammas och först under 90-talet som det börjar bli en affärsmodell och därmed ett mer naturligt inslag i samband med fastighetsförvärven och fastighetsmäklarnas verksamhet överlag. Inte minst utvecklingen rörande säljarsförsäkringar har påverkat omfattningen av de s.k. överlåtelsebesiktningarna.

Fastighetsrätten inrymmer flera olika delområden som ej sällan får betydelse, kanske mer än vad vi inser, men som vi praktiker på fältet ofta får erfara när vi handhar olika ärenden. För mitt vidkommande har jag haft förmånen att i stor omfattning särskilt få arbeta med fel i fastighet, fastighetsmäklarjuridik och besiktningsmannans ansvar. Därvid har jag kunnat konstatera att det är möjligt att med ledning av den

praxis som utvecklats de senaste kanske 20 åren, hävda att bedömningen av huruvida en köpare uppfyllt sin undersökningsplikt eller inte, förmodligen kan delas in i fyra olika kategorier. Jag är fullt medveten om att min tolkning av olika rättsfall och sammanlänkningen av desamma må anses djärv kanske till och med felaktig av vissa. Icke desto mindre är jag benägen att påstå att det inte längre är förenligt med tidens anda och domstolspraxis att klänga sig fast vid den lekmanmässiga bedömningen i alla situationer.

Jag menar att praxis inom flera inom det fastighetsrättsliga området ingående delområdena visar att domstolarnas hänsynstaganden till egna byggtekniska kunskaper har betydelse för hur strängt kravet på en fullgjord undersökningsplikt upprätthålles. T.ex. framgår av ett fastighetsmäklarmål, Hovrättens för Övre Norrland dom 1990-02-12, mål nr T 61/89, dom nr DT 2015, att hovrätten beaktade, som en av många omständigheter, att fastighetsmäklaren också var byggnadsingenjör "[...] samt med beaktande av hans mångåriga erfarenhet som mäklare, i förening med den sakkunskap som han har i egenskap av utbildad ingenjör inom området [...]".

SvJT 2007 s 417

I belysning av resonemanget i hovrätten, där synen på vad en besiktningsman bör och inte bör upptäcka för att metodansvaret skall anses uppfyllt (Jfr. kapitel 6.1 i 1 u Besiktningsmannens ansvar vid överlåtelsebesiktningar. Ett uppdaterat, digitalt, alternativ av denna skrift återfinns på Internet och tillhandahålls genom Zacharias Advokatbyrå) har jag svårt att förstå att en köpares undersökningsplikt inte skulle påverkas av hur en besiktningsman genomför sitt uppdrag. Att en köpare som med en sedvanlig objektiv bedömning av vad en lekman borde upptäcka inte kan skylla ifrån sig på en besiktningsman som förbiser ett fel, är ganska självklart (NJA 1998 s 407), dvs. är bristen sådan att till och med köparen borde ha upptäckt den, hjälper det inte att besiktningsmannen inte upptäckt den.

Högsta Domstolen säger också att otillräcklig kvalitet i ett besiktningsutlåtande, dvs. förbiseenden som besiktningsmannen gör, kan inte tillåtas gå ut över säljaren. Ett omvänt synsätt skulle innebära att man bortser från att köparen faktiskt har haft med sig en expert och därmed skulle bedömningen bli betydligt mer tolerant för förbiseenden hos en köpare jämfört med hur bedömningen, som jag tolkar domstolarnas olika uttalanden i praxis, skulle ha varit om sådan expertis inte anlitas. Men därmed gör man också en skillnad i bedömningen mellan vad en besiktningsman förväntas upptäcka och vad en person som inte anlitar expertis förväntas upptäcka.

Det är uppenbart av praxis (t.ex. NJA 1998 s. 407 och NJA 1998 s. 407 liksom Svea hovrätts dom 1987-06-12, mål nr T 1006-86, dom nr DT 21) att en besiktningsmans anmärkningar är varningssignaler som medför att undersökningsplikten för en köpare utökas. Om en besiktningsman gör en besiktning så krävs av denne således mer vad gäller upptäckandet av möjliga fel i en byggnad än vad som krävs av en lekman (jfr RH 1998:60 och Hovrätten för Nedre Norrland 2006-02-08, mål nr T 1284-03 och Hovrätten över Skåne och Blekinge 2006-05-12 mål nr T 736-05).

Min mening är därför att samma krav som gäller på en besiktningsman "smittar" av sig också på köparen. Missar således besiktningsmannen något som avkrävs en fackman att upptäcka, så får köparen bära ansvaret för det (jfr NJA 1998 s 407).

Men det jag vill hävda är att det är dags för att se till helheten av den praxis som omfattar hela fel i fastighetsproblematiken och de närliggande fastighetsrättsliga disciplinerna.

Det är därför min uppfattning att finns fyra möjliga typer av bedömningsnormer vad avser frågan om undersökningsplikten är uppfylld eller inte.

Den första är självklart den "normala och lekmanmässiga" bedömningen, en normal köpare gör sin undersökning och bedöms ha gjort vad köparen kunnat. Fel som inte köparen upptäckt och inte heller bort upptäcka och ej heller är fel som han av andra skäl har anledning

SvJT 2007 s 418

att räkna med, är därmed sannolikt fel i köprättslig mening för vilka säljaren riskerar att svara.

Den andra är förbiseenden av fel som en vanlig normal köpare gör men inte borde ha gjort. Felen är upptäckbara. Felen är i dessa fall inte fel i köprättslig mening och köparen kan inte klandra någon annan än sig själv. Köparen får svara för förbiseendet.

Det tredje typfallet är när köparen anlitar en besiktningsman som på köparens uppdrag gör en besiktning och förbiser ett fel, som även en lekman borde ha upptäckt. Vid sådant förhållande kan köparen endast vända sig mot besiktningsmannen med eventuella ersättningskrav (Jfr även Svea hovrätts dom 1987-06-12, mål nr T 1006-86, dom nr DT 21, där hovrätten konstaterar att köparen har att svara mot säljaren för att besiktningen "inte utfördes med den omsorg och sakkunskap som varit påkallad". Köparen ansågs i målet därför inte ha uppfyllt sin undersökningsplikt. Högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd genom beslut 1987-10-28, mål nr T 350-87).

Slutligen, det måhända kontroversiella *fjärde alternativet*, är när en besiktningsman gör ett förbiseende av ett fel, som en fackman borde ha upptäckt men inte en lekman. Här menar jag således att genom att använda sig av en fackman utökas indirekt kraven på vad lekmannen borde ha upptäckt, kravet på fackmannens möjligheter att upptäcka ett fel "smittar" av sig på köparen. Detta innebär naturligtvis en strängare syn på köparens undersökningsplikt jämfört med hur det kanske var tänkt när jordabalken infördes och hur praxis och doktrin utvecklats fram till ungefär slutet av 1980-talet/början av 1990-talet.

Men, som Westerlid redan i samband med jordbalkens tillkomst konstaterar innebär införandet av det abstrakta felbegreppet i sig en förskjutning av felansvaret såvitt avser dolda fel till säljarens nackdel (jfr Westerlid sidan 389 ff.). Varför skulle man då inte också kunna göra en förskjutning åt det andra hållet? Med detta vill jag ha sagt att det inte i sig är en helig ko att till varje pris, utan att beakta samhällsförändringarna, vidmakthålla en viss ansvarsfördelning som den var tänkt för närmare 35 år sedan. Det finns dock fler och kanske starkare argument för att acceptera den fjärde bedömningsnormen.

Redan den omständigheten att köparen väljer att helt eller delvis anlita en expert för att genomföra en undersökning av den fastighet vederbörande står i begrepp att förvärva innebär i sig att personen valt att själv avstå från en lekmanamässig undersökning. Varför skall då bedömningsnormen som sådan, dvs. att utgångspunkten för hur undersökningen utförs, kvarstå som om expertis inte hade anlåtats? Ett sådant synsätt saknar för mig en rimlig förklaring. Skyddsintresset gör sig i dessa fall inte alls lika påtagligt gällande som eljest. Därtill finns också ett vanligt förekommande ändamålsskäl. Besiktningsmännen har ansvarsförsäkringar. Skulle en besiktningsman handla culpöst eller dolöst så kan således säljaren inte ställas till svar för dolda fel men köparen drabbas inte när köparen har en möjlighet att vända

SvJT 2007 s 419

sig mot besiktningsmannen och i förekommande fall ur dennes ansvarsförsäkring åtnjuta den ekonomiska kompensation som skadan motsvarar. Den i och för sig juridiska ansvarsförskjutning av felansvaret i jordabalken, som mitt resonemang innebär, leder genom konstruktionen med ansvarsförsäkring inte till någon ekonomisk nackdel för köparen i slutändan. Dessutom kan onödiga och kostsamma tvister om fel i fastighet undvikas till fromma för rättssystemet över lag.

Mot det nu anförda skulle man kunna anföra att det finns en väl avvägd jämvikt, en fördelning av ansvaret mellan säljare och köpare, inbyggd i jordabalken som man inte bör rubba utan vidare. Förvisso är det så, men som jag hoppas min argumentation ovan visar, är det argumentet numera överspelat av samhällsutvecklingen. Dessutom innebar redan införandet av jordabalken att man ändrade det inbördes förhållande som tidigare rådde mellan parterna i en fastighetsaffär, på säljarens bekostnad. Varken lagtext eller förarbeten hindrar att praxis efter omständigheterna anlägger en strängare syn på undersökningsplikten till nackdel för köparen. Snarare torde ett sådant synsätt vid anlåtande av teknisk expertis öka jämvikten. Säljaren skall inte behöva hamna i sämre läge nu när köparen väljer att anlita expertis.

Ett annat motargument, som hör samman med att besiktningsmännens verksamhet är oreglerad i lag, skulle kunna vara att de uppdragsavtal som tillämpas mot konsumenter innehåller betydande begränsningar vad gäller skadeståndskyldigheten och preskriptionstider. Dock har praxis i denna del markerat en möjlig förändring på sistnämnda område. I Svea hovrätts dom 2006-05-04, mål nr T 3484-05 ställdes frågan på sin spets. Målet handlar om en besiktning som skedde varvid villkoren för besiktningen bl.a. innehöll en bestämmelse som lyder:

"Krav mot besiktningsförrättaren skall anmälas (reklamerar) till denne inom skälig tid efter att skadan märkts eller bort märkas. Reklamationen får dock inte ske senare än två år efter uppdragets avslutande".

Hovrätten uttalar i sin dom att konsumenttjänstlagen inte är tillämplig men att det "ligger när till hands för en jämförelse" med lagen. Hovrätten berör skillnaden mellan lös egendom och fast egendom och

påtalar att fel som uppkommer på fast egendom, kan visa sig först efter flera år. Hovrätten gör därvid en koppling till vad syftet är med en överlåtelsebesiktning. En så kort preskriptionsfrist som två år anser därför hovrätten så betungande mot en konsument att villkoret är oskäligt. Hovrätten lämnar därför preskriptionsvillkoret utan avseende (hovrättens dom är överklagad till Högsta domstolen mål nr T 2403-06, rotel 33). Givet hovrättens dom står sig i nu berörda delar, dels att man gör en åtskillnad mellan besiktning av fast och lös egendom, dels att preskriptionstiden avseende besiktningsmannaupdrag ej får sättas lägre än tio år, så faller argumentet om att avtalsvillkoren i

SvJT 2007 s 420

sig skulle kunna utgöra ett hinder mot än strängare syn på hur bedömningsnormen skall vara avseende köparens undersökningsplikt enligt jordabalken. Men även om Högsta domstolen skulle avfärda distinktionen mellan fast egendom och lös egendom i detta sammanhang, kvarstår min ståndpunkt. Först om Högsta domstolen också skulle anse att två år är en godtagbar preskriptionstid i konsumentförhållanden beträffande överlåtelsebesiktningar, kan visst fog finnas för en annan uppfattning. Men, jag menar detta till trots att redan anlitaandet av en expert sätter det omhuldade behovet av att skydda köparen så pass mycket ur spel att en strängare syn på undersökningsplikten är motiverad.

Jordabalken må vara gammal men den är inte statisk utan lämnar utrymme för anpassningar. Praxis bör inte ses isloerad för varje juridisk disciplin utan gränsöverskridande jämförelser är till fromma för rättsutvecklingen i synnerhet mellan olika delar av ett visst rättsligt område, i detta fall fastighetsrätten. Jag vill därför med utgångspunkt från det nu anförda, hävda att bedömningen av undersökningsplikten inte längre nödvändigtvis alltid måste ske med utgångspunkt från hur en lekman bör företa en sådan undersökning och därmed vad en lekman bör kunna upptäcka. I stället bör och kan kravet ställas högre, när expertis anlitas. Att anlitaandet av en besiktningsman också kan få andra, paradoxala, konsekvenser är en annan fråga som redan är föremål för viss doktrin (jfr bl.a. kapitel 5.2 och 8.1 i 1 uppl. Besiktningsmannens ansvar vid överlåtelsebesiktningar).