



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Klara Holm

Felansvar vid skador på grund av
enstegstätade fasadkonstruktioner
– därtill om felansvarets utformning utifrån ett
rättsekonomiskt analysperspektiv

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ola Svensson

Termin för examen: VT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.4.1 Inledning	7
1.4.2 Rättsdogmatisk metod	7
1.4.3 Rättsekonomisk metod	10
1.5 Forskningsläget	13
1.6 Disposition	13
2 ENSTEGSTÄTADE FASADER	15
2.1 Allmänt om enstegstätade fasader	15
2.2 De tidiga varningssignalerna	15
2.3 Fasadkonstruktionen riskförklaras	17
2.4 Enstegstätade fasader och fel som inte beror på en avvikelse från fackmässig standard	18
3 FASTIGHETSÖVERLÅTELSE	21
3.1 Felansvar enligt JB	21
3.1.1 Allmänt om felansvaret	21
3.1.2 Skälen för felansvarets utformning	21
3.1.3 Konkreta fel	22
3.1.4 Abstrakta fel	23
3.1.4.1 Allmänt om abstrakta fel	23
3.1.4.2 Särskilt om fukt- och mögelskador som abstrakt fel samt betydelsen av byggnadens ålder	24
3.1.4.3 Särskilt om byggnormens betydelse	25
3.2 Köparens undersökningsplikt	29
3.2.1 Generellt om undersökningsplikten	29
3.2.2 Undersökningsplikten i förhållande till enstegstätade fasadkonstruktioner	29

3.3	Påföljer enligt JB	30
3.3.1	Prisavdrag och hävning	30
3.3.2	Skadestånd	30
4	KONSUMENTENTREPRENADER	33
4.1	Generellt om konsumententreprenader	33
4.2	Felansvar enligt KtjL	33
4.2.1	Allmänt om felansvaret	33
4.2.2	Skälen för felansvarets utformning	35
4.2.3	Fel på grund av avvikelse från vad som får anses vara avtalet	36
4.2.4	Fel på grund av avvikelse från 4 §	36
4.2.4.1	Allmänt om kraven i 4 § och 9 §	36
4.2.4.2	Fackmässig standard	37
4.2.4.3	Med tillbörlig omsorg tillvarata konsumentens intressen	38
4.2.5	Fel som inte beror på en avvikelse från fackmässig standard	39
4.3	Påföljder enligt KtjL	40
4.3.1	Rätt att hålla inne betalningen, avhjälpande, prisavdrag och hävning	40
4.3.2	Skadestånd	41
5	HOVRÄTTSPRAXIS OM ENSTEGSTÄTADE FASADER	44
5.1	Jordabalksfallet	44
5.2	Myresjöhusfallet	45
6	RÄTTSEKONOMI OCH RISKPLACERING	51
6.1	Generella teorier om rättsekonomi	51
6.1.1	Ekonomisk effektivitet	51
6.1.2	Individernas ökade tillfredsställelse gynnar samhället	52
6.1.3	Transaktionskostnader	52
6.1.4	Coaseteoremet	53
6.2	Ekonomiskt effektiv riskplacering	54
6.2.1	Generellt	54
6.2.2	Möjligheter att förebygga	55
6.2.3	Parternas inställning till risk	56
6.2.4	Försäkringsmöjligheter	57
7	ANALYS OCH DISKUSSION	60
7.1	Utgör skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner ett fel enligt JB respektive KtjL och vilka påföljder kan i så fall aktualiseras?	60
7.1.1	Felansvaret enligt JB	60
7.1.1.1	Konkret fel	60
7.1.1.2	Abstrakt fel	60
7.1.1.3	Modifierat felansvar på grund av byggnormer?	62
7.1.1.4	Sammanfattning av rättsläget	64

7.1.1.5	Möjliga påföljder	65
7.1.2	Felansvaret enligt KtjL	66
7.1.2.1	Resultatansvar och avvikelse från parternas avtal	66
7.1.2.2	Avvikelse från 4 §	69
7.1.2.3	Sammanfattning av rättsläget	72
7.1.2.4	Möjliga påföljder	73
7.2	Enstegstätade fasadkonstruktioner och rättsekonomi. Är felansvarsreglerna ekonomiskt effektiva?	74
7.2.1	Inledning	74
7.2.2	Riskfördelning enligt JB	76
7.2.3	Riskfördelning enligt KtjL	78
7.3	Avslutande reflektion	81
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	85
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	91

Summary

During the 1990s until 2007, approximately 15,000 to 30,000 buildings were built with a particular construction method known as *External Thermal Insulation Composite System Walls*, which means that the facade is constructed in one piece with no intervening air gap. Until 2007 the construction was considered to be appropriate, but in 2007 was found that it was not as good as people thought, and was rather a high risk construction due to the the risk of serious moisture damage caused by the constructions inability to drain off moisture intrusion.

This paper investigates whether a buyer of a real estate property with the aforementioned construction can receive compensation from the seller according to the Land Code, and whether a consumer who has allowed a contractor to erect a building with the construction has the right to compensation pursuant to the Consumer Services Act. The conclusion is that the legal position is unclear, but the buyer as well as the consumer seem to have the possibility to receive compensation. The reason for that concerning the real estate transfer is that the damages due to the construction must be considered to deviate from the buyer's reasonable expectations under the Land Code chapter 4 § 19. Concerning the erect building a result which implies that the building does not resist moisture must be considered insufficient according to the Consumer Services Act § 9. In the essay two cases from two different Courts of Appeals are used to problematize the situation. In the first case, a buyer of a real estate was given the right to compensation because of the incorrect construction, as was found by the court found. In the second case the outcome was reversed and the construction was not considered to be faulty.

There is no significant case law from the Swedish Supreme Court on this matter, but the author advocates an interpretation of the legal position which means that the buyer of a real estate property as well as a consumer who has allowed a contractor to erect a building should have the right to compensation. The reasons for the opinion are based upon theories about efficiency from what is known as *law and economics*. The theories indicate that the risk of error in a contract relationship should be placed on the party with the least burden to carry the risk, with respect to the parties' ability to prevent the risk or to cover insurance to the lowest cost. The contractor can be assumed to have the ability to prevent a risk, whereby he or she should bear the risk. In the case of a real estate transfer, there are rarely the same opportunities to prevent this rist. Therefore, it should rather be placed based on the ability to cover insurance at the lowest cost. 'Costs' here referring to all transaction costs, including providing information on present risks. Since the seller is normally living in the property he or she is typically more familiar with the potential risks, which is why the risk should be placed upon him or her.

Sammanfattning

Under 1990-talet och fram till 2007 uppfördes uppskattningsvis 15 000 – 30 000 byggnader med en så kallad enstegstätad fasadkonstruktion. Konstruktionen innebär att husfasaden byggs i ett enda stycke, utan mellanliggande fuktdränerande luftspalt. Fram till 2007 ansågs konstruktionen vara mycket bra, men i början av 2007 uppdagades det att konstruktionen inte var så bra som branschen trott, utan snarare utgjorde en riskkonstruktion. Detta på grund av att en rad fall av kraftiga fuktskador i fasaden påträffades, vilka berodde på att fasaden utgjorde otillräckligt skydd mot vatten och att inträngande fukt inte hade någon möjlighet att torka ut.

Föreliggande uppsats utreder huruvida en köpare som genom en fastighetsöverlåtelse förvärvat en fastighet med den aktuella konstruktionen kan få ersättning enligt jordabalken (JB), samt om en konsument som låter en näringsidkare uppföra en byggnad i form av en konsumententreprenad kan få ersättning av näringsidkaren enligt konsumenttjänstlagen (KtjL). Slutsatsen är att rättsläget är oklart men att såväl köpare av en fastighet som en konsument som låtit uppföra en konsumententreprenad torde kunna få ersättning. Detta eftersom en nyuppförd fuktskadad fastighet måste anses avvika från köparens befogade förväntningar enligt JB 4 kap. 19 § och att resultatet av konsumententreprenaden måste anses förfelat enligt KtjL 9 § när byggnaden har en fasad som inte står emot väta. I framställningen används två hovrättsfall för att problematisera rättsläget. I det första fallet rörde det sig om en fastighetsöverlåtelse enligt JB och där fann hovrätten att fasaden var felaktig och att säljaren ansvarade för felet. I det andra fallet rörde det sig som om ett flertal konsumententreprenader och där fann hovrätten att entreprenaderna inte var felaktiga.

Prejudicerande rättspraxis saknas men författaren förespråkar en tolkning av gällande rätt som innebär att såväl köparen vid fastighetsöverlåtelsen som konsumenten vid konsumententreprenaden ska kunna göra felet gällande mot säljaren respektive entreprenören. Som skäl för tolkningen används argument baserade på rättsekonomiska teorier om effektiv riskplacering. Teorierna anger att risken för fel ska placeras på den part som risken är minst betungande för, utifrån parternas möjligheter att förebygga alternativt försäkra sig till lägst totalkostnad. Beträffande konsumententreprenader antas näringsidkaren ha bäst möjligheter att förebygga, eftersom denne kontrollerar sin verksamhet och dessutom i egenskap av fackman kan förväntas känna till potentiella risker bättre än konsumenten. När det rör sig om en fastighetsöverlåtelse föreligger sällan samma möjligheter att förebygga, varför det istället blir avgörande vem av parterna som kan teckna försäkring till lägst kostnad. Med kostnad åsyftas totalkostnaden, inklusive kostnaden för att anskaffa information om vilka risker som finns att försäkra sig mot. Då säljaren normalt bor i byggnaden och även i övrigt typiskt sett har ett informationsövertag i förhållande till köparen bör risken därför placeras på denne.

Förkortningar

ABS	Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader
AMA	Allmän material- och arbetsbeskrivning
BBR	Boverkets byggregler
BKR	Boverkets konstruktionsregler
Ds	Departementsserien
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JB	Jordabalk (1970:994)
JP	Juridisk Publikation
JT	Juridisk Tidskrift
Ju	Justitiedepartementet
KKL	Konsumentköplag (1990:932)
KO	Konsumentombudsmannen
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
KöpL	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PAL	Produktansvarslag (1992:18)
PBL	Plan- och bygglag (2010:900)
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SP	Sveriges Tekniska Forskningsinstitut
SvJT	Svenskt Juristtidning
SvSkT	Svensk Skattetidning
TR	Tingsrätten

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Under 1990-talet och fram till 2007 var det vanligt förekommande i Sverige att nya byggnader uppfördes med en så kallad enstegstätad fasadkonstruktion, vilket förenklat är en konstruktion där fasaden byggs i ett stycke utan en mellanliggande fuktdrainerande luftspalt. På uppskattningsvis mellan 15 000 och 30 000 nybyggnader användes konstruktionen, i vilka det inryms mellan 110 000 och 160 000 bostäder.¹ Konstruktionen lovordades och ansågs vara såväl värmeisolerande som ekonomiskt fördelaktig att använda vid nybyggnationer.²

2007 förändrades dock situationen drastiskt. Statligt ägda SP, Sveriges Tekniska Forskningsinstitut³, hade upptäckt betydande problem vad gällde fasadkonstruktionens förmåga att stå emot vatten, vilket hade resulterat i många fall av omfattande fukt- och mögelskador. I början av 2007 publicerade därför branschtidningen Bygg & Teknik en artikel författad av personer verksamma inom SP i vilken konstruktionen riskförklarades.⁴ SP har efter artikeln försökt kartlägga omfattningen av problemen genom att undersöka drygt 800 byggnader som har den aktuella fasadkonstruktionen. Skadeutbredningen tycks vara stor och SP har i en rapport publicerat siffror om att 55 % av de undersökta byggnaderna haft skador av sådan omfattning att minst en fasadsida måste bytas ut. I ännu fler byggnader uppdagades fuktproblem, även om de inte var av sådan omfattning att en hel fasadvägg behövde ersättas.⁵ I senare gjorda undersökningar av såväl befintliga byggnader som fasader konstruerade i laboratorium var det endast ett fåtal fasader som inte visade några tecken alls på förhöjda fuktvärden.⁶ Fuktskadorna uppkommer när otätheter i ytskiktet på fasaden släpper in fukt som saknar möjlighet att dränera bort eftersom fasaden saknar luftspalt. Det räcker med mycket små sprickor eller otätheter för att vatten ska kunna tränga in, uppgifter om att sprickor eller hål på så lite som 0,1 mm kan orsaka skador har framkommit.⁷ Siffrorna om antalet byggnader med konstruktionen kan läsas mot bakgrund av kostnaderna för att byta ut felaktiga fasader. Att på en villa med fyra fasadsidor byta ut samtliga sidor kostar mellan 500 000 och 1 500 000 kr, varför problemen med fasadkonstruktionen är betydande för de drabbade.⁸ Förutom kostnaderna kan fasadskadorna även antas medföra praktiska och emotionella problem för många, i och med att köpet av en bostad ofta är ett av de mest

¹ Jansson och Samuelsson 2009 s. 32 och Villaägarnas Riksförbund 2009 s. 1.

² Jansson och Samuelsson 2009 s. 19.

³ SP 2014.

⁴ Jansson, Mjörnell och Samuelsson 2007 b s. 72.

⁵ Jansson och Samuelsson 2009 s. 49 f.

⁶ Jansson 2011 s. 69.

⁷ Jansson och Samuelsson 2009 s. 34 och TR i Jordabalksfallet s. 17.

⁸ Villaägarnas Riksförbund 2009 s. 2.

betydelsefulla köpen i livet.⁹ Därtill kommer att fukt- och mögelskador utgör en potentiell hälsorisk och misstänks kunna leda till olika sjukdomar.¹⁰

Förutom de praktiska och ekonomiska problem som fasadkonstruktionerna kan ge upphov till medför situationen också juridiska betänkligheter. En innehavare av en byggnad med enstegstätad fasadkonstruktion kan ha förvärvat byggnaden genom ett fastighetsköp eller genom att innehavaren låtit en byggfirma uppföra ett nytt hus. Den förra situationen regleras genom JB medan den senare regleras av KtjL, förutsatt att innehavaren är en konsument. Gränsdragningen mellan regelverkan tycks dock inte vara helt tydlig. Hellner, Hager och Annina menar att KtjL kan bli tillämplig även vid en fastighetsöverlåtelse, om en konsument köper en fastighet där säljaren håller på att uppföra ett hus eller säljaren senare uppför ett hus. Författarna menar dock att själva marköverlåtelsen regleras genom JB men att KtjL blir tillämpligt beträffande byggnaden. Om entreprenören vid överlåtelsen redan uppfört byggnaden och uppförandet inte var en beställning från konsumenten blir KtjL enligt författarna inte tillämplig utan det rör sig istället om en ren fastighetsöverlåtelse enligt JB. Författarna menar att rättsläget är oklart och gränserna otydliga.¹¹

Att det tycks finnas situationer där valet av regelverk är oklart kompliceras av att kriterierna för när ett fel föreligger skiljer sig regelverken emellan. Gällande de enstegstätade fasadkonstruktionerna saknas rättspraxis från högsta instans där frågan om konstruktionerna utgör ett fel enligt KtjL respektive JB klargörs. Frågan har dock prövats av hovrätterna vid två tillfällen, med utfallet att Hovrätten över Skåne och Blekinge tillerkände köparna av villa med enstegstätad fasadkonstruktion ersättning motsvarande avhjälpandekostnaderna enligt JB 4 kap. 19 §, medan Göta hovrätt kom till motsatt utgång i ett fall där ett antal konsumenter stämt en byggentreprenör för felaktigt utförda entreprenader. Det senare fallet har överklagats till HD som har beviljat prövningstillstånd.¹² Prövningen i HD kommer delvis finansieras genom KO som valt att gå in med ekonomiskt bistånd till köpareombuden för att tvisten ska kunna avgöras i högsta instans. KO motiverar sin medverkan med att målet har ”stort principvärde”.¹³

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med den här uppsatsen är att utreda säljarens felansvar vid skador på grund av så kallade enstegstätade fasadkonstruktioner enligt JB respektive KtjL. Vidare syftar uppsatsen till att mot bakgrund av utfallet utvärdera huruvida felansvarsreglerna är lämpligt konstruerade ur ett samhällsekonomiskt perspektiv.

⁹ Prop. 1989/90:77 s. 17.

¹⁰ Blom Westergren 2012.

¹¹ Hellner, Hager och Annina 2010 s. 93.

¹² HD:s beslut om prövningstillstånd den 24 januari 2014. Målnumret är T 916-13.

¹³ Eriksson 2014.

Uppsatsen utgår från följande frågeställningar:

1. Utgör skador på grund av så kallade enstegstätade fasadkonstruktioner ett fel enligt JB respektive KtjL och vilka påföljder kan i så fall aktualiseras?
2. Är de nuvarande felansvarsreglerna i JB respektive KtjL mot bakgrund av problemen med enstegstätade fasadkonstruktioner och utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv lämpligt utformade eller hade någon annan utformning varit att föredra?

1.3 Avgränsningar

På grund av ämnesvalet och framställningens begränsade omfattning har flera avgränsningar framstått som nödvändiga. Inledningsvis är arbetet begränsat till att omfatta fastighetsöverlåtelse enligt JB eller konsumententreprenader som regleras i KtjL. Situationen att en näringsidkare låtit en annan näringsidkare uppföra en byggnad åt sig omfattas alltså inte av framställningen.

Redogörelsen för möjliga felgrunder har fokuserats till de grunder som framstått som mest relevanta i förhållande till enstegstätade fasadkonstruktioner generellt. Ett fel kan exempelvis föreligga i en konsumententreprenad om näringsidkaren underlåtit att samråda med konsumenten i erforderlig utsträckning enligt KtjL 9 § 1 st. 1 p. med hänvisning till 4 §. Eftersom arbetet behandlar enstegstätade fasadkonstruktioner i allmänhet och inte utifrån ett konkret fall har felgrunden utelämnats, trots att den i och för sig möjligen kan vara uppfylld i vissa specifika fall. Av samma anledning har frågor om reklamation och preskription utelämnats. I uppsatsen berörs byggnormer och branschreglers eventuella funktion i felansvaret, men någon utredning kring huruvida enstegstätade fasader var i enlighet med gällande byggnorm eller branschregler när de uppfördes kommer inte att presenteras, eftersom en sådan utredning skulle bli alltför omfattande att företa. Beträffande anförda rättsfall är de avgränsade till den eller de delar av rättsfallen som är relevanta för framställningen. Exempelvis i Myresjöhusfallet som behandlas relativt utförligt är framställningen centrerad till frågan om fel, målet hade även bland annat processrättsliga inslag vilka har utelämnats.

Den rättsekonomiska analysen är förhållandevis kraftigt avgränsad, i så mån att endast för framställningen relevanta teorier har tagits med. Teorierna är också förenklade och saknar i princip helt matematiska inslag. Detta har skett av huvudsakligen två skäl. För det första skulle en uttömmande redogörelse av rättsekonomiska teorier kräva en stor del av utrymmet i uppsatsen, vilket skulle behöva ske till förmån för andra delar. För det andra är inte syftet med uppsatsen att ge en fullständig rättsekonomisk redogörelse, utan snarare tvärtom utifrån en förhållandevis lättförståelig redogörelse problematisera och analysera gällande rätt.

1.4 Metod och material

1.4.1 Inledning

Metodmässigt kan det här arbetet sägas bestå av två delar. Den första delen utgör en beskrivning av gällande rätt beträffande felansvaret enligt JB och KtjL, medan den andra delen utgör en analys av den första delen utifrån rättsekonomisk teori. Uppdelningen i två olika delar har föranlett att såväl rättsdogmatisk som rättsekonomisk metod har använts.

1.4.2 Rättsdogmatisk metod

Första delen, beskrivningen av gällande rätt, utgår från det som brukar benämnas rättsdogmatisk metod. Det finns lite olika uppfattningar av vad som utgör rättsdogmatisk metod¹⁴ men många tycks vara överens om att det handlar om att fastställa, tolka och systematisera gällande rätt utifrån rättskällorna och därigenom ge svar på en konkret problemställning.¹⁵ Det centrala i den rättsdogmatiska metoden tycks vara att deskriptivt framställa gällande rätt, även om inslag av kritik och resonemang *de lege ferenda* tycks vara tillåtet.¹⁶ I den rättsdogmatiska metoden spelar rättskällevärdet en viktig roll.¹⁷ Rättskällevärdet pekar ut vilka källor som utgör rättskällor och hur dessa förhåller sig till varandra. Vid undersökningar av vad som utgör gällande rätt anger rättskällevärdet att svensk lag *ska* användas, medan prejudikat och förarbeten *bör* användas och andra svenska domar, lagförslag, doktrin med mera *får* användas.¹⁸ Det är rättskällorna som ska utgöra kunskapsbasen vid undersökningen om vad som utgör gällande rätt.¹⁹

Som ovan nämnts har jag i framställningen även tillämpat rättsekonomisk metod, vilken beskrivs nedan. Vissa traditionella rättsdogmatiker är skeptiska till att använda ekonomiska resonemang för att utröna gällande rätt och i det rättsvetenskapliga arbetet.²⁰ En möjlig förklaring till det kan vara en stark tradition och klar uppfattning om att den rättsdogmatiska metoden går ut på att systematisera och analysera rätten *inifrån rätten själv*,

¹⁴ Sandgren 1995 s. 727 särskilt fotnot 1, även om han framhåller att det i praktiken inte råder så stora oenigheter att det medför att metoden inte kan användas.

¹⁵ Kleineman 2013 s. 26, Peczenik 2005 s. 249, Sandgren 2004 s. 305 och Spaak 2013 s. 47. Jfr Peczenik 1995 s. 46 ff.

¹⁶ Jfr Kleineman 2013 s. 24, 34 och 41 och Olsen 2004 s. 117.

¹⁷ Hellner 2001 s. 24 och Peczenik 2005 s. 251 f.

¹⁸ Peczenik 1980 s. 49 f och Peczenik 1995 s. 35. Jfr Kleineman som menar att en dom aldrig kan användas för att utröna gällande rätt, såvida den inte kommer från högsta instans, Kleineman 2013 s. 38. Olsen är av uppfattningen att endast prejudicerande mål från HD utgör rättskällor och att andra domstolsavgörande, inklusive notisfall från HD, därmed inte är relevanta för att utröna gällande rätt, se Olsen 2004 s. 117 f. Peczenik anger att domar från andra instanser än HD får åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation, se Peczenik 1995 s. 35.

¹⁹ Kristoffersson 2011 s. 836.

²⁰ Hellner 2001 s. 32.

utan hänsyn till en större kontext.²¹ Uppfattningen tycks dock ha luckrats upp under de sista decennierna vilket skapat ett större utrymme för att andra vetenskaper, exempelvis rättsekonomi, kan ta plats även i den rättsdogmatiska metoden.²² Rättsekonomiska resonemang har traditionellt sett alltså inte haft någon roll i den rättsdogmatiska metoden, men den liberalisering som tycks ha skett innebär att rättsekonomiska argument kan användas i tolkningen av rättskällorna eller för att fylla ur luckor.²³ Beträffande det här arbetet är det en teknik jag tillämpar, vilket kommer att framgå i uppsatsens senare delar. Huruvida det uppfattas som förenligt med den rättsdogmatiska metoden eller inte överlämnas till läsaren att avgöra.

I mitt arbete har jag tillämpat rättskällorna utifrån rättskällevärdet. Jag har utgått från lagtexten, men som så många gånger har den inte till besvarat min frågeställning varför jag gått vidare till andra källor. Inom fastighetsrätten och felansvaret enligt JB finns en del avgörande från HD som använts i arbetet. Beträffande prejudicerande rättspraxis är det dock något oklart i vilken utsträckning ett avgörande från högsta instans kan användas för att avgöra andra tvister, i vilka sakomständigheterna skiljer sig. Peczenik menar att ett avgörande från HD bör beaktas i andra ”i väsentlighet liknande fall”. För att en princip eller ett avgörande argument ska vara tillämpligt som rättskälla krävs alltså att det föreligger likheter mellan sakomständigheterna i fallet som HD avgjort och den aktuella situationen.²⁴

HD har inte i något fall prövat huruvida skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner utgör ett fel enligt JB eller KtjL. Avgörandena som presenteras i framställningen rör därmed andra bristfälligheter i fastigheter. I presentationen av dem kommer jag i de flesta fall redogöra för sakomständigheterna i målet, varför läsaren själv kan bilda sig en uppfattning om avgörandets relevans i förhållande till enstegstätade fasadkonstruktioner. Ett par refererade hovrättsfall används också i framställningen, vilka enligt rättskällevärdet alltså *får* användas. Min uppfattning om dessa är att de ger uttryck för vad som framstår som gällande rätt, men att rättsfallen gör det på ett i förhållande till de andra källorna tydligare sätt. Förutom nämnda rättspraxis är två hovrättsfall centrala i framställningen. Dessa har dock inte använts för att utröna gällande rätt, utan funktionen av att ha med dem och låta dem ta plats är att de ska fungera som en problematisering av rättsläget genom att de visar hur två hovrätter resonerade i frågan.

²¹ Gräns 2013 s. 421.

²² Gräns 2013 s. 422. Exempelvis Hellner är skeptisk till att låta rättsekonomi ta alltför stor plats i det rättsvetenskapliga sammanhanget eftersom teorierna inte bygger på fakta, men han menar samtidigt att rättsekonomi är relevant för rättsvetenskapen i den mån den är förenlig med rättsvetenskaplig argumentation i allmänhet, se Hellner 2001 s. 33.

²³ Jfr Skog och Lane 2000 s. 14 f.

²⁴ Peczenik 1995 s. 37 och 40. Jfr Dahlman som menar att ”[r]ättsvetenskapen kan aldrig dra säkra slutsatser från specifika avgöranden till generella normer.”, vilket han exemplifierar genom att bara för att en person endast sett vita svanar behöver det inte betyda att alla svanar är vita, se Dahlman 2000 s. 25 f.

Traditionellt sett har förarbeten tillmätts stor auktoritativ betydelse i svensk rätt, men detta är något som har kommit att ifrågasättas på senare tid varför deras rättskällestatus framstår som något oklar.²⁵ Förarbetena anses av vissa kunna ge uttryck för ”lagstiftarens vilja”²⁶ medan andra menar att lagstiftaren endast accepterat lagtexten, inte förarbetet som sådant.²⁷ Jag har för min del beaktat för framställningen relevanta förarbeten, vilka har återfunnits i såväl ursprungsförarbetena som förarbeten med anledningar av senare ändringar i lagar. Beträffande JB har många uttalanden funnits med länge och ”bekräftats” i såväl domstolsavgöranden som doktrin. Det faktum att lagstiftaren inte valt att säga emot uttalandena kan uppfattas som ett tyst godkännande av deras värde som rättskälla vilket gör att de eventuellt kan tillmätas ett högre rättskällevärde än ett nyare uttalande.²⁸ Framförallt äldre förarbeten har jag mot bakgrund av det sagda i huvudsak tillmätt ett förhållandevis stort värde. Även nyare förarbeten har i viss mån tillmätts ett värde som rättskälla, dock inte i alla situationer. Som jag kommer återkomma till nedan finns det beträffande det som i uppsatsen benämns som fel som inte beror på en avvikelse från fackmässig standard förarbeten från början av 2000-talet där innebörden av felansvaret i KtjL diskuteras. Förarbetena föranledde dock inte någon lagändring gällande felansvaret, varför det framstår som väldigt oklart vilken betydelse de ska tillmätas för att bestämma hur felansvaret ser ut.²⁹ I uppsatsen har de därför tillmätts ett endast ringa värde.

Även doktrinen rättskällestatus har varit föremål för diskussion.³⁰ När jag skrivit det här arbetet har min arbetsmetod många gånger tagit avstamp i doktrin. En välskriven bok inom exempelvis fastighetsrätt upplever jag vara ett bra sätt att enkelt få översikt över ett annars förhållandevis svåröverskådligt rättsområde.³¹ Doktrinen i syfte att besvara den första frågeställningen har dock använts i försiktig utsträckning. Doktrin har dock använts i undersökningen av gällande rätt, såväl beträffande JB som KtjL, för att redogöra för tolkningar av rättskällorna som förekommer där.

Förutom nämnda rättskällor har även andra källor använts. Dessa har dock inte använts för att utröna gällande rätt, utan i beskrivningen av problemet

²⁵ Nordquist 2011 s. 141 ff.

²⁶ Peczenik 1995 s. 41.

²⁷ Kleineman 2013 s. 28.

²⁸ Jfr Lind 1999 s. 277 som kommenterar utgången i NJA 1986 s. 670 I och anger följande ”[m]en majoritetens bedömning föranledde inga invändningar från lagstiftarens sida under 1990 års lagstiftning. Felbegreppet har därmed den innebörd som framgår av NJA 1986 s. 670 I.” Uttalandet handlar i och för sig inte om förarbetena utan om ett domslut, men uppfattningen att lagstiftarens tystnad i olika frågor kan göra att en viss uppfattning befästs kan sägas få visst stöd av uttalandet.

²⁹ Se nedan avsnitt 2.4 och 7.3.

³⁰ Se exempelvis Kleineman 2013 s. 28 och 33.

³¹ Jfr Kleineman 2013 s. 34, som menar att doktrinen är överlägsen just som hjälpmedel för att få en överblick över ett helt rättsområde. Även Dahlman tycks vara av samma uppfattning och framhäver även den samhällsekonomiska effekten av att läsa en bok istället för att göra egna undersökningar när svaret redan finns sedan tidigare. Han betonar dock vikten av att de är neutrala i den bemärkelsen att de har som ideal att vara objektiva, se Dahlman 2006 s. 32 ff.

med enstegstätade fasader och för att skapa en förståelse för ämnet. Källorna har utgjorts av rapporter från statliga SP, publikationer från Boverket och Villaägarnas Riksförbund samt artiklar i fackpress. För att läsaren själv ska kunna bilda sig en uppfattning om vilka källor som använts så har framställningen en förhållandevis omfattande notapparat. Därtill har en tydlig åtskillnad mellan vad de olika källorna säger respektive mina egna åsikter eftersträvats, vilket i princip inneburit att mina åsikter huvudsakligen koncentrerats till den avslutande analysen.³²

1.4.3 Rättsekonomisk metod

Som ovan framgått innehåller den här uppsatsen en rättsekonomisk del. I Sverige är rättsekonomi som ämne relativt nytt, men i USA där rättsekonomi har sina rötter har den rättsekonomiska skolan länge varit tongivande.³³ Rättsekonomi handlar om att utifrån ett nationalekonomiskt perspektiv förstå juridikens roll i samhällsekonomi och vad rättsliga regler kan göra för att samhället ska bli bättre.³⁴ Den rättsekonomiska metoden går därför ut på att göra just det, genom att används ekonomiska antaganden och förklaringsmodeller för att analysera olika åtgärders effekter för samhällsekonomi och för att utröna vilket handlingsalternativ som är mest effektivt.³⁵

För en rättsekonom är inte juridiken ett eget autonomt system utan har en instrumentell funktion i att maximera den ekonomiska effektiviteten och därigenom främja det ekonomiska samhällsintresset.³⁶ Inom rättsekonomi är effektivitetstanken central och rättsliga lösningar ska vara ekonomiskt effektiva.³⁷ Vad effektivitet i sammanhanget innebär återkommer jag till i den senare framställningen.³⁸ Det finns ingen motsvarighet till en rättskällehierarki inom den rättsekonomiska metoden, varför olika källors auktoritativa värde är ointressant. En källa värderas istället utifrån dess vetenskapliga värde inom ekonomisk teori, dess förklaringsförmåga i relation till verkligheten och dess träffsäkerhet i analysen av gällande rätt.³⁹ I mitt arbete har jag i den rättsekonomiska delen uteslutande använt doktrin som källa.

Att jag valt att använda rättsekonomi för att besvara en traditionellt juridisk fråga beror på att ett externt perspektiv kan synliggöra alternativa lösningar.

³² Det sagda innebär inte att det samtidigt går att säga att de deskriptiva delarna av framställningen helt saknar inslag av egna åsikter i och med att det är jag som gjort bedömningen om vilka rättskällor som framstår som relevanta, att det är mina ord som används etc. Detta är dock ofrånkomligt beträffande alla självständiga framställningar, jfr Dahlman 2006 s. 6 ff och Kleineman 2013 s. 36.

³³ Dahlman 2005 förordet och Samuelsson 1997 s. 528.

³⁴ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 9 f.

³⁵ Bastidas Venegas 2013 s. 183.

³⁶ Bastidas Venegas 2013 s. 175 f och 181.

³⁷ Kihlman 1999 s. 35 och Peczenik 2005 s. 256.

³⁸ Se nedan avsnitt 6.1.1.

³⁹ Bastidas Venegas 2013 s. 181.

Om en juridisk lösning eller rimligheten i ett juridiskt resonemang endast bedöms utifrån det juridiska systemet finns det en risk att problem får lösningar som från ett större samhälleligt håll framstår som mindre lämpliga eller till och med olämpliga. Lösningar som i och för sig kanske är fullt rationella betraktade inifrån rättssystemet, exempelvis för att de överensstämmer med liknande rättsregler, kan framstå som irrationella när deras funktion i den verkliga samhällskontexten studeras.⁴⁰ Hellner menar att ett skäl för att i vissa situationer använda rättsekonomi i rättsvetenskapen är att det kan göra det enklare att förklara sådant som annars motiveras av ”billighetsskäl”, ”sociala skäl” eller dylikt.⁴¹ Förklaringen till det är att det i sådana situationer många gånger handlar om att den ena parten är en mer lämplig kostnadsbärare än den andra, något juridiken traditionellt sätt inte alltid tillåts beakta. När rättstillämparen likväl vill ta hänsyn till sådana faktorer leder det ibland till att luddiga uttryck som ”oskäligt”, ”obilligt” etc. används, något som inte sällan skapar förvirring om vad som egentligen var avgörande i bedömningen och vilket värde rättsfallet har i andra liknande situationerna. Att istället för att dra in luddiga uttryck använda ett rättsekonomiskt argument beträffande vem som lämpligen bör bära kostnaden, gör att situationen förenklas samtidigt som tydligare domskäl skapas vilket kan leda till en mer förutsebar rättstillämpning.

Cooter och Ulen menar att när rättsekonomi används i den juridiska analysen möjliggör det att effekterna av olika juridiska regler kan förutses. Detta eftersom rättsreglerna och sanktionerna som följer rättsreglerna kvantifieras och betraktas som priser, vilket gör att individernas beteende kan förutses utifrån olika pristeorier. På samma sätt som en individ förväntas konsumera mindre av en produkt om den är dyr kan det antas att individen bedriver en aktivitet i mindre utsträckning om aktiviteten kan leda till en sträng sanktion.⁴² Även det enkla faktum att ekonomi är centralt i vårt samhälle och att pengar ses som en resurs som inte bör slösas bort talar för att rättsekonomiska argument som syftar till ekonomisk effektivitet ska tillåtas ges utrymme i den juridiska kontexten.⁴³

Rättsekonomi kan fylla en funktion genom att vara utslagsgivande i valet av två möjliga tolkningar när gällande rätt framstår som oklar. För lagstiftaren kan rättsekonomiska argument dels användas för att föreslå en lämplig lösning på ett juridiskt problem, dels kan rättsekonomiska argument som lagstiftaren inte håller med om tvinga denne att motivera varför den rättsekonomiskt mest lämpade lösningen likväl inte är att föredra. Det senare kan leda till att lagstiftaren tvingas vara tydligare med varför rättsreglerna ser ut som de gör och därmed undvika att tradition eller dylikt blir styrande i omotiverat stor utsträckning. I den här uppsatsen använder

⁴⁰ Gräns 2013 s. 429.

⁴¹ Hellner 2001 s. 33.

⁴² Cooter och Ulen 2012 s. 3. Även om Dahlman inte explicit är av samma uppfattning använder han ett exempel om att cykelstölder kan förväntas minska genom att lagregleringen beträffande stöldgods blir strängare, vilket kan ses som ett exempel på Cooter och Ulen's teori, se Dahlman 2006 s. 54.

⁴³ Cooter och Ulen 2012 s. 4.

jag de rättseconomiska teorierna för att analysera felansvarsreglerna och komma fram till en rekommendation om vilken tolkning av gällande rätt som borde ges företräde utifrån det. Analysen används också som grund för kritik mot gällande utformning av felreglerna, då felreglerna i vissa delar utifrån ett rättseconomiskt perspektiv inte är lämpliga.

Rättseconomiska teorier bygger på en rad antaganden om hur aktörer och olika ekonomiska krafter fungerar.⁴⁴ Följande generella antaganden görs.

- Människan är rationell och nyttomaximerande, vilket påverkar hennes val och gör att hon vill välja det alternativet som leder till störst nytta eller kan förväntas leda till störst nytta.⁴⁵
- Mängden resurser som finns i samhället är begränsad, varför alla aktörer måste göra val mellan olika konsumtions- respektive produktionsalternativ.⁴⁶
- Ekonomisk effektivitet är bra för samhället och ökar samhällets välmående.⁴⁷
- En fri marknad är i utgångsläget mer effektivitetsoptimerande än en reglerad och därigenom mer önskvärd ur ett samhällsperspektiv.⁴⁸

Vad beträffar det sista antagandet om den fria marknaden så utgår det i sin tur från ett par antaganden.

- Det råder perfekt konkurrens mellan producenterna på marknaden.⁴⁹
- Producenterna bär uteslutande alla kostnader för sina produkter, vilket innebär att alla kostnader är internaliserade i verksamheten.⁵⁰
- Alla produkter som säljs är privata nyttigheter som exklusivt ska nyttjas av ägaren utan att denne behöver dela med sig till andra.⁵¹
- Alla aktörer har tillgång till perfekt och fullständig information.⁵²

I realiteten är det sällan, om någonsin, som villkoren för den fria marknaden är uppfyllda varför marknaden inte kan fungera optimalt av sig själv. Av den anledningen måste det finnas rättsliga regler som hanterar de funktioner

⁴⁴ Bastidas Venegas 2013 s. 204 och Skogh och Lane 2000 s. 67.

⁴⁵ Bastidas Venegas 2013 s. 194, Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 16 och 32 samt Posner 2007 s. 3.

⁴⁶ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 15.

⁴⁷ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 214.

⁴⁸ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 65. Den fria marknaden kännetecknas av att en öppen och oreglerad marknad där varor och tjänster är till salu och pris sätts utifrån tillgång och efterfrågan, se Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 70 f. På marknaden är säljarna fria att sälja till vilka kunder de vill och kunderna fria att köpa från vilka säljare de vill, se Werin 1982 s. 77. Skogh och Lane menar att det egentligen handlar om handel av rättigheter, eftersom köpet är en rättshandling med syfte att överföra rättigheter och skyldigheter, se Skogh och Lane 2000 s. 13.

⁴⁹ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 61.

⁵⁰ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 62.

⁵¹ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 63.

⁵² Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 64.

marknaden själv inte klarar av. Reglerna ska utformas för att så långt det går imitera en fri marknad där samtliga kriterier är uppfyllda.⁵³

1.5 Forskningsläget

Jag har inte hittat någon rättsvetenskaplig framställning som behandlar det konkreta problemet med enstegstätade fasadkonstruktioner, varför forskningsläget beträffande den första frågeställningen kan sägas vara obefintligt.⁵⁴ Beträffande felbedömningen mer generellt finns dock en del skrivet. Inom fastighetsrätten är doktrin omfångsrik, bland annat Folke Grauers *Fastighetsrätt* samt Anders Victorin och Richard Hagers *Allmän fastighetsrätt* innehåller utförliga redogörelser. Jon Kihlmans avhandling *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom* utgör en omfattande och underbyggd redogörelse samt analys av felansvaret där ansvaret enligt JB sätts in i en större obligationsrättslig kontext. En mer praktiskt orienterad framställning är Jan Elfström och Lars Erik Ashtons *Fel i fastighet*. Beträffande felbedömningen i konsumententreprenadrätten finns inte lika omfattande rättsvetenskapligt material. Svante O. Johanssons *Konsumenttjänstlagen. En kommentar* samt Stig Hedberg och Sture Johanssons *Konsumententreprenader* framstår dock som två centrala verk, även om den senare är förhållandevis praktisk.

Inte heller vad angår den andra frågeställningen har jag funnit någon litteratur eller forskning som behandlar frågan. Beträffande rättsekonomi generellt finns dock en rik flora av skrivet material. Ämnet är universellt i bemärkelsen att teorierna är i princip oberoende av rättsystem så länge kontexten är en marknadsekonomi. Många centrala verk är amerikanska, bland annat Robert Cooter och Thomas Ulens *Law & Economics* som framstår som central. I Sverige är ämnet inte lika utbrett med det finns ett par rättsekonomiska framställningar, exempelvis Christian Dahlman, Marcus Glader och David Reidhavs *Rättsekonomi. En introduktion*, Lars Werins *Ekonomi och rättsystem* samt Göran Skog och Jan-Erik Lanes *Åganderätten i Sverige. En lärobok i rättsekonomi*. Eric M. Runessons avhandling *Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader* utgör en rättsekonomisk analys av delar av den svenska obligationsrätten, vilken framstår som relevant i sammanhanget.

1.6 Disposition

Kapitel två innehåller en bakgrundliknande förklaring om vad enstegstätade fasadkonstruktioner är samt konstruktionens historia. Kapitel

⁵³ Bastidas Venegas 2013 s. 185 och Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 65.

⁵⁴ Det kan förmodligen förklaras av att rättsvetenskapens aktörer sällan ägnar sig åt att utreda praktiska och konkreta problem, utan snarare ägnar sig åt sådant som är mer generellt tillämpligt, jfr Sandgren 1995 s. 726 och Sandgren 2004 s. 297.

tre och fyra utgör redogörelser för gällande rätt beträffande felbedömningen enligt JB respektive KtjL, där olika möjliga grunder för ett felansvar presenteras. I kapitel fem återfinns presentationen av de två hovrättsfall i vilka skadorna på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner har prövats. Kapitel sex innehåller för uppsatsens ämne relevanta rättsekonomiska teorier, vilka i kapitel sju appliceras på slutsatserna huruvida enstegstätade fasadkonstruktioner utgör ett fel enligt JB respektive KtjL. I den avslutande delen av kapitlet förs en problematiserande diskussion utifrån slutsatserna i uppsatsen. Mina egna reflektioner är huvudsakligen koncentrerade till uppsatsens avslutande kapitel, men läsaren bör vara uppmärksam på att egna reflektioner i viss mån även presenteras löpande i framställningen.

2 Enstegstätade fasader

2.1 Allmänt om enstegstätade fasader

En enstegstätad fasadkonstruktion innebär förenklat att fasaden byggs i ett stycke bestående av flera lager av olika material liggandes utanpå träbjälklaget. Materialen som används varierar, men gemensamt för alla konstruktioner är att ytterskiktet består av puts och att konstruktionen saknar luftspalt.⁵⁵ En luftspalt är ett luftutrymme insprängt mellan lagren av material, vilket möjliggör att eventuell inträngande fukt kan torka ut eller dräneras bort. En enstegstätad fasadkonstruktion saknar den möjligheten, varför fukt eller vatten som tar sig igenom det yttre skiktet oundvikligen leder till förhöjda fuktvärden och därmed utgör en stor risk för omfattande mikrobiella angrepp i form av mögelskador. För att en byggnad med enstegstätad fasadkonstruktion inte ska drabbas av fuktskador krävs att putsfasaden är helt tät. Tätheten måste vara i princip total, då även mycket små otätheter kan leda till stora skador genom att vatten som rinner utanpå trycks in av vindtrycket.⁵⁶

Idag är det allmänt känt inom byggbranschen att enstegstätade fasadkonstruktioner utgör en riskkonstruktion som medför stora risker för fukt och omfattande mikrobiologiska angrepp.⁵⁷ Boverket har utfärdat föreskrifter för byggbranschen och angett att väggkonstruktionen är felaktig och att den inte uppfyller de krav som samhället ställer på byggnaders fuktsäkerhet.⁵⁸

2.2 De tidiga varningssignalerna

Att lägga puts direkt på isolering utan luftspalt är inget modernt svenskt fenomen. Byggtekniken har anor tillbaka till 1950-1960-talens Tyskland där den användes för att tilläggsisolera befintliga murade hus.⁵⁹ När tekniken började användas i Sverige under energikrisen på 1970-talet användes metoden även här för att tilläggsisolera befintliga fasader, i syfte att minska uppvärmningskostnaderna. Användandet upplevdes som ändamålsenligt och i början på 1980-talet började tekniken användas även på träregelväggar vid träproduktion, i Sverige såväl som i andra delar av Europa.⁶⁰

⁵⁵ Jansson och Samuelsson 2009 s. 29.

⁵⁶ Jansson 2011 s. 23. Som ovan nämnts finns uppgifter om att sprickor eller hål som är 0,1 mm stora kan orsaka problem, se TR i Jordabalksfallet s. 17.

⁵⁷ HovR i Myresjöhusfallet s. 12.

⁵⁸ Boverket informerar 2009:3.

⁵⁹ Jansson och Samuelsson 2009 s. 19.

⁶⁰ Jansson 2011 s. 14.

Byggföretag i USA och Kanada var något före med att använda byggtekniken vid nyproduktion, vilket gjorde att problem på grund av konstruktionen uppmärksammades där redan under 1980-talet. De uppdagade problemen föranledde en debatt om konstruktionens lämplighet, vilken kom att intensifieras under första halvan av 1990-talet och i såväl akademisk litteratur som rättsprocesser uppmärksammades brister och risker med att använda den enstegstätade fasadkonstruktionen vid nyproduktion.⁶¹

I Sverige publicerades 1978 en rapport i vilken en eventuell problematik uppmärksammas.⁶² Rapporten handlade inte om konsekvenser av byggtekniken vid nyproduktion utan om användande av den vid tilläggsisolering av befintliga fasader, alltså det ursprungliga användningsområdet. I rapporten analyserades det experimentbyggande beträffande tekniken som tilläggsisolering som byggforskningen vid tiden tagit initiativ till.⁶³ Resultatet av experimentbyggandet som presenteras i rapporten visade att det fanns risker med att använda konstruktionen vid tilläggsisolering, bland annat genom att väggens fuktbalans förändras i negativ riktning.⁶⁴ Även problem med kondens i väggen, oförmåga att torka ut inträngande fukt på grund av slagregn samt risk för röta i underliggande träreglar uppmärksammades.⁶⁵ I rapporten framhölls att byggtekniken inte var tillräckligt utredd och testad.⁶⁶ Samtidigt skrev författarna, vilket bland annat grundade sig på observationer gjorde under en studieresa till Tyskland, att puts på tilläggsisolering tycks vara ett bra alternativ för tilläggsisolering på gamla hus.⁶⁷

Problemen med enstegstätade fasadkonstruktioner vid nyproduktion uppmärksammades i Sverige officiellt år 2000 i samband med uppförandet av Hammarby Sjöstad.⁶⁸ Entreprenören, ett av Sveriges största byggföretag, uppdagade under vintern 2000 omfattande fuktskador på ett stort antal byggnader med enstegstätade fasadkonstruktioner.⁶⁹ SP gjorde en utredning av problemen, vilken mynnade ut i en rapport som publicerades 2002. I rapporten konstateras att entreprenören brustit i sin hantering av byggmaterialet och att det i kombination med kraftig nederbörd under tiden för uppförandet föranlett de omfattande fuktproblemen.⁷⁰ Fasadkonstruktionerna i sig ifrågasätta inte men ett varnande finger höjdes och fasaderna angavs vara ”känsliga för uppfuktning framför allt under byggskedet”. När väl byggnaderna är färdigställda anges att risken för skador är liten.⁷¹ Vidare anges i rapporten att konstruktionerna inte är

⁶¹ Jansson och Samuelsson 2009 s. 19.

⁶² Elmarsson och Nevander: *Puts på tilläggsisolering – en problemanalys*, Elmarsson och Nevander 1978.

⁶³ Elmarsson och Nevander 1978, förordet.

⁶⁴ Elmarsson och Nevander 1978 s. 19.

⁶⁵ Elmarsson och Nevander 1978 s. 19 f och 26.

⁶⁶ Elmarsson och Nevander 1978 s. 26.

⁶⁷ Elmarsson och Nevander 1978 s. 69.

⁶⁸ Jansson, Mjörnell och Samuelsson 2007 a s. 6.

⁶⁹ Samuelsson och Wänggren 2002 s. 7 f.

⁷⁰ Samuelsson och Wänggren 2002 s. 5 och 9 f.

⁷¹ Samuelsson och Wänggren 2002 s. 10.

okontroversiella trots att de är vanligt förekommande i svensk nybebyggelse och att den största risken för fukt föreligger under uppförandefasen, men att ”viss risk kvarstår under byggnadens livslängd om den inte skyddas från inläckande vatten.”⁷²

2.3 Fasadkonstruktionen riskförklaras

Det som till slut fick branschen att inse riskerna med enstegstätade fasadkonstruktioner var en artikel författad av företrädare för SP i branschtidningen Bygg & Teknik i januari 2007.⁷³ I artikeln anges att konstruktionen med enstegstätad fasad utan luftspalt är en riskkonstruktion som successivt bör fasas ut.⁷⁴ SP fortsatte att uppmärksamma problemet under våren 2007, vilket gjorde att även dagstidningar började skriva om riskkonstruktionen.⁷⁵ SP har senare utkommit med två rapporter i vilka problemen med fasadkonstruktionen belyses och omfattningen av problemet uppskattats.⁷⁶

Efter 2007 framstod det som klart för experter att det som fungerar som tilläggsisolering på murade hus kan innebära en risk för fuktskador vid nyproduktion med organiska material.⁷⁷ Förutom problemen i samband med uppförandet av Hammarby Sjöstad finns det indikationer på att branschen redan innan 2007 anade att något inte stod helt rätt till. SP uppger i sin ena rapport att de efter artikeln i Bygg & Teknik fick många kommentarer av typen ”[d]å är det inte bara vi som fått skador i denna typ av vägg”.⁷⁸ Även i rättssalen har sakkunniga vittnat om att de borde ha förstått att lösningen var riskfylld, men att varken Boverket, byggbranschen eller de sakkunniga ställde sig frågan.⁷⁹ Sakkunniga vittnen har också uppgett att nya byggtekniker som regel inte testas och utvärderas i experimentbyggen innan de används i fullskalig byggproduktion, vilket kan förklara varför ingen ställde sig frågan om konstruktionen var lämplig.⁸⁰ I en skrift från Boverket publicerad 2009 anger verket att konstruktionen enligt deras mening vid tiden före 2007 inte var en beprövad lösning.⁸¹

⁷² Samuelsson och Wånggren 2002 s. 19.

⁷³ Jansson, Mjörnell och Samuelsson 2007 a s. 6.

⁷⁴ Jansson, Mjörnell och Samuelsson 2007 b s. 69 ff.

⁷⁵ Jansson, Mjörnell och Samuelsson 2007 a s. 6.

⁷⁶ SP Rapport 2009:16 och SP Rapport 2011:61.

⁷⁷ Jansson 2011 s. 14.

⁷⁸ Jansson, Mjörnell och Samuelsson 2007 a s. 6.

⁷⁹ TR i Myresjöhusfallet s. 75.

⁸⁰ HovR i Myresjöhusfallet s. 13.

⁸¹ Boverket informerar 2009:3.

2.4 Enstegstätade fasader och fel som inte beror på en avvikelse från fackmässig standard

I såväl förarbeten som domstolsavgöranden har de senaste åren termen *utvecklingsfel* kommit att användas i samband med diskussioner om fel som grundar sig i en byggteknik som vid byggtillfället ansågs oproblematiske men som senare gett upphov till stora skador, en skadetyper som enstegstätade fasadkonstruktioner skulle kunna utgöra ett exempel på.⁸² Diskussionerna har huvudsakligen handlat om huruvida näringsidkarens ansvar vid konsumententreprenader ska utökas och även innefatta sådana fel.⁸³ Som jag kommer att återkomma till senare i uppsatsen framstår diskussionerna som något märkliga och som läsaren kommer att förstå tillmäter jag den inte särskilt stor betydelse i undersökningen av gällande rätt.⁸⁴ Då diskussionen är närliggande till det för uppsatsen aktuella ämnet och paralleller till den dessutom dragits i relevant hovrättspraxis är min uppfattning dock att det vore fel att helt utelämna den.

När utredarna och regeringen talar om utvecklingsfel framstår det som något oklart vad som egentligen åsyftas då definitionerna som används delvis går isär.⁸⁵ I SOU 2000:110, *Konsumentskyddet vid småhusbyggande*, anges att utvecklingsfel är

förhållande som vid en viss tidpunkt, t.ex. när uppdraget avslutades, uppfyllde då gällande krav på fackmässighet men där senare vetenskapliga rön har visat att den använda arbetsmetoden eller materialet redan från början var olämpligt för sitt syfte. Men andra ord är det fråga om situationer där nya kunskaper visar att det förelåg en ursprunglig felaktighet.⁸⁶

I remissomgången riktade Juridiska fakulteten vid Lunds universitet kritik mot utredningens definition och menade att den var alltför vidsträckt i förhållande till hur termen normal används.⁸⁷ Kritiken byggde på att det inom PAL finns ett undantag för *utvecklingsskador*, vilket är sådana skador som avses i PAL 8 § 4 p. Det rör sig om fel som beror på en omständighet som vid tidpunkten då produkten sattes i omlopp inte var känd för ens den främsta vetenskapliga expertisen och därmed omöjlig att beakta.⁸⁸ Sådana skador är i Sverige undantagna från det annars strikta produktansvaret, men

⁸² Jfr prop. 2003/04:45 s. 65 där föremålet för det utökade ansvaret exemplifieras med "[e]n konsument som drabbas av exempelvis fukt- och mögelskador, vilka har sitt ursprung i en byggmetod som i efterhand visat sig vara olämplig".

⁸³ Se prop. 2003/04:45 s. 65 ff, SOU 2000:110 s. 182, SOU 2013:10 s. 87 och TR i Myresjöhusfallet s. 75.

⁸⁴ Se nedan avsnitt 4.2.5 och avsnitt 7.3.

⁸⁵ Se bland annat prop. 2003/04:45 s. 65, SOU 2000:110 s. 182 och SOU 2013:10 s. 87.

⁸⁶ SOU 2000:110 s. 182.

⁸⁷ Ju 2000/6749/L1 s. 28.

⁸⁸ Prop. 1990/91:197 s. 31.

tillämpningsområdet för undantaget är mycket snävt.⁸⁹ Utifrån utredningens definition framstår utvecklingsfel som något som innefattar betydligt mer än undantaget för utvecklingsskador i PAL gör.⁹⁰

I propositionen som följde utredningen, prop. 2003/04:45 *Stärkt konsumentskydd vid småhusbyggande*, tog regeringen till sig av kritiken och angav att det inte finns någon vedertagen definition för den feltyp som utredningen talade om. Utvecklingsfel menade departementschefen skulle vara förbehållit fel som faller inom den smalare definitionen som anges i PAL.⁹¹ Regeringen valde inte någon annan term men återkopplade till utredningens definition och menade att felet som åsyftades i propositionen är ”bristfälligheter som har uppkommit trots att arbetet har utförts på ett sätt som motsvarar fackmässig standard vid tidpunkten för arbetets avslutande”.⁹²

Enligt regeringens definition skulle ett ansvar för nämnda fel vara en utökning av näringsidkarens ansvar, medan utvecklingsskador enligt PAL är en inskränkning i näringsidkarens ansvar.⁹³ Som jag kommer att återkomma till valde regeringen i prop. 2003/04:45 att inte föreslå att näringsidkare i samband med konsumententreprenader skulle ansvara för fel som inte beror på en avvikelse från fackmässig standard.⁹⁴ Viktigt att notera är att varken SOU 2000:110 eller efterföljande prop. 2003/04:45 föranledde några ändringar i felansvaret i KtjL 9 §, utan att lagtexten beträffande felansvaret behölls oförändrad. En intressant fråga blir därför vilket värde uttalandena ska tillmätas i bedömningen om vilka fel som ska omfattas av felansvaret i 9 §. Jag kommer återkomma till frågan senare i uppsatsen.⁹⁵

Att använda termen utvecklingsfel som benämning på den feltyp som regeringen åsyftade, det vill säga fel som inte beror på avvikelse från fackmässig standard, tycks dock inte ha övergetts till följd av regeringens uttalande. I en relativt färsk utredning, SOU 2013:10 *Rätta byggfelen snabbt! – med effektivare förelägganden och försäkringar*, använder utredaren termen utvecklingsfel vid ett flertal tillfällen.⁹⁶ Vad som åsyftas framstår dock som oklart och viss begreppsförvirring tycks råda. På ett ställe skriver utredaren ”...utvecklingsfel, dvs. fel och skador som uppstått trots att arbetet var fackmässigt när det utfördes”.⁹⁷ På ett annat ställe skriver denne att ”[m]ed utvecklingsfel avses sådana fel som på grundval av det vetenskapliga och tekniska vetandet vid tiden för uppförandet av huset

⁸⁹ Zeteo lagkommentar PAL 8 §. En byggteknik, till exempel att bygga med enstegstätad fasadkonstruktion, omfattas inte av PAL eftersom det rör sig om ett sätt att bygga och inte en produkt, se Zeteo lagkommentar 2 § PAL.

⁹⁰ Prop. 2003/04:45 s. 65. Se även Ju 2000/6749/L1 s. 28.

⁹¹ Prop. 2003/04:45 s. 64.

⁹² Prop. 2003/04:45 s. 64.

⁹³ Se PAL 8 § 4 p och prop. 2003/04:45 s. 64.

⁹⁴ Prop. 2003/04:45 s. 67, se nedan 4.2.5.

⁹⁵ Se nedan under avsnitt 7.3. Se även ovan avsnitt 1.4.2.

⁹⁶ Se SOU 2013:10 s. 60, 76, 87, 89, 94 och 103.

⁹⁷ SOU 2013:10 s. 60.

inte var möjligt att upptäcka.”⁹⁸ Slutligen definieras även utvecklingsfel i samma utredning som ”annan väsentlig skada på byggnaden som beror på byggnadens konstruktion, det material som används i byggnadsarbetet eller utförande av arbetet (s.k. utvecklingsfel)”.⁹⁹ Sammantaget blir det svårt att förstå vilka fel som åsyftas i utredningen och vad innebörden av ett eventuellt justerat ansvar i förhållande till felen skulle innebära.

I den fortsatta framställning kommer fel som inte beror på avvikelser från fackmässig standard användas för att benämna den feltyp som regeringen talar om i prop. 2003/04:45.

⁹⁸ SOU 2013:10 s. 76.

⁹⁹ SOU 2013:10 s. 87.

3 Fastighetsöverlåtelse

3.1 Felansvar enligt JB

3.1.1 Allmänt om felansvaret

I JB 4 kap. finns regler kring överlåtelse av fast egendom och i 19 § finns regler om så kallade faktiska fel, vilka huvudsakligen är fel på grund av fastighetens fysiska egenskaper.¹⁰⁰ Avgörande tidpunkt för felbedömningen enligt 4 kap. 19 § är fastighetens skick vid köpet.¹⁰¹ Det krävs inte att felet var utvecklat vid den tidpunkten men felet som en köpare vill göra gällande måste åtminstone ha legat latent vid överlåtelsen.¹⁰² En rad rättsfall visar att det räcker med att det föreligger en risk för skador för att fastigheten ska anses felaktig.¹⁰³

Felansvaret i JB 4 kap. 19 § kan delas upp i dels ett ansvar för så kallade konkreta fel, dels ett ansvar för så kallade abstrakta fel. Om fastigheten avviker från den standard som köparen kan förvänta sig att köpeobjektet ska hålla utifrån avtalet, så kallad konkret standard, föreligger ett konkret fel.¹⁰⁴ Om fastigheten inte avviker från vad som avtalats men väl från den standard som köparen kan förvänta sig att köpeobjektet har utifrån vad som utgör normal standard för liknande fastigheter, så kallad abstrakt standard, föreligger ett abstrakt fel.¹⁰⁵

3.1.2 Skälen för felansvarets utformning

Innan JB antogs och utfärdades 1970 hade säljaren ett ansvar för konkreta fel i den bemärkelsen att säljaren ansvarade för uttryckliga utfästelser. I samband med lagberedningen föreslogs att felansvaret skulle utökas och omfatta även fel på grund av avvikelser från normal standard utan att säljaren särskilt utfäst det, såvida avvikelserna inte borde ha upptäckts inom ramen för undersökningsplikten.¹⁰⁶ Skälen för ett utökat ansvar omfattande även abstrakta fel var bland annat att köparen vid avtalets ingående värderat fastigheten utifrån föreställningen att fastigheten haft normal standard, varför en avvikelse från den normala standarden som inte varit möjlig att

¹⁰⁰ Grauers 2012 s. 222. Att lagrummet inte bara rör fastighetens fysiska egenskaper framkommer av NJA 1981 s. 894 och NJA 2007 s. 86 där störningar från trafik respektive buller från en motorcrossbana ansågs utgöra faktiska fel.

¹⁰¹ Hellner, Hager och Annina 2010 s. 49, Kihlman 1999 s. 64 och 77 samt prop. 1989/90:77 s. 61.

¹⁰² Prop. 1989/90:77 s. 61.

¹⁰³ Se bland andra NJA 1980 s. 398, NJA 1989 s. 117, NJA 1986 s. 670 I och II.

¹⁰⁴ Grauers 2012 s. 132 och 138 samt Kihlman 1999 s. 39.

¹⁰⁵ Grauers 2012 s. 132 och 138, Kihlman 1999 s. 40 samt prop. 1970:20 B s. 183.

¹⁰⁶ Prop. 1970:20 A s. 218 och Westerlind 1971 s. 395 f.

upptäcka i en erforderad undersökning skapade ett missförhållande mellan fastighetens värde och dess pris.¹⁰⁷ I förarbetena anförs att

även om rättsordningen av skilda orsaker icke kan sörja för att jämvikt alltid kommer att råda mellan de ömsesidiga prestationerna i ett avtalsförhållande, torde dock böra undvikas att en lagregel genom sin utformning i onödan motverkar möjligheten till jämviktens upprätthållande, när detta är praktiskt genomförbart.¹⁰⁸

Ett annat skäl som angavs var att felansvaret gällande fast egendom skiljde sig från ansvaret beträffande lös egendom, där fel förelåg om egendomen avvek från vad köparen på grund av avtalet haft fog att förutsätta. Det ansågs inte motiverat att köparen av fast egendom, till skillnad från köparen av lös egendom, skulle vara utelämnad till avtalet.¹⁰⁹ Även köparen av fast egendom ansågs ha rätt att utgå från att fastigheten uppfyllde viss standard, bland annat att fastigheten var fullt brukbar för det avsedda ändamålet, så länge inte undersökningsplikten föranledde köparen att utgå från något annat.¹¹⁰ I senare förarbeten till JB anges att utformningen av felansvaret i 4 kap. 19 § ”innebär en lämplig avvägning mellan säljarens och köparens intressen”.¹¹¹

3.1.3 Konkreta fel

Om en part hävdar att ett fel föreligger är det i första hand parternas avtal som ska avgöra om så är fallet.¹¹² Med avtal menas inte bara skriftliga köpehandlingarna utan även sådant som muntligen eller skriftligen berörts av parterna i samband med överlåtelsen kan utgöra avtalsinnehåll.¹¹³ Det kan röra sig om uttryckliga garantier eller det som i doktrin benämns enuntiationer, det vill säga otvetydiga besked från säljaren om en viss specifik egenskap hos fastigheten.¹¹⁴ För att ett sådant besked ska anses utgöra avtalsinnehåll krävs också att köparen fäst tilltro till uppgiften.¹¹⁵ Vad parterna avtalar om beträffande fastighetens skick är oberoende av vad som anses utgör normalt skick, varför ett konkret fel kan föreligga även utan att ett abstrakt fel föreligger.¹¹⁶

¹⁰⁷ Prop. 1970:20 B s. 206 och Westerling 1971 s. 390.

¹⁰⁸ Prop. 1970:20 B s. 206.

¹⁰⁹ Prop. 1970:20 A s. 219 och prop. 1970:20 B s. 206.

¹¹⁰ Prop. 1970:20 B s. 206.

¹¹¹ Prop. 1989/90:77 s. 39.

¹¹² Grauers 2012 s. 139.

¹¹³ Grauers 2012 s. 137 f och Prop. 1989/90:77 s. 60.

¹¹⁴ Termen enuntiation lanserades av Karlgren, se Karlgren 1976 s. 30.

¹¹⁵ Grauers 2012 s. 147 samt Hager och Victorin 2011 s. 131.

¹¹⁶ Grauers 2012 s. 146 och Kihlman 1999 s. 55.

3.1.4 Abstrakta fel

3.1.4.1 Allmänt om abstrakta fel

Om avtalet är tyst huruvida fastigheten ska ha en särskild egenskap prövas istället om det föreligger ett abstrakt fel, det vill säga om fastighetens standard avviker från vad köparen med fog kan förvänta sig.¹¹⁷ Bedömningen utgår, till skillnad från felbedömningen vid konkreta fel, från vad en genomsnittlig köpare normalt kan förvänta sig.¹¹⁸ Enligt Kihlman ska utgångspunkten vara att köparen är förnuftig.¹¹⁹ I förarbetena anges att det blir fråga om en ”avvikelse från vad som objektivt sett kan anses typiskt och ordinärt för en fastighet av det aktuella slaget och byggnadsskicket”.¹²⁰ Det blir alltså fråga om att fastigheten ska avvika från vad som får anses utgöra normal standard för motsvarande fastigheter. I och med att fastighetsköpet är ett typiskt specieköp går det inte att sätta en generell nivå för vad som är normal standard.¹²¹ Vilken typ av fastighet det rör sig om, ifall det är en jordbruks- eller bostadsfastighet, är centralt. Beträffande en bostadsfastighet får hänsyn tas till byggnadens skick och ålder, vilka byggnadsmaterial som använts, hur väl underhållen byggnaden är samt om det rör sig om en åretruntbostad eller ett fritidshus.¹²² Även priset spelar roll och en ovanligt låg köpeskillning indikerar att skicket är lägre än normalt.¹²³

I lagberedningen till JB angavs att köparen har fog för att utgå från att köpeobjektet, under förutsättning att inte en undersökning ger anledning att tro något annat, är fullt brukbart för det förutsatta ändamålet.¹²⁴ Hellner menar att säljaren otvivelaktigt svarar för att fastigheten är ägnad för det ändamål för vilket fastigheter av det aktuella slaget i allmänhet används.¹²⁵ Hager och Victorin menar även de att säljaren svarar för att fastigheten är användbar för normalt bruk.¹²⁶ Kihlman menar att säljaren får stå för att fastigheten är ägnad till att vara just fastighet, så länge inget annat följer av avtalet eller omständigheterna i övrigt.¹²⁷ Lagberedningen hänvisar till hyreslagstiftningen som anger att hyresrätter ska hålla ett sådant skick att den enligt den allmänna uppfattningen på orten är fullt brukbara för det avsedda ändamålet.¹²⁸ Även Rodhe tar i anslutning till vad som ska anses utgöra normal standard upp hyreslagstiftningens bestämmelser, även om han inte uttryckligen anger att en analogi ska göras.¹²⁹

¹¹⁷ Grauers 2012 s. 132 och 138. I lagtexten används ordet *förutsätta*, men såväl Kihlman som Lingskog använder termen *förvänta* istället, se Kihlman 1999 s. 19 och Lingskog 1993 s. 109 f.

¹¹⁸ Grauers 2012 s. 138.

¹¹⁹ Kihlman 1999 s. 24.

¹²⁰ Prop. 1989/90:77 s. 60.

¹²¹ Cederlöf m.fl. 2011 s. 88, Grauers 2012 s. 138 samt Kihlman 1999 s. 239.

¹²² Grauers 2012 s. 198 f.

¹²³ Prop. 1989/90:77 s. 60.

¹²⁴ Elfström och Ashton 2008 s. 24 och prop. 1970:20 B s. 206.

¹²⁵ Hellner 1990 s. 17.

¹²⁶ Hager och Victorin 2011 s. 137.

¹²⁷ Kihlman 1999 s. 249.

¹²⁸ Prop. 1970:20 B s. 105.

¹²⁹ Rodhe 1986 s. 106.

I ett refererat hovrättsfall, RH 2013:5, angav hovrätten att krav som är specifika för en viss köpare måste tas in i köpehandlingen för att de ska kunna ligga till grund för ett konkret fel. Bakgrunden till målet var att en köpare menade att en fastighet var behäftas med ett väsentligt fel när en granne innan överlåtelsen beviljats bygglov för en om- eller tillbyggnad, något köparen menade skulle medföra påtaglig olägenhet för denne. Hovrätten ogillade köparens talan.¹³⁰ Möjligen kan rättsfallet förstås *e contrario* och därmed innebära att sådana krav som i princip alla köpare har inte behöver tas in i köpehandlingen för att kunna göras gällande. Tolkningen torde utgöra gällande rätt även sedan tidigare.¹³¹ Jag kommer återkomma till rättsfallets relevans i sammanhanget i uppsatsens analys.¹³²

3.1.4.2 Särskilt om fukt- och mögelskador som abstrakt fel samt betydelsen av byggnadens ålder

HD har i en rad mål prövat huruvida fukt- och mögelskador kan utgöra ett abstrakt fel. I NJA 1975 s. 545 såldes en fastighet med en tio år gammal byggnad som visade sig sakna en så kallad diffusionsspärr, vilket medförde att byggnaden blev fukt- och mögelskadad. Säljaren ansågs inte ansvarig då det i köpekontraktet intagits en friskrivningsklausul som HD menade var godtagbar. HD:s domskäl handlar huvudsakligen om frågan huruvida friskrivningsklausulen ska ha verkan, men domstolen anger även att fastigheten är belastad med ett dolt fel och att "[u]nder normala förhållanden – och i allt fall därest ej omständigheterna vid köpet eller bestämmelse i köpekontraktet skulle föranleda till annat – borde säljaren få svara för felet på sätt som anges i 4 kap. 19 § JB". Att diffusionsspärren inte fungerade i byggnaden berodde på att pappan som skulle hindra vatten från att tränga in var spikad och inte limmad, vilket utgjorde en avvikelse från för tiden gällande byggnormer. HD tar inte upp huruvida det faktum att det rörde sig om en avvikelse från en byggnorm haft inverkan på utgången i målet, eller om det är vad som närmast kan betraktas som en egenskapsbrist som grundar felet.¹³³

NJA 1984 s. 3 rörde en fastighet uppförd 1911 och överläten 1980. En tid efter överlåtelsen uppdagades kraftiga röt- och mögelangrepp på vinden, vilka berodde på att vindskyddet på isoleringen var vänt åt fel håll, att diffusionspappret låg fel, att ventilationsrör från badrummet letts upp till vinden och att ventilationshålen på gavelspetsarna var tilltäppta. I likhet med NJA 1975 s. 545 rörde det sig alltså om felmonteringar och dylikt i byggnaden som orsakar problem. Huruvida detta gav utslag i bedömningen angavs inte av HD, men domstolen tycks utgå från att de omfattande rötskador i takkonstruktionen som byggnaden på fastigheten var belastad

¹³⁰ RH 2013:5.

¹³¹ Jfr Cederlöf m.fl. 2012 s. 88.

¹³² Se nedan avsnitt 7.1.1.2.

¹³³ NJA 1975 s. 545.

med utgjorde en avvikelse från abstrakt standard och därmed ett abstrakt fel.¹³⁴

NJA 1983 s. 865 rörde en fastighet uppförd 1924, vilken hade renoverats och moderniserats 1975 samt överlåtits 1977. Fastigheten visade sig senare vara drabbad av bland annat omfattande rötskador. I målet var en rad andra frågor uppe, bland annat om undersökningspliktens omfattning, men HD uttalade beträffande skadorna att de ”innefatta tydligtvis en väsentlig avvikelse från den standard på huset som en köpare haft fog att räkna med”. Vad som var anledningen till felets uppkomst tas inte upp i domen, men målet kan uppfattas ligga i linje med lagtexten, det vill säga att ett fel föreligger om köparen inte haft fog att förutsätta förhållandena.¹³⁵

I rättspraxis märks att fastighetens ålder har betydelse för vilka förväntningar en köpare har fog för att ha. I det refererade hovrättsfallet RH 1979:82 anger hovrätten att ”en köpare av äldre fastighet i viss utsträckning har att räkna med dolda bristfälligheter av skilda slag, särskilt sådana som är en naturlig följd av förslitning på grund av normal användning eller yttre förhållanden.” Hovrätten tillade dock att en köpare inte har fog att förvänta att fastigheten är behäftad med så pass kostsamma brister att de väsentligt inverkar på fastighetens saluvärde.¹³⁶ Kihlman menar att en köpare av en ny byggnad har fog att förvänta betydligt mer av byggnaden än en köpare av en äldre byggnad, exempelvis har köparen av det nya huset fog att förvänta att huset är mögelfritt eftersom nya hus normalt sett är mögelfria.¹³⁷ I NJA 1978 s. 307 tillerkändes köparna skadestånd på grund av felaktig dragning av vattenledningarna i ett nybyggt hus. I domskälen tar HD bland annat upp att det rörde sig om en nybyggnad.¹³⁸

3.1.4.3 Särskilt om byggnormens betydelse

Att byggnormer kan få betydelse i felbedömningen enligt JB 4 kap. 19 § har HD slagit fast i två domar.¹³⁹ Med byggnormer avses i den fortsatta framställningen av myndighet utfärdade föreskrifter, medan övriga inom byggbranschen existerande anvisningar kommer benämnas branschregler.¹⁴⁰

¹³⁴ NJA 1984 s. 3.

¹³⁵ NJA 1983 s. 865.

¹³⁶ RH 1979:82.

¹³⁷ Kihlman 1999 s. 249.

¹³⁸ NJA 1978 s. 307.

¹³⁹ NJA 1997 s. 290 och NJA 2010 s. 286.

¹⁴⁰ Av myndighet utfärdade byggnormer är främst Boverkets byggregler (BBR), medan branschregler är sådana föreskrifter som inte är utfärdade av myndighet utan av branschorgan, exempelvis Allmän material- och arbetsbeskrivning (AMA), en handboksserie som utfärdas av branschägda AB Svensk Byggtjänst, se Elfström och Ashton 2008 s. 24 f. Kraven i AMA är allmänt accepterade, se Villaägarnas Riksförbund 2009 s. 5. Gemensamt för både byggnormer och branschregler är att det är regler för hur olika byggnader ska upphöras, exempelvis vilka material som bör användas eller vilka byggtekniker som rekommenderas, se Elfström och Ashton 2008 s. 15. I vissa av dessa ställs detaljerade krav på vilka tekniker som ska användas, så kallade teknikkrav, men i andra uppställs funktionskrav, vilket innebär att en viss funktion ska uppnås. Vilken teknik

Huruvida enstegstätade fasadkonstruktioner är i enlighet med tiden för uppförandet gällande byggnorm eller branschregler är en fråga som måste prövas i varje enskilt fall, eftersom byggnormerna och branschreglerna ändras över tid samt i många fall kräver tolkning.¹⁴¹

Gräns för ett resonemang om att det är problematiskt när en domstol baserar sina avgöranden på normer och kunskaper som inte är juridiska, vilket byggnormer kan ses som ett exempel på.¹⁴² Problemet, menar Gräns, är att domstolen normalt sätt inte har kunskaper att göra en kvalitetsgranskning av exempelvis byggnormen. Samtidigt framhåller Gräns att alternativkunskapen, exempelvis byggnormen, kan få rättskällestatus om ett förarbete eller dylikt anger att den ska få ge utslag i bedömningen.¹⁴³ Det kan tänka sig att det faktum att HD uttryckligen berört byggnormer och sagt att de kan spela in i felbedömningen medför samma effekt.¹⁴⁴

Oavsett inställning till att använda byggnormer som redskap i felbedömningen så har byggnormen, och möjligen även branschreglerna, i HD tillmätts betydelse.¹⁴⁵ I NJA 1997 s. 290 hade ett byggföretag uppfört ett antal byggnader och därefter sålt fastigheterna. Fukt- och mögelproblem utvecklades, vilka berodde på den byggteknik som använts som i efterhand visat sig ge ett alldeles för dåligt skydd mot inträngande fukt underifrån. Byggtekniken ansågs vara i enlighet med för tiden för uppförandet gällande byggnorm, men HD kom likväl fram till att fel förelåg och att säljaren var ansvarig. HD angav i domskälen att felansvaret i JB inte utgör en sanktion mot vårdslöst agerande utan handlar om kompensation till köparen om fastigheten avviker från vad denne haft fog att förvänta sig.¹⁴⁶ HD motiverar utgången med att

[e]nskilda köpare av småhus måste i normala fall, särskilt när det är fråga om nybyggda hus, kunna förvänta sig att husen är allmänt funktionsdugliga och inte har några speciella brister som gör dem mindre lämpade till bostäder eller som bereder de boende betydande olägenheter. De fukt och mögelskador

eller vilket material som används för att uppnå denna funktion blir då mer upp till utföraren, se Elfström och Ashton 2008 s. 15 fotnot 2 och Grauers 2012 s. 202.

¹⁴¹ Jfr Elfström och Ashton 2008 s. 15 ff. Frågan ligger utanför framställningen, dock kan det nämnas att den inte tycks vara helt enkel. Villaägarnas Riksförbund anför att den enstegstätade konstruktionen kan vara i strid med AMA Hus 08, där det anges att fasader ska avleda vatten och fukt, och även i konflikt med BBR som anger att byggandet ska ske i syfte att begränsa fukt- och mögelskador, se Villaägarnas Riksförbund 2009 s. 5.

¹⁴² Gräns 2013 s. 433. Jfr Elfström och Ashton 2008 s. 15 om att de bygger på kunskap från experter och praxis i byggbranschen.

¹⁴³ Gräns 2013 s. 432 f.

¹⁴⁴ Grauers 2012 s. 201.

¹⁴⁵ I NJA 1997 s. 290 anger HD att den som ”följer de allmänna normer för byggande som gäller och även i övrigt utför arbetet på ett fackmannamässigt sätt” har agerat med tillräcklig aktsamhet enligt kravet i JB. En möjlig tolkning av domstolens uttalande är att det inte omfattar endast byggnormer utan även branschregler, åtminstone om dessa är utslagsgivande för vad som är att anse som fackmässig standard. Se NJA 1997 s. 290.

¹⁴⁶ Grauers 2012 s. 201.

som uppkom i förevarande fall var av sådan art och omfattning att de inte normalt behöver tolereras i en bostadsfastighet.¹⁴⁷

I NJA 2010 s. 286 kom domstolen till motsatt utgång. Målet rörde en fritidsfastighet som hade uppförts med en byggteknik som ansågs vara i enlighet med för tiden för uppförandet gällande byggnorm. Huset var byggt i början på 1970-talet och efter försäljningen 1996 visade sig bjälkarna, till följd av byggkonstruktionen, vara kraftigt angripna av fukt. Huvudfrågan i målet var om fastigheten avvek från vad köparen med fog kunde förutsätta vid köpet. Till skillnad från i NJA 1997 s. 290 var köparen ett bolag och huset var inte nybyggt. HD anför i domskälen att utgångspunkten för felbedömningen är köparens befogade förväntningar, såvida inte felet ligger inom undersökningsplikten. Vidare anges att beträffande fel som tar sikte på byggnadens konstruktion ligger det nära till hands att knyta bedömningen till byggnormen, motsvarande riktlinjer eller vad som anses vara fackmässigt, eftersom byggregler som utfärdas av en myndighet kan ses som en objektiv måttstock för vad som är befogat att förvänta. HD fortsätter med att skriva följande.

Byggreglerna bör alltså tillmätas särskild betydelse. Vid bedömningen kan dock även andra förhållanden inverka. Sålunda har i rättsfallet NJA 1997 s. 290 ansetts att en enskild köpare av ett nybyggt småhus normalt kan förvänta sig att huset är allmänt funktionsdugligt och beboeligt. Enbart det förhållandet att byggnadssättet är vedertaget och stämmer överens med byggreglerna hindrar således inte att köpeskillingen sätts ned om en sådan befogad förväntan inte infrias.

Vidare skriver domstolen att felbedömningen ska utgå från vid tiden för uppförandet gällande krav, men att

[r]ättspraxis lämnar dock ett visst utrymme för att ta hänsyn till nya rön eller andra omständigheter som var okända vid förvärvet och som är av beskaffenhet att påverka fastighetens värde i en det enskilda fallet (se NJA 1986 s. 670 I angående radon).¹⁴⁸

Det hänvisade rättsfallet, NJA 1986 s. 670 I, rörde inte en avvikelse från en byggnorm, men väl en avvikelse från ett av Socialstyrelsen utfärdat gränsvärde för radon. En fastighet hade överlåtits, vilken efter köpet visade sig innehålla höga halter av radon på grund av materialet i fastigheten. Att vanliga bostadshus kunde innehålla radon var dock inte allmänt känt vid överlåtelsepunkten 1978, utan blev medialt uppmärksamhet först 1979. Två år efter överlåtelsen kom Socialstyrelsen med preciserade gränsvärden för vilken radonhalt som utgjorde en risk för sanitär olägenhet och det uppmätta värdet i den överlåtna fastigheten låg över den nivån. HD kom att

¹⁴⁷ NJA 1997 s. 290.

¹⁴⁸ NJA 2010 s. 286.

avgöra huruvida radonhalten utgjorde ett abstrakt fel och menade att så var fallet eftersom radonhalten översteg gränsvärdet. Vidare skriver HD att felet är dolt eftersom det inte var allmänt känt att radon var farligt vid tiden för överlåtelsen. Utgången i målet blev att säljaren ansågs ansvarig eftersom radonhalten utgjorde ett abstrakt fel.¹⁴⁹ I systemålet NJA 1986 s. 670 II blev utgången motsatt och säljaren ansågs inte ersättningsskyldig eftersom den uppmätta radonhalten i den fastigheten understeg gränsvärdet.¹⁵⁰ Kihlman menar att gränsvärdet för radon kan ses som en objektiv norm och att HD:s resonemang innebär att det inte är hälsovådligheten i sig som leder fram till att radonhalten utgör ett fel, utan att radonhalten överstiger gränsvärdet, varför målet kan ha bärkraft även beträffande andra normer.¹⁵¹

Angående den konkreta bedömningen i NJA 2010 s. 286 skriver HD att köparna inte har

haft fog för att förvänta sig någonting annat än att golvkonstruktionen var gjord i enlighet med den vid tiden för uppförandet gällande byggnormen och på ett sätt som var vedertaget vid tiden. Golvkonstruktionen har inte heller av någon annan anledning utgjort en avvikelse från vad [köparen] med fog kunnat förutsätta vid köpet, och köpeskillingen ska därför inte sättas ner.¹⁵²

En central fråga i sammanhanget blir huruvida NJA 1997 s. 290 i och med NJA 2010 s. 286 har förlorat sitt vägledande värde och att byggnormen alltid ska ”trumfa” andra befogade förväntningar. Grauers menar att NJA 2010 s. 286 klargör att huvudregeln beträffande byggnormer i felbedömningen är att en köpare inte kan förvänta sig annat än att byggnaden är uppförd i enlighet med för tiden för uppförandet gällande byggnormer, även om dessa senare har visat sig mindre lämpade eller direkt olämpliga. Han menar att varken det faktum att köparen var ett bolag eller att byggnaden var äldre tillmättes avgörande betydelse, varför huvudregeln gäller generellt i alla fall förutom när köparen är en konsument.¹⁵³ Ramberg och Herre tycks vara av uppfattningen att avgörandet gör att en köpare aldrig har skäl att förutsätta en bättre konstruktion än den som var föreskriven i byggnormen som gällde vid tiden för uppförandet.¹⁵⁴ Cederlöf är av annan uppfattning och menar att det inte är avgörande för felbedömningen huruvida en byggnad är uppförd enligt eller i strid med för tiden gällande byggnorm.¹⁵⁵

¹⁴⁹ NJA 1986 s. 670 I.

¹⁵⁰ NJA 1986 s. 670 II.

¹⁵¹ Kihlman 1999 s. 253.

¹⁵² NJA 2010 s. 286.

¹⁵³ Grauers 2010. Se även Grauers 2012 s. 201.

¹⁵⁴ Ramberg och Herre 2014 s. 86.

¹⁵⁵ Cederlöf m.fl. 2011 s. 88.

3.2 Köparens undersökningsplikt

3.2.1 Generellt om undersökningsplikten

Trots att det föreligger en avvikelse från den abstrakta standarden är det inte säkert att säljaren anses ansvarig för ett abstrakt fel. I JB 4 kap. 19 § 2 st. anges att trots en avvikelse från första stycket får köparen inte åberopa ett sådant fel som köparen skulle ha upptäckt vid en undersökning av fastigheten.¹⁵⁶ Denna undersökningsplikt utgör en ansvarsfördelning mellan köparen och säljaren där köparen ansvarar för de brister som är upptäckbara eller synliga, medan säljaren ansvarar för de brister som inte är upptäckbara, det vill säga dolda.¹⁵⁷

Hur noggrann undersökning köparen måste göra är som lagrummet anger beroende av fastighetens skick, den normala beskaffenheten hos jämförliga fastigheter samt omständigheterna i övrigt. Utgångspunkten blir vad en normalt erfaren och på området bevandrad köpare kan upptäcka.¹⁵⁸ Undersökningsplikten kan utökas eller reduceras beroende på omständigheterna. Exempelvis synliga iakttagelser eller mätresultat från en eventuell besiktningsman kan utöka undersökningsplikten, medan lugnande besked från säljaren om en viss egenskap kan minska den.¹⁵⁹ Köparen behöver inte göra en faktisk undersökning av fastigheten, utan funktionen av undersökningsplikten är att sådana brister som köparen skulle ha hittat vid en undersökning inte kan göras gällande.¹⁶⁰ Inte heller god tro hos säljaren spelar roll utan ansvaret är strikt i den meningen att det räcker att felet varit dolt.¹⁶¹

3.2.2 Undersökningsplikten i förhållande till enstegstätade fasadkonstruktioner

I Jordabalksfallet var parterna överens om att felet var dolt varför frågan om undersökningsplikten aldrig blev föremål för prövning.¹⁶² Annars utgör fuktskador typiskt sett dolda fel eftersom de sällan, i vart fall inte innan de utvecklats ordentligt, syns i samband med en undersökning.¹⁶³ I en av SP:s publicerade rapporter anges dock att många av de undersökta byggnaderna haft skador som varit i alla fall delvis synliga från utsidan. SP anger att det på de undersökta fasaderna förekom ”mer eller mindre generellt otätheter som varit synliga vid en okulär kontroll”.¹⁶⁴ Otätheterna har observerats i

¹⁵⁶ Grauers 2012 s. 143.

¹⁵⁷ Cederlöf m.fl. 2011 s. 89 och Grauers 2012 s. 142 f.

¹⁵⁸ Grauers 2012 s. 143.

¹⁵⁹ Cederlöf m.fl. 2011 s. 89.

¹⁶⁰ Grauers 2012 s. 143.

¹⁶¹ Grauers 2012 s. 207 och prop. 1970:20 B s. 212.

¹⁶² HovR i Jordabalksfallet s. 7.

¹⁶³ Jfr Jansson och Samuelsson 2009 s. 45 och 62.

¹⁶⁴ Jansson 2011 s. 30.

anslutning till bland annat fönster, fönsterbleck, balkonger och plåtdetaljer.¹⁶⁵ SP anger att inte alla otätheter varit synliga och att det i många fall krävts omfattande ingrepp i fastigheten för att förstå hela skadebilden.¹⁶⁶ Att dessa otätheter inte uppmärksammats vid besiktningarna beror enligt SP i stor utsträckning på att de som utfört besiktningarna eller undersökningarna inte haft kunskap om hur utförandet borde ha varit och konsekvenserna av ett felaktigt utförande.¹⁶⁷

3.3 Påföljer enligt JB

3.3.1 Prisavdrag och hävning

Om det föreligger ett fel enligt JB 4 kap. 19 § kan köparen, men hänvisning till 4 kap. 12 §, kräva prisavdrag eller häva köpet om felet är väsentligt.¹⁶⁸ Väsentlighetsbedömningen blir beroende av vilket typ av bristfällighet felet avser. Grauers menar att om det rör en fastighetsöverlåtelse där själva byggnaden är central, exempelvis vid en villaöverlåtelse, krävs det att felet rör viktiga delar i byggnaden för att hävning ska få ske. Han anger att exempelvis kraftiga rötskador kan utgöra ett sådant väsentligt fel och att även tidsåtgången för att åtgärda felet ska vägas in i väsentlighetsbedömningen.¹⁶⁹ Rätten att häva köpet preskriberas ett år efter tillträdet, såvida inte felet beror på grov vårdslöshet hos säljaren eller att denne agerat i strid mot tro och heder.¹⁷⁰ Enligt Grauers utgör prisavdrag den praktiskt viktigaste påföljden.¹⁷¹ Prisavdraget ska enligt 4 kap. 19 c § beräknas utifrån den proportionella metoden, det vill säga att felet kvantifieras genom att fastighetens värde utan felet jämförs med fastighetens värde med felet. Mellanskillnaden utgör sedan prisavdraget.¹⁷²

3.3.2 Skadestånd

Förutom rätt till prisavdrag eller hävning kan en köpare i vissa situationer dessutom kräva skadestånd av en säljare när ett faktiskt fel föreligger.¹⁷³ För att skadeståndsskyldighet ska aktualiseras krävs att felet beror på

¹⁶⁵ Jansson 2011 s. 31.

¹⁶⁶ Jansson 2011 s. 33 och 61.

¹⁶⁷ Jansson 2011 s. 31.

¹⁶⁸ Grauers 2012 s. 158 och 245.

¹⁶⁹ Grauers 2012 s. 245.

¹⁷⁰ Grauers 2012 s. 158.

¹⁷¹ Grauers 2012 s. 246.

¹⁷² Prop. 1989/90:77 s. 64. Grauers menar att regeln framstår som enkel i teorin, men att den i praktiken vållar stora praktiska problem varför det är mer fördelaktigt att tillämpa den så kallade direktmetoden, vilken innebär att prisavdraget ska motsvara avhjälpandekostnaderna, se Grauers 2012 s. 118. Även i förarbetena framhålls svårigheterna med att tillämpa den proportionella metoden och det anges att det i många fall är nödvändigt att tillämpa en mer skönsmässig bedömning, i vilken kostnaderna för ett avhjälpande kan bli vägledande, se prop. 1989/90:77 s. 65. Frågan berörs inte närmare här.

¹⁷³ Hellner 1990 s. 29.

försummelse på säljarens sida eller att fastigheten avviker från vad säljaren får anses ha utfäst, enligt JB 4 kap. 19 § 1 st. 2 men.¹⁷⁴ Om köparen får rätt till prisavdrag men avdraget inte täcker alla kostnader kan köparen, om rekvisiten är uppfyllda, även kräva skadestånd.¹⁷⁵

Vad som utgör ett försumligt eller culpöst beteende måste bedömas utifrån en referenspunkt som anger vad som inte är ett culpöst beteende. Om skadevållaren avviker från denna referenspunkt kan han eller hon därmed sägas ha varit culpös.¹⁷⁶ Tidigare var referenspunkten i bedömningen ofta *bonus pater familias*, det vill säga den goda familjefadern och vad denna hade gjort i en viss situation. Synsättet anses idag vara i princip förelegat och bedömningen utgår istället normalt från parternas avtal, lagregler, rättspraxis eller sedvana.¹⁷⁷ Om ingen referenspunkt finns bland dessa görs ofta det som i doktrin kallas för en fri culpabedömning. Bedömningen sker då genom att en specifik skadesituation analyseras utifrån ett flertal kriterier varefter en sammanvägd bedömning görs huruvida skadevållarens agerande är att betrakta som culpöst eller inte. Faktorerna som beaktas är risken för skada, den sannolika skadans storlek, möjligheterna att förekomma skadan samt riskinsikten hos den skadevållande.¹⁷⁸

I förarbetena till JB anges att för att ett visst agerande ska anses vara culpöst måste försummelsen ha skett vid eller i omedelbar anslutning till avtalsslutet. Som exempel på försumliga ageranden nämns om säljaren lämnat uppgifter om fastigheten som denne insett eller borde ha insett var oriktiga eller vilseledande, eller om säljaren eller någon på dennes sida kort tid innan avtalsslutet genomfört ett byggnadsarbete på ett försumligt sätt vilket orsakat ett dolt fel i fastigheten.¹⁷⁹

Säljaren kan vidare bli skadeståndsskyldig om fastigheten avviker från vad denne utfäst eller får anses ha utfäst. Att säljaren kan bli skadeståndsansvarig för brister i förhållande till vad denne får anses ha utfäst är ett ansvar för så kallade kärnegenskaper.¹⁸⁰ Upprinnelsen till kärnegenskapsansvaret kommer från NJA 1978 s. 307, där en köpare fick igenom en skadeståndstalan vid ett dolt abstrakt fel bestående av felaktigt dragna vattenledningar som orsakade stora fuktskador. HD uttalade att det vid sidan av andra skadeståndsgrunder finns ett

¹⁷⁴ Grauers 2012 s. 245.

¹⁷⁵ Grauers 2012 s. 250.

¹⁷⁶ Runesson 1996 s. 308.

¹⁷⁷ Hellner och Radetzki 2010 s. 129 och Runesson 1996 s. 308.

¹⁷⁸ Hellner och Radetzki 2010 s. 133 f. Jfr Dahlman som är kritisk till att tala om culpabedömningen i singular, då han menar att det finns tre konkurrerande kriterier för culpa. Enligt *normalitetskriteriet* är det culpöst att agera på ett sätt som avviker från vad en normalt aktsam person skulle ha gjort, enligt *det ekonomiska kriteriet* är det culpöst om skadevållaren inte vidtagit de ekonomiskt motiverade förebyggandeåtgärderna och enligt *trygghetskriteriet* innebär att den som utgör en oacceptabel trygghet när en olycka inträffade anses ha varit culpös, Dahlman 2000 s. 16 f.

¹⁷⁹ Prop. 1989/90:77 s. 60 f.

¹⁸⁰ Hellner 1990 s. 32 och prop. 1989/90:77 s. 84 f.

visst, om än mycket begränsat utrymme för skadeståndsansvar ifråga om fel som innebär en så allvarlig och fundamental avvikelse från rimlig standard på fastigheten, att denna måste anses sakna en (...) ”kärnegenskap”, som får anses utfäst ehuru frågan ej berörts vid köpeförhandlingarna.¹⁸¹

HD betonar i domskälen att felet inte var upptäckbart ens vid en noggrann undersökning av huset, att verkningarna av felet var omfattande, att felet rörde funktioner som var av grundläggande betydelse för användandet av fastigheten, samt att det rörde sig om ett nybyggt hus där det var beställaren i entreprenadsförhållandet som överlät fastigheten.¹⁸²

I NJA 1989 s. 117 ansågs ett ungefär nittio år gammalt hus som var byggt på mark som riskerade att rasa ner i Göta älv sakna en kärnegenskap.¹⁸³ HD betonade i målet att utrymmet för kärnegenskapsresonemang är ytterst begränsat när det är fråga om äldre fastigheter.¹⁸⁴ I NJA 1976 s. 217 kom HD fram till motsatt slut och menade att en fastighet som var hemsökt av rättor inte hade en brist i en kärnegenskap.¹⁸⁵ Inte heller i NJA 1985 s. 871 menade HD att det fanns tillräckliga skäl för att tillämpa kärnegenskapsresonemanget. Målet rörde en fastighet i vilken fel förelåg i den elektriska installationen.¹⁸⁶

¹⁸¹ Grauers 2012 s. 226 och NJA 1978 s. 307.

¹⁸² NJA 1978 s. 307. Se även Elfström och Ashton 2008 s. 347 f.

¹⁸³ Grauers 2012 s. 228.

¹⁸⁴ Elfström och Ashton 2008 s. 347.

¹⁸⁵ Grauers 2012 s. 227.

¹⁸⁶ NJA 1985 s. 871.

4 Konsumententreprenader

4.1 Generellt om konsumententreprenader

Om en konsument låter en näringsidkare uppföra en byggnad åt sig rör det sig om en konsumententreprenad, vilka regleras i KtjL.¹⁸⁷ Om byggnaden är ett småhus, det vill säga en ett- eller tvåbostadshus, blir även de särskilda reglerna i KtjL 51-61 §§ tillämpliga.¹⁸⁸ Termen entreprenad har ingen legaldefinition.¹⁸⁹ En entreprenad kan se ut på olika sätt, men gemensamt för alla olika varianter är att det handlar om organisation och ekonomi av ett byggprojekt som knyts ihop i olika avtalskonstruktioner.¹⁹⁰ I konsumententreprenaden kan konsumenten vara involverad i varierande utsträckning. Näringsidkaren kan antingen ensam genomföra entreprenaden eller dela arbetet med någon annan.¹⁹¹ Oavsett hur entreprenaden organiseras är KtjL tillämplig om lagens tillämpningskrav är uppfyllda.¹⁹² Reglerna om konsumententreprenader i KtjL syftar till att ge konsumenten skydd mot ekonomiska förluster till följd av näringsidkarens försummelser eller på grund av andra oväntade händelser, samt göra att det råder en skälig balans mellan parternas intressen i deras avtalsrelation.¹⁹³

Om det rör sig om en småhusentreprenad kan parterna själva välja att tillämpa Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader (ABS 09), ett standardavtal som tagits fram av bland andra Sveriges Byggindustrier, Konsumentverket och Villaägarnas Riksförbund.¹⁹⁴ Reglerna följer systematiken i KtjL och fungerar som ett komplement till lagen.¹⁹⁵

4.2 Felansvar enligt KtjL

4.2.1 Allmänt om felansvaret

Felansvaret vid konsumententreprenader bestäms alltid utifrån KtjL, även om parterna valt att använda ABS 09 i och med att standardavtalet hänvisar till KtjL.¹⁹⁶ Felbedömningen ska enligt KtjL 12 § som huvudregel göras

¹⁸⁷ Hedberg och Johansson 2008 s. 14.

¹⁸⁸ Johansson 2013 s. 67 f och KtjL 1 § 2 st.

¹⁸⁹ Samuelsson 2011 s. 13. Den närmsta definitionen är *småhusentreprenader* i KtjL 1 §. Jfr Johansson 2013 s. 36.

¹⁹⁰ Johansson 2013 s. 67 f.

¹⁹¹ Prop. 1989/90:77 s. 14.

¹⁹² Johansson 2013 s. 69.

¹⁹³ Prop 1984/85:110 s. 25.

¹⁹⁴ Johansson 2013 s. 48.

¹⁹⁵ Hedberg och Johansson 2008 s. 18.

¹⁹⁶ Hedberg och Johansson 2008 s. 51.

utifrån förhållandena när entreprenaden avslutades.¹⁹⁷ Om det rör sig om en småhusentreprenad ska en slutbesiktning genomföras enligt 58 § KtjL om någon av parterna begär det, vilket medför att entreprenaden anses avslutad i och med den.¹⁹⁸ Oavsett om en slutbesiktning genomförts eller inte är en förutsättning för att fel ska kunna göras gällande är att de vid tidpunkten för entreprenadens avslutades fanns *in nuce*, det vill säga i sitt embryo.¹⁹⁹ Bedömningen ifall den utförda konsumententreprenaden är felaktig utgår från KtjL 9 §. Bestämmelsen anger att entreprenaden ska anses felaktig om resultatet avviker från vad konsumenten enligt 4 § har rätt att kräva, om det är oförenligt med olika säkerhetsföreskrifter eller om det avviker från vad som i övrigt får anses vara avtalat.²⁰⁰

I och med att KtjL 9 § anger att tjänsten är felaktig om *resultatet* avviker från någon av punkterna rör det sig om ett resultatansvar. Tjänsten är felaktigt utförd om resultatet inte är uppnått. Om resultatet däremot är uppnått, men arbetet har tagit osedvanligt lång tid, är inte resultatet förfelat, men näringsidkaren kan ha brustit i sin omsorgsplikt enligt 4 §.²⁰¹ Huruvida resultatet är uppnått eller inte blir beroende av vad resultatet för tjänsten ska vara. I förarbetena används ett exempel med en reparation. Om reparationen enligt avtalet ska leda till en fungerande vara är tjänsten felaktig om så inte blir fallet, men om reparationen endast utgörs av en felsökning är resultatet uppnått även om felet aldrig påträffas, eftersom tjänsten endast var just en felsökning.²⁰² Det kan alltså sägas att vad som är avtalat blir avgörande för huruvida resultatförpliktelsen är uppnådd.²⁰³ Vid tolkningen av vad resultatet är spelar ändamålet med den beställda tjänsten in.²⁰⁴ I förarbetena anges att de krav som ställs på näringsidkarens prestation i KtjL utgör minimikrav för resultatet och att konsumenten givetvis har rätt att fordra ett bättre resultat om det framkommer av avtalet, antingen genom dess lydelse eller genom en tolkning. Resultatet av en tjänst ska ha normal hållbarhet. En uttrycklig regel om normal hållbarhet föreslogs i lagberedningen men förslaget fick inte genomslag eftersom ”en sådan regel säger emellertid (...) inte mer än vad som måste anses följa redan av de som krav som konsumenten i enlighet med det tidigare anförda har rätt att ställa på resultatet av tjänsten.”²⁰⁵

Johnsson skriver att en prestation rent allmänt är felaktig om den inte motsvarar vad konsumenten har rätt att kräva.²⁰⁶ Vad han menar med det framstår som något otydligt. I sin kommentar till KtjL använder han rubriken ”Konsumentens befogade förväntningar” som underrubrik till ”Avvikelse från vad som kan krävas” i samband med att han behandlar 9

¹⁹⁷ Hedberg och Johansson 2008 s. 53.

¹⁹⁸ Hedberg och Johansson 2008 s. 166, Johansson 2013 s. 602 och prop. 2003/04:45 s. 55.

¹⁹⁹ Grauers 2012 s. 284.

²⁰⁰ Prop. 1984/85:110 s. 45.

²⁰¹ Johansson 2013 s. 198.

²⁰² Prop. 1984/85:110 s. 189.

²⁰³ Johansson 2013 s. 199 och prop. 1984/85:110 s. 46.

²⁰⁴ Prop. 1984/85:110 s. 188.

²⁰⁵ Prop. 1984/85:110 s. 47 f.

²⁰⁶ Johansson 2013 s. 193.

§.²⁰⁷ Att tala om konsumentens befogade förväntningar är en avvikelse från terminologin i KtjL som närmast för tankarna till JB 4 kap. 19 § och vad en köpare har fog att förutsätta. Terminologin kan anses få visst stöd av uttalanden i förarbetena där det anges att "[t]jänsten skall leda till det resultat som har avtalats eller som konsumenten har haft anledning att räkna med".²⁰⁸ I förarbetena göra följande uttalande, vilket indikerar att resultatansvaret är förhållandevis strängt.

Även om näringsidkaren kan visa att ett fel beror på en materialdefekt som inte ens bort märkas av honom eller hans medhjälpare, är näringsidkaren i regel skyldig att utan kostnad för konsumenten avhjälpa felet och kan han vidare få finna sig i prisavdrag eller hävning.²⁰⁹

4.2.2 Skälen för felansvarets utformning

Utifrån förarbetena till KtjL tycks det ha funnits olika skäl till att felansvaret har den utformning det har. Att det rör sig om ett resultatansvar förklaras av tidigare dispositiv rätt i vilken ett sådant antogs gälla samt att resultatet av tjänsten är det centrala i en konsumenttjänst.²¹⁰ Att felansvaret bland annat knöts till vad som utgör ett fackmässigt resultat förklarades av att det framstod som en rimlig norm att ha med vid bedömningen.²¹¹ Generellt beträffande hela lagen tycks ett syfte med utformningen ha varit en överensstämmelse med den allmänna köprätten. I propositionen anges att "[i] vart fall de tjänster som gäller arbete på egendom företar i vissa hänseenden likheter med köp. Det bör därför tillses att de olika regelsystemen inte kommer att uppvisa omotiverade skillnader."²¹²

I sammanhanget är det dock värt att notera att konsumententreprenader inledningsvis var undantagna från lagens tillämpningsområde, även om andra entreprenadarbeten på fast egendom omfattades.²¹³ När KtjL föreslogs omfatta även konsumententreprenader ansågs såväl felansvaret som påföljdsvalet i KtjL vara lämpligt utformat även beträffande konsumententreprenader.²¹⁴

²⁰⁷ Se Johansson 2013 s. 199.

²⁰⁸ Prop. 1984/84:110 s. 45.

²⁰⁹ Prop. 1984/85:110 s. 269.

²¹⁰ Prop. 1984/85:110 s. 45 f.

²¹¹ Prop. 1984/85:110 s. 47.

²¹² Prop. 1984/85:110 s. 29.

²¹³ Prop. 1984/85:110 s. 1.

²¹⁴ Prop. 1989/90:77 s. 28 och 31.

4.2.3 Fel på grund av avvikelser från vad som får anses vara avtalet

Enligt KtjL 9 § 3 p. är entreprenaden felaktig om den avviker från vad som får anses vara avtalat mellan parterna. I lagtexten anges att det handlar om vad som ”*därutöver* får anses avtalat” (min kursivering), vilket kan uppfattas som att felbedömningen primärt ska utgå från 1 och 2 punkten, alltså fel på grund av avvikelser från 4 § eller från vissa säkerhetsföreskrifter. Johansson tycks mena att det är felaktigt och att felbedömningen trots skrivelsen ”*därutöver*” ska utgå från vad som får anses avtalat mellan parterna och att avtalstolkning alltså är det inledande steget i felbedömningen.²¹⁵ Johanssons uppfattning om att avtalet är den primära källan till huruvida tjänsten är felaktigt utförd får stöd i förarbetena. I ursprungspropositionen till KtjL anges att ”[v]id tjänster är det, liksom vid köp, i första hand avtalet mellan parterna som bestämmer vad uppdraget till näringsidkaren skall gå ut på.”²¹⁶ För att utröna om en avvikelse från avtalet föreligger är det av stor vikt att avgöra vad den avtalade tjänsten går ut på och under vilka förutsättningar den ska utföras.²¹⁷ Vid avgörandet av vad som utgör avtalsinnehåll kan sådant som är underförstått ha betydelse.²¹⁸ Avtalsinnehållet kan utgöras av såväl muntliga som skriftliga uppgifter och även realhandlande från någon av parterna.²¹⁹

4.2.4 Fel på grund av avvikelser från 4 §

4.2.4.1 Allmänt om kraven i 4 § och 9 §

Om resultatet avviker från vad konsumenten med hänsyn till KtjL 4 § har rätt att kräva föreligger ett fel enligt 9 § 1 st. 1 p.²²⁰ I 4 § kommer två för KtjL grundläggande normer till uttryck, dels att tjänster ska utföras fackmässigt, dels att näringsidkaren har en skyldighet att med tillbörlig omsorg tillvarata konsumentens intressen.²²¹ Tjänsten anses enligt 9 § vara felaktig även om avvikelserna beror på en olyckshändelse eller därmed liknande händelse. I förarbetena anges att det närmsta rör sig om en fareregler, det vill säga att näringsidkaren står risken för att arbete förstörs av exempelvis en regnskur.²²²

I förarbetena anges att

[v]ad konsumenten i enlighet med bestämmelsen i punkt 1 rent konkret kan fordra av resultatet blir naturligtvis beroende av

²¹⁵ Johansson 2013 s. 194.

²¹⁶ Prop. 1984/84:110 s. 36.

²¹⁷ Johansson 2013 s. 199.

²¹⁸ Prop. 1984/85:110 s. 191.

²¹⁹ Johansson 2013 s. 204.

²²⁰ SOU 2000:110 s. 82.

²²¹ Prop. 1984/85:110 s. 40.

²²² Prop. 1984/85:110 s. 48.

den avtalade tjänstens innehåll och de allmänna betingelser under vilka den enligt avtalet mellan parterna skall utföras. För fall som inte inrymmer några särskilda komplikationer gäller att konsumenten har anledning att räkna med att en tjänst, som utförs mer iakttagande av de krav som anges i 4 §, leder till ett resultat som tillgodoser ändamålet med det beställda arbetet, uppfyller fackmässiga krav på utseende m.m., har normal hållbarhet och inte medför särskilda risker för person- eller egendomsskador.²²³

4.2.4.2 Fackmässig standard

Kravet på fackmässighet utgör en viktig utfyllande norm om kraven på näringsidkaren handlande inte närmare reglerats i avtalet. Regeln fungerar alltså som en hjälpregel i felbedömningen om avtalet eller vad som får anses avtalat inte ger svar på om resultatet är felaktigt.²²⁴ Bestämmelsen anses även bilda utgångspunkten för tolkning och tillämpning av olika bestämmelser i KtjL eller parternas avtal.²²⁵ Att tjänsten ska utföras utifrån fackmässig standard utgör enligt förarbetena ett minimikrav, varför parterna är fria att avtala om en högre standard.²²⁶ Bedömningen ska utgå från den kunskap som förelåg då tjänsten utfördes och inte utifrån senare tillkommen kunskap.²²⁷ Kravet på fackmässighet gäller såväl utförandet av entreprenaden som andra frågor mellan näringsidkaren och konsumenten med anledning av tjänsten.²²⁸ Det innebär att exempelvis entreprenadens planering, projektering, materialinköp och beräkningar ska vara fackmässiga i de delar näringsidkaren utför dessa. Bedömningen om ett arbete är fackmässigt ska utgå från en normalt skicklig och kunnig samt seriöst arbetande fackmans uppfattning.²²⁹ Fackmannen förväntas följa med i den tekniska utvecklingen och ha kunskaper utifrån det.²³⁰ Vad som är fackmässigt varierar mellan olika branscher, men bedömningen ska ske utifrån objektiva utgångspunkter.²³¹ I motiven anges att den ska göras efter en objektiv måttstock.²³²

Byggnormer och branschregler kan få betydelse även i felbedömningen enligt KtjL eftersom det i bedömningen vad som är ett fackmässigt utförande kan hämtas ledning från allmänna eller särskilda beskrivningar avseende material och metoder.²³³ Johansson tycks mena att endast Boverkets byggregler ska fungera som ledning, medan Hedberg och Johansson har en annorlunda uppfattning och menar att även AMA-

²²³ Prop. 1984/85:110 s. 188.

²²⁴ Johansson 2013 s. 194.

²²⁵ Prop. 1984/85:110 s. 157.

²²⁶ Prop. 1984/85:110 s. 159.

²²⁷ Prop. 1989/90:77 s. 28 och prop. 2003/04:45 s. 65.

²²⁸ Hedberg och Johansson 2008 s. 20.

²²⁹ Prop. 1984/85:110 s. 157 f.

²³⁰ SOU 2000:110 s. 158.

²³¹ Prop. 1984/85:110 s. 38 och prop. 1989/90:77 s. 23.

²³² Prop. 1984/85:110 s. 157.

²³³ Prop. 1984/85:110 s. 157 och prop. 2003/04:45 s. 64.

volymerna kan utgöra utgångspunkt i fackmässighetsbedömningen.²³⁴ Förutom byggnormer och eventuellt branschregler kan även yrkes- eller branschpraxis få betydelse, förutsatt att den är god.²³⁵

Relevant prejudicerande rättspraxis från HD om kravet på fackmässig standard saknas, men viss ledning kan möjligen hämtas från tidigare nämnda NJA 1997 s. 290. I rättsfallet kommenterar HD kort fackmässigheten i uppförandet och skriver följande.

Vid den tid då husen byggdes ansågs däremot de åtgärder som vidtogs till skydd mot fukt vara tillfredsställande och fackmannamässiga. De överensstämde också med de då gällande, av myndighet utfärdade byggnormerna. (...) Den som yrkesmässigt bygger hus får normalt anses handla med tillbörlig aktsamhet om han följer de allmänna normer för byggande som gäller och även i övrigt utför arbetet på ett fackmannamässigt sätt.²³⁶

I KtjL 9 § 1 st. 2 p. anges att resultatet är felaktigt om det avviker från vissa säkerhetsföreskrifter. I förarbetena diskuterades om en regel motsvarande den som numera finns i KKL 18 § 2 p. skulle införas, det vill säga att en produkt är felaktig om den är så bristfällig att den medför påtaglig fara för liv eller hälsa. Någon motsvarande regel infördes dock inte, vilket motiverades med att det framstod som onödigt eftersom "[o]m detta är fallet, kan det nämligen inte råda någon tvekan om att näringsidkaren har åsidosatt kravet på ett fackmässigt tillfredsställande utförande eller sin omsorgsplikt." Det anges också att det sagda torde gälla även om tjänsten inte utförts i strid med specifika säkerhetsföreskrifter.²³⁷

4.2.4.3 Med tillbörlig omsorg tillvarata konsumentens intressen

Förutom kravet på att resultatet ska vara fackmässigt innehåller 4 § ett krav på att näringsidkaren med tillbörlig omsorg måste tillvarata konsumentens intressen. Omsorgsplikten motiveras i förarbetena med att konsumenter i allmänhet saknar tillräcklig kunskap och erfarenhet för att ta ställning till olika frågor som uppkommer vid utförandet av en tjänst, varför konsumenten är i behov av att kunna lita på näringsidkarens sakkunskap.²³⁸ Det går inte att dra någon skarp gräns mellan kravet på ett fackmässigt utförande och att näringsidkaren ska tillvarata konsumentens intressen. Med att tillvarata konsumentens intressen menas dock inte noggrannhet, det hänför sig till fackmässighet, utan snarare att näringsidkaren ska ställa sin sakkunskap och yrkeserfarenhet till konsumentens förfogande samt uppträda

²³⁴ Hedberg och Johansson 2008 s. 21 och Johansson 2013 s. 129.

²³⁵ Prop. 1984/85:110 s. 157.

²³⁶ NJA 1997 s. 290.

²³⁷ Prop. 1984/85:110 s. 44.

²³⁸ Prop. 1984/85:110 s. 39.

aktivt lojalt gentemot konsumenten.²³⁹ Omsorgsplikten får normalt sitt innehåll genom kompletterande bestämmelser i KtjL, även om bestämmelsen kan ha självständig betydelse när exempelvis förvaring ingår som en biförpliktelse i samband med en reparation.²⁴⁰

4.2.5 Fel som inte beror på en avvikelse från fackmässig standard

I prop. 2003/04:45, *Stärkt konsumentskydd vid småhusbyggande*, tas frågan upp ifall näringsidkaren ska bli ansvarig även för fel som inte beror på avvikelse från fackmässig standard, exempelvis fel på grund av en byggteknik som i efterhand visat sig vara undermålig.²⁴¹ Departementschefen menar att ett sådant ansvar inte funnits i KtjL tidigare i och med att felbedömningen ska utgå från förhållandena som förelåg när tjänsten avslutades och vad som ansågs fackmässigt vid den tiden, varför det rör sig om en utökning av felansvaret.²⁴² Uttalandet att ett sådant ansvar inte skulle ha funnits sedan tidigare framstår som något märkligt i förhållande till följande äldre förarbetsuttalande. ”Emellertid är att märka att en tjänst kan vara felaktig trots att den utförts fackmässigt, t. ex. för det fall att resultatet av tjänsten blir kvalitativt sämre än vad som får anses avtalat.”²⁴³

I propositionen diskuteras möjligheterna att införa ett ansvar beträffande fel som inte utgör en avvikelse från fackmässig standard för näringsidkaren, men departementschefen kommer fram till att det inte ska ske. I diskussionen anför denne som skäl för ett sådant ansvar att det skulle bli ett för konsumenten positivt skydd, att det normalt är näringsidkaren som besitter den största fackkunskapen och därmed har bäst möjligheter att avgöra om en byggteknik är bra samt att det kan leda till incitament för byggbranschen att noga kontrollera nya byggtekniker innan de börjar användas i större produktion. Skälen mot ett utvidgat ansvar var bland annat att det skulle bli oförutsägbart för näringsidkarna, inte minst för små näringsidkare som i praktiken saknar resurser för att låta undersöka en byggteknik innan de använder den, och att näringsidkaren i praktiken har små möjligheter att försäkra sig mot den typen av fel. Dessutom angavs att det skulle uppstå olämpliga ansvarförhållanden då en näringsidkares ansvar enligt KtjL skulle skilja sig från producentens ansvar enligt PAL, eftersom ansvaret i PAL är inskränkt beträffande utvecklingsskador men ansvaret i KtjL i princip skulle vara obegränsat.²⁴⁴ I utredningen som föregick propositionen yttrade en sakkunnig att det är beklagligt att utvecklingsskador undantas från ansvaret i PAL.²⁴⁵ PAL utgör inkorporeringen av ett EU-direktiv och att undanta utvecklingsskador från

²³⁹ Prop. 1984/85:110 s. 159.

²⁴⁰ Johansson 2013 s. 135.

²⁴¹ Prop. 2003/04:45 s. 64 f. Se även ovan avsnitt 2.4.

²⁴² Prop. 2003/04:45 s. 65.

²⁴³ Prop. 1989/90:77 s. 28.

²⁴⁴ Prop. 2003/04:45 s. 65 f.

²⁴⁵ SOU 2000:110 s. 357 f.

ansvaret angavs i direktivet vara valbart för medlemsländerna.²⁴⁶ I propositionen till PAL diskuterar departementschefen huruvida utvecklingskador skulle undantas och menade att så inte borde ske. Anledningen till det var att ett ansvar även för utvecklingsfel skulle kunna skapa incitament för företag och branscher att utreda om produkter lider av säkerhetsbrister.²⁴⁷ Att utvecklingskador likväl undantogs beror på en oro om att svenska företag skulle förlägga sin produktion utomlands, om ett undantag för utvecklingskador inte genomfördes i PAL.²⁴⁸

Mot bakgrund av att prop. 2003/04:45 inte medförde någon lagändring beträffande felansvaret i KtjL 9 § är det oklart vilken betydelse uttalandena ska tillmätas. Frågan har berörts ovan och kommer även diskuteras längre fram i framställningen.²⁴⁹

4.3 Påföljder enligt KtjL

4.3.1 Rätt att hålla inne betalningen, avhjälpan, prisavdrag och hävning

Om en tjänst är felaktig och det inte beror på något förhållande på konsumentens sida får konsumenten enligt KtjL 16 § hålla inne med betalningen i enlighet med 19 §, kräva att felet avhjälps i enlighet med 20 §, begära prisavdrag eller häva avtalet i enlighet med 21 §. Genom att i 20 § 2 st. ange att näringsidkaren under vissa förutsättningar har rätt att på eget initiativ avhjälpa felet har lagstiftaren gjort avhjälpan till en primär påföljd framför prisavdrag och hävning.²⁵⁰ Beträffande rätten att hålla inne betalningen får konsumenten innehålla så mycket som krävs för att ge säkerhet för dennes krav på grund av felet. Hur mycket det är beror på vilken påföljd som blir aktuell, vid exempelvis prisavdrag ska den innehållna betalningen som mest motsvara prisavdragets storlek.²⁵¹ Innehållande med betalning kan naturligtvis endast aktualiseras när betalning inte har skett.²⁵²

I motiven till KtjL anges att avhjälpan är den för båda parter lämpligaste och smidigaste påföljden. Avhjälpan kan ses som ett fullföljande av den avtalade tjänsten.²⁵³ Näringsidkaren behöver dock inte avhjälpa felet om det leder till olägenheter eller kostnader som är oskäligt stora i förhållande till felets betydelse för konsumenten.²⁵⁴ I oskälighetskravet ligger att det råder ett markant missförhållande mellan näringsidkarens uppoffringar för att

²⁴⁶ Prop. 1990/91:197 s. 1 och 31 f.

²⁴⁷ Prop. 1990/91:197 s. 32 och 34.

²⁴⁸ 1991/92:LU14 s. 8 f. och 28.

²⁴⁹ Se ovan avsnitt 1.2.4 och 2.4 samt nedan avsnitt 7.3.

²⁵⁰ Johansson 2013 s. 268.

²⁵¹ Johansson 2013 s. 297 f.

²⁵² Jfr Johansson 2013 s. 299 f.

²⁵³ SOU 1979:36 s. 306.

²⁵⁴ Johansson 2013 s. 304.

avhjälpa felet och betydelsen av avhjälpandet för konsumenten.²⁵⁵ Även om konsumenten inte begär det har näringsidkaren rätt att på eget initiativ avhjälpa felet, under förutsättning att näringsidkaren erbjuder sig att göra det utan uppskov från konsumentens reklamation och att konsumenten inte har något särskilt skäl för att avvisa erbjudandet.²⁵⁶ Acceptabla skäl för att avvisa ett erbjudande om avhjälpande kan exempelvis vara att konsumenten behöver föremålet för tjänsten, att näringsidkaren betett sig på ett sätt som gör att konsumenten inte längre har förtroende för denne eller att näringsidkaren visat allvarlig oskicklighet vid utförandet av tjänsten.²⁵⁷ Vilken standard avhjälpandet ska nå upp till behandlas inte i förarbetena, men Johansson menar att kravet på avhjälpandet är att föremålet för tjänsten ska vara avhjälp till avtalsenligt skick.²⁵⁸

Enligt KtjL 21 § får konsumenten göra avdrag på priset eller häva avtalet om avhjälpande inte kommer till stånd. För hävning krävs dock att syftet med tjänsten är i huvudsak förfelat och att näringsidkaren insett eller bort inse det.²⁵⁹ Bedömningen om syftet är förfelat ska inte vara abstrakt utan utgå från den specifika konsumenten. Rekvisitet kan vara uppfyllt om resultatet är så dåligt att föremålet i princip är oanvändbart.²⁶⁰ Rätten till prisdrag kräver inget ytterligare förutom att ett fel föreligger och att ett avhjälpande inte är aktuellt.²⁶¹ Storleken på prisavdraget bestäms enligt 22 § av kostnaden för avhjälpande.²⁶² Varken för prisavdrag eller hävning krävs enligt förarbetena att näringsidkaren varit vållande.²⁶³

4.3.2 Skadestånd

Konsumenten har enligt KtjL 16 § förutom nämnda påföljder även under vissa förutsättningar rätt till skadestånd i enlighet med 31 §.²⁶⁴ Skadeståndsrätten är närmast sekundär i förhållande till andra påföljder, genom att det aktualiseras först när konsumentens skada inte ersätts genom någon annan påföljd, exempelvis ett prisavdrag.²⁶⁵ Skadeståndansvaret är ett så kallat kontrollansvar och för att näringsidkaren ska undgå skadeståndsansvar krävs att fyra rekvisit är uppfyllda. Det måste föreligga ett hinder mot kontraktsevenlig prestation, hindret måste ligga utanför näringsidkarens kontroll, näringsidkaren ska inte skäligen ha kunnat räkna med hindret samt att näringsidkaren inte skäligen kunnat undvika eller övervinna hindret.²⁶⁶ Enligt Johansson finns det få situationer när det

²⁵⁵ Johansson 2013 s. 306.

²⁵⁶ Johansson 2013 s. 308.

²⁵⁷ Johansson 2013 s. 309 f, prop. 1984/85:110 s. 231 och SOU 1979:36 s. 472.

²⁵⁸ Johansson 2013 s. 311.

²⁵⁹ Johansson 2013 s. 319.

²⁶⁰ Johansson 2013 s. 323.

²⁶¹ Johansson 2013 s. 320.

²⁶² Johansson 2013 s. 331.

²⁶³ Johansson 2013 s. 323 och SOU 1976:36 s. 302.

²⁶⁴ Johansson 2013 s. 397.

²⁶⁵ Prop. 1984/85:110 s. 266.

²⁶⁶ Johansson 2013 s. 399.

föreligger ett hinder utanför näringsidkaren kontroll mot att utföra en felfri tjänst, varför ansvaret är strängt.²⁶⁷

När KtjL infördes innehöll lagen ett presumtionsansvar. Valet av ansvarsform motiveras inte explicit i förarbetena, men jämförelser med ansvaret i dåvarande konsumentköplagen gjordes så det kan antas att konformitet mellan systemen var åtminstone ett skäl bakom regleringen.²⁶⁸ När nya KKL infördes gjordes ansvaret i den lagen om till ett kontrollansvar, vilket enligt förarbetena motiverade att även ansvaret i KtjL ändrades på motsvarande sätt.²⁶⁹ Att skadeståndsansvaret i KtjL och KKL skulle se likadana ut motiverades av stora likheter regelsystemen emellan.²⁷⁰ Ett annat skäl var att en hantverkare typiskt sätt har bättre kunskaper om förekommande material inom sitt yrkesområde än vad en säljare har, varför en hantverkare inte skulle ha större möjligheter att bli befriad från ersättningsskyldighet vid dolda fel än vad en säljare skulle ha.²⁷¹ Att ett kontrollansvar infördes i KKL motiverades av att ett presumtionsansvar inte gav konsumenten tillräckligt skydd. Vållandeansvarets starka ställning i svensk rätt tas upp i förarbetena, men ett avsteg motiveras bland annat med den tekniska utveckling som skett och att tekniska fel inte nödvändigtvis beror på försummelse, men likväl ligger inom näringsidkarens kontroll.²⁷² Ett kontrollansvar i KKL angavs vara en rimlig avvägning mellan parternas intressen och den tekniska utvecklingen.²⁷³ Övergången från ett presumtionsansvar till ett kontrollansvar i KtjL antogs inte få så stora praktiska konsekvenser generellt, förutom i situationen med dolda fel i materialet. I propositionen anförs att ”vid en bedömning utifrån en kontrollansvarsregel medför dolda fel i materialet nästan alltid skadeståndsansvar för näringsidkaren.”²⁷⁴

Förutom kontrollansvaret har näringsidkaren också ett skadeståndgrundande ansvar för vad denne särskilt har utfäst, enligt KtjL 31 § 3 st. 2 men. Ansvaret, som kan ses som en form av garantiansvar, infördes för att motsvara garantiansvaret i KKL, vilket i sin tur infördes för att motsvara ansvaret i KöpL. För att ansvaret ska aktualiseras krävs att det rör sig om en särskild utfästelse, vilket inte är samma sak som ”får anses avtalat” i 9 §. För att det ska röra sig om en utfästelse enligt 31 § krävs att den ifrågavarande egenskapen särskilt har framhållits vid avtalsslutet.²⁷⁵

Om näringsidkaren anses skadeståndsskyldig ska denne ersätta konsumenten all ekonomisk skada som konsumenten tillfogats på grund av

²⁶⁷ Johansson 2013 s. 409.

²⁶⁸ Prop. 1984/85:110 s. 269.

²⁶⁹ Prop. 1989/90:77 s. 33 och prop. 1989/90:89 s. 4.

²⁷⁰ Prop. 1989/90:89 s. 24 och 55.

²⁷¹ Prop. 1989/90:89 s. 55 f.

²⁷² Prop. 1989/90:89 s. 38 f.

²⁷³ Prop. 1989/90:89 s. 40.

²⁷⁴ Prop. 1989/90:89 s. 55.

²⁷⁵ Johansson 2013 s. 409.

felet.²⁷⁶ Enligt KtjL 50 a § har den skadelidande en skyldighet att begränsa sin skada.²⁷⁷

²⁷⁶ Prop. 1984/85:110 s. 81.

²⁷⁷ Johansson 2013 s. 394.

5 Hovrättspraxis om enstegstätade fasader

5.1 Jordabalksfallet

Jordabalksfallet²⁷⁸ rör en villafastighet som förvärvades i oktober 2006. Säljarna var privatpersoner som hade låtit uppföra huset 1999 och fasaden utgjordes av en enstegstätad konstruktion. I samband med köpet genomfördes en fackmannabesiktning, vilken inte medförde några erinringar avseende fasaden. Efter att köparna via media uppmärksammats på problemen med enstegstätade fasadkonstruktioner lät de utföra nya besiktningar vid vilka en rad fel och brister i fasaden noterades. Köparna stämde säljarna och yrkade på prisavdrag om 507 000 kr, vilket motsvarande nedlagda avhjälpandekostnader.²⁷⁹ Avhjälpandet skedde genom att den enstegstätade fasadkonstruktionen nedmonterades och ersattes med en ny tvåstegstätad konstruktion.²⁸⁰ Grunden för yrkandet var att köparna menade att fasadkonstruktionen var bristfällig eftersom den släppte igenom vatten som orsakade fuktskador.²⁸¹ Köparna menade att bristfälligheten utgjorde en avvikelse från vad de med fog kunnat förutsätta vid köpet och att avvikelsen inte varit möjligt att upptäcka inom ramen för undersökningsplikten, varför ett fel förelåg.²⁸² Säljarna å sin sida bestred yrkandet och hävdade att skadorna berodde på ett från köparnas sida eftersatt underhåll. Dessutom menade säljarna att avhjälpandet hade inneburit en standardhöjning i och med att en tvåstegstätad fasad istället för en enstegstätad hade använts, vilket köparna inte var berättigade till ersättning för.²⁸³

Tingsrätten ogillade köparnas talan. Domstolen gjorde bedömningen att fasadkonstruktionen var felaktig men att köparen inte förmått visa att felet förelåg vid köpet. Tingsrätten menade att fasadkonstruktionen i och för sig är en riskkonstruktion men att inte alla hus med den aktuella fasadkonstruktionen uppvisar fuktskador.²⁸⁴ Tingsrättens dom överklagades till hovrätten som tvärtemot tingsrätten gav bifall till köparnas talan.²⁸⁵ Hovrätten anförde i sina domskäl att endast risk för skada räcker för att ett fel enligt JB 4 kap. 19 § ska kunna aktualiseras.²⁸⁶ Hovrätten konstaterade att fasadkonstruktionen brustit i funktionalitet vad gäller fuktsäkerhet då

²⁷⁸ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål T 1118-11 den 14 mars 2012.

²⁷⁹ TR i Jordabalksfallet s. 2 f.

²⁸⁰ TR i Jordabalksfallet s. 8.

²⁸¹ TR i Jordabalksfallet s. 3.

²⁸² TR i Jordabalksfallet s. 2.

²⁸³ TR i Jordabalksfallet s. 4.

²⁸⁴ TR i Jordabalksfallet s. 17 ff.

²⁸⁵ HovR i Jordabalksfallet s. 1.

²⁸⁶ HovR i Jordabalksfallet s. 5.

skadorna uppkommit genom att fasaden släppt in vatten.²⁸⁷ Hovrätten menade att en avvikelse från köparens befogade förväntningar förelåg utifrån att ”huset var relativt nybyggt och dessutom i till synes mycket gott skick”, varför köparna haft anledning att förvänta att fasaden var fungerande.²⁸⁸

Hovrätten tog upp att fasadkonstruktionen vid tiden för uppförandet av fastigheten var allmänt vedertagen och mycket vanligt förekommande samt att det vid förvärvstidpunkten inte var allmänt känt att konstruktionen innebar en stor risk för fukt- och rötskador, utan att fasadkonstruktionen istället var lovprisad för sin goda värmeisoleringsförmåga. Omständigheterna var dock inget som påverkade utgången i målet, istället skriver hovrätten att inget i målet framkommit som tyder på att köparna haft anledning att räkna med att fasaden skulle släppa igenom vatten med omfattande skador som följd varför fastigheten avvikit från vad köparen med fog kunnat förutsätta och därmed är felaktig. Det var i målet vitsordat att felet var dolt varför frågan om undersökningsplikt aldrig aktualiserades.²⁸⁹ Hovrätten menar att det varit motiverat att byta ut den enstegstätade fasadkonstruktionen till en tvåstegstätad med ventilerande luftspalt och att det inte utgjorde en standardhöjning som köparna själva skulle stå för.²⁹⁰

5.2 Myresjöhusfallet

I Myresjöhusfallet²⁹¹ hade 34 fastighetsägare gått ihop och stämt byggbolaget Myresjöhus för felaktigt utförda entreprenader. Husen som Myresjöhus hade uppfört till fastighetsägarna mellan åren 1999 och 2003 hade enstegstätad fasadkonstruktion.²⁹² Efter att riskerna med fasadkonstruktion uppmärksammats i media lät fastighetsägarna 2009 ett konsultföretag genomföra en undersökning av respektive hus. I samtliga hus uppmättes förhöjda eller kraftigt förhöjda fuktvärden vilket föranledde ytterligare undersökningar, genom vilka höga halter av mikroorganismer samt mikrobiella skador på byggnaderna kunde konstateras.²⁹³ Fastighetsägarna hade flera olika yrkanden, men i huvudsak yrkade de i första hand på att Myresjöhus vid vite skulle förpliktigas att avhjälpa skadorna genom att byta ut fasaderna mot tvåstegstätad konstruktioner och i andra hand att Myresjöhus skulle förpliktigas att utge prisavdrag på mellan cirka 300 000 och 400 000 kr till varje fastighetsägare.²⁹⁴ Grunden för yrkandena var att Myresjöhus brustit i sitt åtagande både vad gäller valet av konstruktion och genom att utförandet var bristfälligt. Detta menade

²⁸⁷ HovR i Jordabalksfallet s. 6.

²⁸⁸ HovR i Jordabalksfallet s. 7 f.

²⁸⁹ HovR i Jordabalksfallet s. 6 f.

²⁹⁰ HovR i Jordabalksfallet s. 8.

²⁹¹ Göta hovrätts dom i mål T 99-12 den 18 januari 2013.

²⁹² KO kompletterad överklagan s. 2.

²⁹³ TR i Myresjöhusfallet s. 21.

²⁹⁴ TR i Myresjöhusfallet s. 8 f.

fastighetsägarna medförde att kravet på fackmässighet samt att näringsidkaren med tillbörlig omsorg ska tillvarata konsumentens intresse inte var uppfyllt. Vidare menade fastighetsägarna att frånvaron av fukt- och mögelskador i fasaderna skulle anses utgöra avtalsinnehåll i entreprenadkontraktet, varför fel förelåg även utifrån den grunden.²⁹⁵ Myresjöhus å sin sida bestred samtliga yrkanden.²⁹⁶ Som grund anförde byggbolaget bland annat att fastighetsägarna inte visat att fel förelåg, att bolaget förfarit fackmässigt både vad gäller valet av fasadkonstruktion och vid utförandet samt att bolaget vid utförandet inte förfarit vårdslöst.²⁹⁷

Parternas mellanhavanden reglerades på grund av ett numera borrtaget undantag i KtjL inte genom lagen, utan genom standardavtalet ABS 95.²⁹⁸ Av intresse i bedömningen var framförallt ABS 95 2 kap. 6 § och 5 kap. 7 §. Den förra bestämmelsen anger att fel ska föreligga

- om resultat av entreprenörens arbete avviker från vad som avtalats i fråga om konstruktion, utförande, mängd eller på annat sätt, eller
- om resultatet av entreprenörens arbete inte motsvarar krav på fackmässighet enligt ABS 95 2 kap. 1 §, även om avvikelser beror på olyckshändelse under entreprenadtiden eller därmed jämförlig händelse.

5 kap. 7 § utgör en begränsning över vilka fel som kan göras gällande efter den tvååriga garantitidens slut och anger att entreprenören efter garantitidens slut endast ansvarar för väsentliga fel vilka har sin grund i vårdslöshet.²⁹⁹ Fastighetsägarna menade att den senare bestämmelsen skulle jämkas eftersom den var oskälig ur konsumentsynpunkt. Mot bakgrund av att ABS 95 tagits fram under översyn av bland andra Konsumentverket menade tingsrätten att någon grund för jämkning inte fanns.³⁰⁰

Tingsrätten menade att "[f]rågan om Myresjöhus agerat vårdslöst är i förevarande fall närmast identisk med frågan om de agerat *fackmässigt*". Någon närmare motivering till varför vårdslösheten motsvarande fackmässigheten lämnar inte domstolen. Tingsrätten menade att eftersom Myresjöhus hade bäst möjligheter att bedöma riskerna med en viss teknisk lösning och även var den som skulle följa myndighatsföreskrifter och dylikt så föll bevisbördan på bolaget som var tvungen att exculpera sig för att undgå ansvar.³⁰¹

Beträffande fastighetsägarnas påstående om att Myresjöhus brustit i sitt åtagande beträffande valet av fasadkonstruktion menade tingsrätten att helt

²⁹⁵ TR i Myresjöhusfallet s. 12 f.

²⁹⁶ TR i Myresjöhusfallet s. 10 f.

²⁹⁷ TR i Myresjöhusfallet s. 14 f.

²⁹⁸ TR i Myresjöhusfallet s. 6 och 61. Jfr SOU 2000:110 s. 132.

²⁹⁹ TR i Myresjöhusfallet s. 62.

³⁰⁰ TR i Myresjöhusfallet s. 69 f.

³⁰¹ TR i Myresjöhusfallet s. 72.

avgörande för frågan var om Myresjöhus kunde visa att de förelåg ett utvecklingsfel. Tingsrätten skriver att ”[o]m Myresjöhus kan visa att den aktuella fasadtypen vid tidpunkten var ett fackmässigt godtagbart val har Myresjöhus agerat fackmässigt och kan därmed inte hållas ansvarigt. Motsatsen gäller om det inte är fråga om ett utvecklingsfel.”³⁰² Med utvecklingsfel verkar tingsrätten ha menat sådana fel som på grund av det vetenskapliga och tekniska vetandet vid tiden för entreprenaden inte var möjliga att upptäcka.³⁰³

Tingsrätten gjorde bedömningen att Myresjöhus visat att branschen som helhet inte kände till riskerna med konstruktionen, trots att det bedömdes ostridigt att det förekommit en debatt i framförallt USA och Kanada, men att det inte uteslöt att Myresjöhus agerat vårdslöst. Tingsrätten vägde å ena sidan att branschen som helhet inte insett riskerna med konstruktionen, å andra sidan att metoden strider mot grundläggande byggtekniska principer om fuktskydd, att den var obeprövad och att varken branschen eller Myresjöhus gjort några som helst kontroller av konstruktionen innan den användes i större omfattning. Sammantaget kommer tingsrätten fram till att Myresjöhus inte visat att det mot bakgrund av det tekniska och vetenskapliga vetandet var omöjligt att förstå riskerna med konstruktionen, varför valet av fasadkonstruktion ansågs vårdslöst.³⁰⁴

Tingsrätten kom fram till att fastighetsägarna visat att det förelåg en skada som utgjorde ett väsentligt fel i entreprenadsrättsligt mening, eftersom fasadkonstruktionen saknar ett adekvat och säkert fuktskydd. Att fasadkonstruktionerna saknade erforderat fuktskydd medförde i sin tur hög risk för befarad skada, varför Myresjöhus förpliktigades att utge ersättning motsvarande prisavdrag på mellan cirka 300 000 och 400 000 kr till flertalet av fastighetsägarna.³⁰⁵ Att förstahandsyrkandet om avhjälpande inte bifölls motiverades med att det inte var klarlagt i vilken utsträckning alla fasader behövde åtgärdas, varför det skulle innebära ett alltför långtgående krav på Myresjöhus att först undersöka det och sen åtgärda de skadedrabbade fasaderna. Prisavdrag ansågs därför som en mer lämplig påföljd.³⁰⁶

Tingsrättens dom överklagades till hovrätten.³⁰⁷ Hovrätten menade att husen var behäftade med fel vid tiden för slutbesiktningen och att felen var väsentliga. Hovrätten menade i likhet med tingsrätten att frågan huruvida Myresjöhus utfört entreprenaden fackmässigt skulle likställas med frågan om de varit vårdslösa. Bevisbördan för att bolaget inte varit vårdslösa skulle ligga på Myresjöhus själva.³⁰⁸ Domstolen skriver att felbedömningen ska utgå från ABS 95 2 kap. 6 §, men tar till skillnad från tingsrätten inte upp 5 kap. 7 § om att väsentliga fel endast ersätts om entreprenören varit vårdslös.

³⁰² TR i Myresjöhusfallet s. 75.

³⁰³ TR i Myresjöhusfallet s. 73.

³⁰⁴ TR i Myresjöhusfallet s. 75 f.

³⁰⁵ TR i Myresjöhusfallet s. 67 och 70.

³⁰⁶ TR i Myresjöhusfallet s. 77 f.

³⁰⁷ HovR i Myresjöhusfallet s. 7.

³⁰⁸ HovR i Myresjöhusfallet s. 12 f.

Domstolen motiverar inte varför de menar att kravet på fackmässighet är att likställa med att bolaget inte varit vårdslösa, varför anledningen till det framstår som oklar.³⁰⁹

I bedömningen om Myresjöhus varit vårdslösa i samband med valet av fasadkonstruktionen och att kravet på fackmässighet är inte var uppfyllt inledde hovrätten med att konstatera att bedömningen ska utgå från förhållandena som gällde vid tiden för uppförandet. Hovrätten anger att konstruktionen var vanligt förekommande vid tiden för uppförandet, att sättet att bygga var typgodkänt och att inget tyder på att branschen i allmänhet eller Myresjöhus i synnerhet hade någon kunskap om att konstruktionen var riskfylld.³¹⁰ Med det konstaterat övergår hovrätten till frågan om Myresjöhus likväl borde ha ifrågasatt fasadkonstruktionen och uttrycker det som att

[k]lart är att byggbranschen som sådan inte ifrågasatte konstruktionen i sig eller befarade att den var förenad med särskilda risker. Fråga är om Myresjöhus bort ha ifrågasatt konstruktionen när den kom till användning i nyproduktion. Den frågan sammanhänger med vad som rimligtvis kan krävs [*sic!*] för att Myresjöhus ska ha visat att bolaget inte har varit vårdslöst vid valet av fasadkonstruktion.³¹¹

Tingsrätten menade som redan anförts att aktsamhetskravet skulle vara att Myresjöhus på grundval av det vetenskapliga eller tekniska vetandet inte haft möjlighet att upptäcka bristerna.³¹² Hovrätten menade att tingsrättens aktsamhetskrav var alldeles för strängt och återknyter till diskussionen i prop. 2003/04:45 om fel som inte beror på en avvikelse från fackmässig standard.³¹³ Hovrätten anger att regeringen kom fram till att något ansvar för fel som inte utgjorde en avvikelse från fackmässig standard skulle införas. Vidare anger hovrätten att

[h]ovrätten finner, mot bakgrund därav, att kravet på aktsamhet inte bör sättas så strängt att det i praktiken blir fråga om ett strikt ansvar för näringsidkaren. Det skulle i princip ge till resultat det som regeringen inte var beredd att genomföra lagstiftningsvägen.³¹⁴

Hovrätten återberättar skälen för regeringens ställningstagande och anför att

³⁰⁹ En tolkning kan möjligen vara att det har att göra med innehållet i ABS 95 5 kap. 7 § som, om bestämmelsen inte uppfattas som oskälig, utgör ramen för vilka fel som fastighetsägarna kan göra gällande. En annan möjlighet är att hovrätten på ett mer allmänt plan tycker att kraven är att likställa. En tredje möjlighet är att hovrätten utgår från den konkreta tvisten och menar att i just denna är kraven att likställa. Frågan framstår som sagt som oklar.

³¹⁰ HovR i Myresjöhusfallet s. 13.

³¹¹ HovR i Myresjöhusfallet s. 14.

³¹² TR i Myresjöhusfallet s. 73.

³¹³ HovR i Myresjöhusfallet s. 14 och 16.

³¹⁴ HovR i Myresjöhusfallet s. 16.

[e]n komplikation med utvidgningen av felansvaret sammanhänger med regleringen i produktansvarslagen. Produktansvaret är i princip strikt. Det kan dock, som angetts ovan, inte göras gällande mot den som visar att det inte var möjligt att upptäcka säkerhetsbristen på grundval av det vetenskapliga eller tekniska vetandet vid den tidpunkt då produkten sattes i omlopp. Mot bakgrund härav ansågs det kunna uppstå ohanterliga ansvarsförhållanden eftersom det skulle bli nödvändigt att skilja mellan å ena sidan ansvaret för det material som använts – ett ansvar som i viss utsträckning skulle vara begränsat – och å andra sidan ett i princip obegränsat ansvar för själva utförandet av uppdraget.³¹⁵

Hovrätten anger inte vilket krav som skulle gälla istället utan nöjer sig med att varken byggbranschen som helhet eller Myresjöhus specifikt insåg riskerna med konstruktionen och att det inte heller var fråga om en konstruktion som Myresjöhus varit med och utvecklat, varför de inte kunde ställas ansvariga.³¹⁶

Angående att utförandet inte varit fackmässigt menade hovrätten att fastighetsägarna inte förmått visa att Myresjöhus varit vårdslösa i samband med fasadernas färdigställande, varför fel inte heller förelåg på den grunden.³¹⁷ Beträffande att entreprenaderna var felaktiga på grund av att frånvaro av fukt- och mögelskador i fasaderna skulle anses utgöra avtalsinnehåll menar hovrätten att

den som förvärvar ett småhus måste i normala fall, särskilt när det är fråga nybyggda hus, kunna förvänta sig att husen är allmänt funktionsdugliga och inte har några speciella brister som gör dem mindre lämpade till bostäder eller som bereder de boende betydande olägenheter. Husen ska ha vissa s.k. kärnegenskaper och omfattande fukt- och mögelskador är sådant som normalt sett inte ska behöva tolereras.³¹⁸

Dock menade hovrätten att prövningen om en näringsidkare ska kunna åläggas skadeståndsansvar ”i praktiken [blir] densamma som den som hovrätten nyss gjort i fråga om fackmässighet och försummelse”. Hovrätten gjorde därmed bedömningen att frånvaro av fukt- och mögelskador som underförstått avtalsinnehåll saknar självständig betydelse som ansvarsgrund och att köparna därmed inte heller kunde göra gällande att fasaderna var felaktiga utifrån den grunden.³¹⁹

³¹⁵ HovR i Myresjöhusfallet s. 15.

³¹⁶ HovR i Myresjöhusfallet s. 16.

³¹⁷ HovR i Myresjöhusfallet s. 17 f.

³¹⁸ HovR i Myresjöhusfallet s. 16 f.

³¹⁹ HovR i Myresjöhusfallet s. 17.

Målet överklagades till HD och den 13 januari 2014 meddelade HD prövningstillstånd i frågan huruvida fasadkonstruktionen är felaktig.³²⁰

³²⁰ HD mål T 916-13.

6 Rättsekonomi och riskplacering

6.1 Generella teorier om rättsekonomi

6.1.1 Ekonomisk effektivitet

Inom rättsekonomi förutsätts ekonomisk effektivitet vara positivt för samhället.³²¹ Effektivitet handlar förenklat om att inte slösa med resurser och att omsättningen på marknaden ska främjas genom att värdet av produktion, konsumtion och handel maximeras.³²² Inom rättsekonomi anses det vara bäst att i en valsituation välja det alternativ som är mest effektivt.³²³ För att mäta vilket handlingsalternativ som är mest effektivt kan huvudsakligen två olika kriterier användas.³²⁴ Det första sättet är Pareto-kriteriet, namngett efter ekonomen och sociologen Vilfredo Pareto.³²⁵ Kriteriet innebär att ett alternativ är bättre än utgångsläget om alternativet medför att en individ får det bättre utan att en annan individ får det sämre.³²⁶ Ett anknytande tillstånd är Pareto-optimalitet, vilket till skillnad från Pareto-kriteriet inte används för att avgöra om ett handlingsalternativ är bättre än ett annat, utan för att mäta effektivitet på samhällsbasis. Tillståndet är ett ideal och det föreligger när ingen individ kan få det bättre utan att någon annan får det sämre.³²⁷ Det kan uttryckas som att Pareto-optimalitet föreligger när befintliga resurser används på ett sätt som gör att det är omöjligt för en individ att få det bättre utan att samtidigt göra att någon annan individ får det sämre.³²⁸

Det andra sättet att mäta är Kaldor-Hicks-kriteriet, uppkallat efter ekonomerna Nicholas Kaldor och John Hicks.³²⁹ Kriteriet säger, i motsats till Pareto-kriteriet, att det kan vara ekonomiskt effektivt att någon får det sämre, så länge någon annan får det bättre och dennes förbättring överstiger den förstas försämring. Kriteriet är alltså uppfyllt om någon eller några individer får det bättre än vad övriga individer får det sämre. Tanken är att de som får det bättre ska kunna kompensera de som får det sämre, men compensationen är hypotetisk och den som får det bättre behöver rent faktiskt inte utge någon compensation.³³⁰ Kaldor-Hicks-kriteriet fokuserar

³²¹ Bastidas Venegas 2013 s. 176 samt Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 54.

³²² Rehme och Skogh 1994 s. 1162.

³²³ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 54.

³²⁴ Bastidas Venegas 2013 s. 176 samt Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 54.

³²⁵ Skogh och Lane 2000 s. 53.

³²⁶ Cooter och Ulen 2012 s. 14 samt Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 54.

³²⁷ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 55.

³²⁸ Skogh och Lane 2000 s. 53.

³²⁹ Bastidas Venegas 2013 s. 176.

³³⁰ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 56.

alltså på den totala samhällsförbättringen, medan Pareto-kriteriet riktar in sig på ökningen för specifika individer.³³¹

6.1.2 Individernas ökade tillfredsställelse gynnar samhället

Inom nationalekonomin antas transaktioner på den fria marknaden gynna samhället, eftersom frivilliga transaktioner ökar individernas tillfredsställelse.³³² Individernas tillfredsställelse ökar när rättigheter knutna till producerade varor och tjänster förändras, exempelvis att äganderätten till en nyuppförd byggnad övergår från entreprenören till konsumenten. Detta sker utan att något nytt tillkommer, eftersom konsumenten blev mer tillfredsställd av att äga byggnaden än att äga pengarna och entreprenören blev mer tillfredsställd av att äga pengarna än byggnaden.³³³ Då entreprenören förutsätts vara rationell kommer denne att sälja byggnaden för ett pris som överstiger värdet byggnaden har för entreprenören och den lika rationelle köparen kommer inte att betala mer än vad byggnaden är värd för denne. Om entreprenören värderar byggnaden till 2 miljoner och köparen värderar den till 2,4 miljoner kan entreprenören sälja byggnaden för 2,2 miljoner. Skillnaden mellan aktörernas respektive värdering av fastigheten utgör den samhällsvinst som transaktionen för mer sig.³³⁴ Eftersom utgångspunkten är att samhällets totala tillfredsställelse utgörs av summan av alla samhällsmedborgares individuella tillfredsställelse ökar alltså samhällets tillfredsställelse genom transaktionen. Mot bakgrund av det här förstås den fria marknads roll i samhällsekonomin och varför frivilliga förändringar av äganderätten har en viktig funktion.³³⁵

6.1.3 Transaktionskostnader

Transaktioner på marknaden antas alltså vara positivt för samhället. Att få transaktioner att komma till stånd är dock förbundet med kostnader, så kallade transaktionskostnader.³³⁶ Transaktionskostnader utgörs av alla de ansträngningar som krävs för att en transaktion ska komma till stånd, såväl rena pengakostnader som exempelvis tidspillan.³³⁷ En ofta förekommande transaktionskostnad är kostnaden för information. För att en aktör ska kunna

³³¹ Bastidas Venegas 2013 s. 176 samt Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 54.

³³² Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 83.

³³³ Cooter och Ulen 2012 s. 74 samt Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 10.

³³⁴ Dahlman, Glader och Reidhav talar om att vad en individ är beredd att betala för en vara utgör ett mått på individuellt välstånd och att mellanskillnaden mellan vad entreprenören och köparen vill betala utgör den samhälleliga välståndsökningen som transaktionen för med sig, se Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 76 och 79. Cooter och Ulen uttrycker det som att mellanskillnaden utgör *the cooperative surplus*, se Cooter och Ulen 2012 s. 75.

³³⁵ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 10.

³³⁶ Runesson 1996 s. 44 samt Skogh och Lane 2000 s. 58. Runesson anger att begreppet närmast kan liknas vid fysikens friktion, se Runesson 1996 s. 44.

³³⁷ Cooter och Ulen 2012 s. 88, Skogh och Lane 2000 s. 59 samt Werin 1982 s. 51. Jfr Dahlman 2000 s. 43.

maximera sin nytta och tillfredsställa sina preferenser genom ett val måste denne veta vilka alternativ som finns och vad dessa innebär, vilket kräver information. Kostnaden för att anskaffa informationen måste dock vägas mot nyttan av informationen. Om kostnaden är högre än vad aktören får ut av transaktionen gör informationskostnaden att transaktionen förlorar sin samhällsgynnande effekt.³³⁸ För att råda bot på problemet, eller i alla fall lindra det, kan juridiska regler användas för att sänka transaktionskostnaderna.³³⁹ Exempelvis köp som inte kommer till stånd på grund av höga förhandlingskostnader kan möjliggöras tack vare dispositiva köprättsliga regler som anger villkor för transaktioner så att parterna inte behöver förhandla om dessa.³⁴⁰

6.1.4 Coaseteoremet

Inom rättsekonomin är det så kallade Coaseteoremet centralt. Teoremet, uppkallat efter rättsekonomen Ronald Coase, säger att i en fiktiv värld utan transaktionskostnader kommer rättigheter tillfalla den som värderar rättigheten högst, oavsett hur rättsordningen fördelat rättigheterna eller ansvaret mellan parterna. Detta kommer i sin tur att generera ekonomiskt effektiva kontrakt.³⁴¹ Med rättigheter åsyftas en befogenhet som kan överföras från den ena parten till den andra via ett kontrakt och som, om rättigheten överträds eller inte respekteras, kan få rättsliga följder genom att exempelvis skadestånd utdöms.³⁴² Coase tänkte sig en fiktiv värld där det inte fanns några transaktionskostnader och där parterna därför skulle ha möjlighet att förhandla om vad som skulle gälla dem emellan i alla tänkbara situationer.³⁴³ Kontraktet förhandlingarna skulle resultera i skulle vara fullständigt och uttömmande reglera parternas mellanhavanden genom att varje risk var förutsedd och reglerad, alla relevant information kommunicerad och det inte fanns några oklarheter eller luckor.³⁴⁴ Coase själv sa inget om vilka konsekvenser hans teorem skulle föra med sig, men en konsekvens av teoremet kan vara att lagstiftaren och rättstillämparen ska sträva efter att efterlikna den fiktiva världen utan transaktionskostnader. Detta genom att staten definierar rättigheter för att underlätta kontraktbildningen mellan parterna och att lagstiftaren respektive rättstillämparen i situationer när parterna inte reglerat en viss fråga löser frågan utifrån hur parterna själva skulle ha löst den i den fiktiva världen. Rättstillämparen och lagstiftaren ska alltså försöka imitera en värld utan transaktionskostnader.³⁴⁵ Skogh och Lane kallar det kontrakt som parterna skulle sluta i en värld utan transaktionskostnader för *den hypotetiska partsviljan*, något som alltså ska fungera som en utfyllande norm vid

³³⁸ Bastidas Venegas 2013 s. 187, Dahlman 2005 s. 48 samt Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 89 ff.

³³⁹ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 91.

³⁴⁰ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 93.

³⁴¹ Skogh 1983 s. 9 samt Skogh och Lane 2000 s. 223.

³⁴² Skogh 1983 s. 10.

³⁴³ Skogh 1983 s. 12.

³⁴⁴ Cooter och Ulen 2012 s. 292.

³⁴⁵ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 103 f samt Skogh och Lane 2000 s. 224.

tvistelösning. Rättsekonomisk medför ett accepterande av den hypotetiska partsviljan en stor samhällsvinst eftersom parterna inte behöver lägga ner transaktionskostnader på att sluta avtal, rättstillämparen kommer ju ändå agera utifrån vad de skulle ha kommit överens om.³⁴⁶ Domstolen och andra rättighetsfördelande institutioner fungerar alltså som ett alternativ till frivilliga förhandlingar.³⁴⁷

Coaseteoremet kan också förstås *e contrario*. Om en värld utan transaktionskostnader är oberoende av rättsliga institutioner och omfördelning av rättigheter så följer det av samma logik att en i värld där transaktionskostnader förekommer har rättsliga institutioner och omfördelning av rättigheter en avgörande betydelse för att ekonomisk effektivitet ska kunna uppnås.³⁴⁸ Coaseteoremet visar att transaktionskostnader kan göra att ekonomisk effektivitet hindras, varför statlig intervention genom rättsregler kan vara motiverat.³⁴⁹

6.2 Ekonomiskt effektiv riskplacering³⁵⁰

6.2.1 Generellt

När en part drabbas av en skada minskar dennes tillfredsställelse, vilket i sin tur leder till en skada på samhället. Ur ett rättsekonomiskt perspektiv bör skador därför undvikas. Att undvika alla skador är dock inte möjligt och inte heller, vilket behandlas nedan, eftersträvansvärt i alla situationer. Risken för skador är något som måste hanteras i ett kontraktsrättsligt förhållande. Någon av parterna måste alltid bära risken för att ett fel i den avtalade prestationen ska uppstå. En part kan uttryckligen ha tagit på sig en viss risk, men även om så inte är fallet, antingen för att parterna bedömt risken som allt för osannolik för att de ska ha reglerat den eller för att risken varit okänd, måste risken ändå bäras av någon part.³⁵¹ En central del av den rättsekonomiska analysen går ut på att undersöka på vilken aktör en viss risk ska placeras.³⁵² Ur ett samhällsekonomiskt perspektiv bör verksamheter utformas så att de sammanlagda kostnaderna för samhällsekonomin blir så små som möjligt. Om en verksamhet ger upphov till skada blir det en

³⁴⁶ Skogh och Lane 2000 s. 89.

³⁴⁷ Skogh 1983 s. 10.

³⁴⁸ Bakardjieva Engelbrekt 2013 s. 243, Hellner och Radetzki 2010 s. 56 samt Runesson 1996 s. 44.

³⁴⁹ Bastidas Venegas 2013 s. 189 samt Runesson 1996 s. 44.

³⁵⁰ I den följande framställningen kommer möjliga sätt att placera risken på presenteras. I många av de anförda källorna utgår resonemanget från påföljden skadestånd, men så vitt jag förstår kan resonemanget även appliceras beträffande andra påföljder, eftersom det centrala är var risken placeras och skadeståndet endast utgör ekonomisk kompensation vid en infriad risk. Om kompensationen istället sker genom avhjälpande framstår enligt min uppfattning inte som avgörande för resonemangets bärkraft.

³⁵¹ Kihlman 1999 s. 187. Runesson tycks ha en delvis annan uppfattning och menar att någon part måste bära risken alternativt att en prisjusteringsmekanism som får effekt för båda parter används, se Runesson 1996 s. 40.

³⁵² Skogh och Lane 2000 s. 87.

samhällskostnad och den samhälleligt gynnsamma effekten av verksamheten blir mindre. Lagstiftaren bör därför införa regler som får aktörerna att agera utifrån vad som är samhällsekonomiskt mest fördelaktigt.³⁵³ Mot bakgrund av Coaseteoremet och den hypotetiska partsviljan bör den riskfördelning som parterna hade avtalat om i en värld utan transaktionskostnader gälla, eftersom den antas vara ekonomiskt effektiv.³⁵⁴ Inom rättsekonomin är utgångspunkten att risken ska placeras hos den part som den är minst betungande för.³⁵⁵ Vem det är bestäms utifrån vem av parterna som har bäst möjligheter att förebygga risken, parternas inställning till risk samt vem som har möjlighet att teckna en försäkring till lägst kostnad.³⁵⁶ Oavsett vem som bär risken är det av vikt att rättsregler beträffande riskplacering är klara och förutsebara, eftersom det möjliggör att parterna kan agera utifrån riskplaceringen. Dessutom förväntas förutsägbara regler minska antalet rättsprocesser, vilket också är samhällspositivt.³⁵⁷

6.2.2 Möjligheter att förebygga

I en värld utan transaktionskostnader hade parterna själva genom sina obegränsade förhandlingsmöjligheter kommit fram till ett avtal där den som haft bäst möjligheter att förebygga en skada till lägst kostnad också hade gjort det. Motparten hade kompenserat den förebyggande parten för kostnaderna, eftersom detta framstod som billigare även för denne jämfört med att stå i riken att drabbas av en större ekonomisk skada. I enlighet med det ovan anförda om Coaseteoremet bör lagstiftaren och rättstillämparen anamma resonemanget och utforma rättsreglerna om parternas riskplacering i enlighet med den hypotetiska partsviljan. Utgångspunkten i rättsekonomin är därför att om en skada varit möjlig att förebygga bör risken placeras på den part som haft bäst möjligheter att förebygga den till lägst kostnad, vilket överensstämmer men det sagda. Rättsreglerna bör alltså utformas för att föranleda ett förebyggande. Dock, vilket komplicerar situationen, är det inte alla förebyggandekostnader som ska uppmuntras. Endast de åtgärder som medför kostnader som understiger skadans storlek bör förebyggas. Om kostnaderna för att förebygga skadan överstiger skadans storlek är det dyrare att förebygga än att drabbas av skadan, vilket innebär att ekonomiska resurser läggs på något som inte är samhällsekonomiskt motiverat.³⁵⁸ Rättsreglerna ska alltså utformas för att ekonomiskt motiverade förebyggandeåtgärder vidtas.³⁵⁹

Ett sätt att åstadkomma incitament för en part att lägga ner ekonomiskt motiverade kostnader på förebyggande åtgärder är att införa ett

³⁵³ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 106.

³⁵⁴ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 90 samt Skogh och Lane 2000 s. 90.

³⁵⁵ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 129.

³⁵⁶ Skogh och Lane 2000 s. 99.

³⁵⁷ Cooter och Ulen 2012 s. 336 samt Runesson 1996 s. 45.

³⁵⁸ Runesson 1996 s. 74 f.

³⁵⁹ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 114 f.

culpaansvar.³⁶⁰ En inom rättsekonomin vanligt förekommande konstruktion av culpaansvaret är att en aktörs agerande anses vara oaktsamt om den förväntade skadekostnaden på grund av aktörens agerande multiplicerat med risken för skadan överstiger kostnaderna för individen att undvika skadan.³⁶¹ Konstruktionen där förebyggandekostnaderna jämförs med den potentiella skadekostnaden kallas *Learned Hands rule*, efter en amerikansk domare vid namn Learned Hand som i ett utomobligatoriskt skadeståndsmål formulerade den matematiska formeln för att avgöra huruvida ett visst handlande skulle anses vara culpöst eller inte.³⁶² Regeln för om skadevållaren ska kompensera motparten utgår endast från den konkreta situationen och om kostnaderna för att förebygga varit lägre i det specifika fallet. Vad andra aktörer gör eller vilka förebyggandeåtgärder de vidtar är inte relevant.³⁶³ Beroende på skadestorleken och sannolikheten för att risken realiserats kan även stora förebyggandekostnader vara motiverade, oberoende av kontraktsvärdet eller vem den förebyggande parten är.³⁶⁴

Ett problem med Learned Hands formel är att det krävs mycket information för att i efterhand utreda huruvida ett visst agerande som hade kunnat minska skadekostanden borde ha vidtagits från samhällsekonomisk synvinkel.³⁶⁵ Runesson menar dock att formeln likväl kan fungera som analytisk utgångspunkt, i och med att i princip alla beslut fattas under osäkerhet och resultatet av ett beslut därmed i de flesta fall endast är en grov gissning.³⁶⁶

6.2.3 Parternas inställning till risk

Vilken inställning en part har till risker har betydelse för att avgöra vem av avtalsparterna som ska bära en viss risk.³⁶⁷ Beträffande riskinställning kan aktörerna grovt delas in i tre olika grupper: de som har preferens för respektive mot risk samt de som är riskneutrala. Att en individ har preferens mot risk, det ville säga har riskaversion, innebär att denne värderar en säker inkomst på ett visst belopp högre än en osäker inkomst på samma belopp. Den som har preferens för risk gör en motsatt bedömning och värderar den osäkra inkomsten högre än den säkra. Den som är riskneutral har samma inställning till den osäkra och säkra inkomsten, så länge båda utgörs av

³⁶⁰ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 117.

³⁶¹ Konstruktionen har likheter med den i svensk rätt förekommande *fria culpabedömningen*, se ovan avsnitt 3.3.2. Skillnaden konstruktionerna emellan är bland annat att den svenska varianten tillåter att hänsyn tas till den skadevållandes riskinsikt samt att bedömningen inte är lika kategorisk utan att en sammanvägning görs mellan de olika faktorerna i bedömningen, se Hellner och Radetzki 2010 s. 134.

³⁶² Bastidas Venegas 2013 s. 197, Cooter och Ulen 2012 s. 213, Peczenik 2005 s. 257 och Werin 1982 s. 377. Trots att formeln uppkom i ett utomobligatoriskt skadeståndsmål menar Runesson att det inte finns något hinder mot att tillämpa den även i inomobligatoriska förhållanden, se Runesson 1996 s. 77, se även vidare hänvisningar i fotnot 67.

³⁶³ Dahlman 2001 s. 280.

³⁶⁴ Runesson s. 78.

³⁶⁵ Rehme och Skogh 1994 s. 1164.

³⁶⁶ Runesson 1996 s. 77.

³⁶⁷ Cooter och Ulen 2012 s. 238.

samma belopp.³⁶⁸ Vilken inställning en aktör har till risk kan förklaras av huruvida aktören tycker att pengar har avtagande marginalnytta eller inte. Med avtagande marginalnytta menas att en aktör alltid får ökat välmående ju fler tusenlappar denne har i sin sedelbunt, men att den första tusenlappen ger högre välmående än den tionde. Om aktören har den inställningen leder det till att aktören blir riskaversiv eftersom aktören hellre med säkerhet tjänar en tusenlapp än att denne i och för sig får en chans att tjäna två tusenlappar men samtidigt riskerar att förlora båda. Detta eftersom aktören värderar tusenlappen i botten av stapeln högre än den i toppen.³⁶⁹ Aktören föredrar alltså en lägre säker inkomst, än en potentiellt högre men osäker inkomst.³⁷⁰ Om en aktör istället tycker att pengar har ökande marginalnytta ökar dennes välmående för varje tillkommen tusenlapp, varför aktören har preferens för risk. Om inställningen är att nyttan av pengar är konstant, det vill säga att den första tusenlappen ger lika mycket tillfredsställelse som den femte eller den tionde leder det till att aktören är riskneutral. En generalisering är att individer har riskaversion medan företag är riskneutrala.³⁷¹ När en aktör, exempelvis en konsument, har riskaversion innebär det alltså en större olägenhet för denne att bära en risk än vad det gör för en riskneutral motpart, exempelvis en producent av en viss vara. Det i sig medför en samhällsekonomisk nackdel och en högre samhällsekonomisk kostnad.³⁷²

6.2.4 Försäkringsmöjligheter

Om det är samhällsekonomiskt att förebygga en risk bör risken placeras så att detta sker. För en risk som däremot inte är samhällsekonomiskt effektiv att förebygga, och därmed inte utgör ett vårdslöst agerande enligt exempelvis Learned Hands formel, måste ett annat kriterium användas. Inom rättsekonomin förespråkas att riskfördelningen i sådana situationer ska avgöras utifrån vem av parterna som är den bästa försäkringsgivaren.³⁷³ Med den bästa försäkringsgivaren menas den som till lägst kostnad antingen kan teckna en försäkring från ett försäkringsbolag eller genom självförsäkring sprida risken över ett stort kundkollektiv.³⁷⁴

³⁶⁸ Cooter och Ulen 2012 s. 45 f.

³⁶⁹ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 35 f.

³⁷⁰ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 36 och 135.

³⁷¹ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 35 f. Att bolag anses vara riskneutrala är ett förenklat antagande. Börsnoterade bolag som eftersträvar vinstmaximering och har ett stort ägarkollektiv som endast riskerar att förlora det de betalat för sina aktier är förmodligen riskneutralt, medan ett onoterat bolag eller ett med ett fåtal kontrollaktieägare antagligen är riskaversivt, se Runesson 1996 s. 87.

³⁷² Dahlman 2001 s. 285.

³⁷³ Se bland andra Cooter och Ulen 2012 s. 236 ff, Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 139 f, Hellner och Radetzki 2010 s. 57 samt Runesson 1996 s. 60 och 88 ff.

³⁷⁴ Cooter och Ulen 2012 s. 47, Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 139 samt Skogh och Lane 2000 s. 96. Huruvida risken ska placeras efter försäkringsmöjligheterna först *efter* att det har konstaterats att förebyggande åtgärder inte kan ske eller inte är ekonomiskt motiverat tycks dock inte vara helt självklart, se Runesson 1996 s. 63 med vidare hänvisning. Om risken skulle placeras hos den som har lägst kostnad för att teckna

Om en aktör har riskaversion, exempelvis en konsument, kommer denne i enlighet med resonemanget ovan vara villig att betala för att undvika en risk. Att så är fallet förklarar varför det finns en utbredd marknad för försäkringar.³⁷⁵ Den riskaversiva aktören betalar hellre en fast premie än bär en stor risk, något ett försäkringsbolag däremot inte motsätter sig så länge de får ekonomisk kompensation för riskbärandet.³⁷⁶ Försäkringspremien är uträknad för att ge vinst till försäkringsbolaget, men eftersom försäkringstagaren har riskaversion ”tjänar” denne ändå på att teckna försäkringen då denne slipper bära en osäker risk.³⁷⁷ Att försäkringsbolagen är villiga att påta sig risker förklaras av *de stora talens lag*. Lagen innebär att för individen oförutsebara risker blir förutsebara när det handlar om stora grupper av individer.³⁷⁸ För försäkringstagaren är risken att huset ska brinna ner oförutsebar, men för försäkringsbolaget är risken förutsebar eftersom de kan räkna ut hur många individer ur försäkringskollektivet som kan förväntas drabbas av en brand. För försäkringsbolaget utgör det alltså ingen oförutsebar risk.³⁷⁹ På liknande sätt fungerar också självförsäkringar.³⁸⁰ Om en säljare har ett stort antal kunder kan säljaren bära risker och sen kompensera risktagandet med att ta något högre pris från alla kunder. En kund vet inte om just dennes vara kommer vara felaktig, men en säljare kan räkna ut hur stor del av de sålda varorna som förväntas vara felaktiga. Näringsidkaren kan därefter kvantifiera risken och påta sig denna, i utbyte mot en liten ekonomisk kompensation från varje kund som totalt motsvarar vad risken förväntas kosta näringsidkaren. Om kunderna är konsumenter kan de antas ha riskaversion, varför de inte motsätter sig att betala ett något högre i pris i utbyte mot att de slipper bära risken.³⁸¹ Trots att priset säljaren tar ut blir högre föredrar köparen att använda tusenlappen i toppen av stapeln till att slippa en risk, än att denne riskerar att förlora hela stapeln om risken infrias.³⁸²

Om båda parter har riskaversion, exempelvis för att både köpare och säljare är privatpersoner eller att säljaren är en enskild näringsidkare med endast ett fåtal kunder, är det inte möjligt med självförsäkring. Istället blir det avgörande vilken part som kan teckna en extern försäkring till lägst kostnad. Med kostnad åsyftas inte bara själva försäkringspremien utan alla transaktionskostnader inkluderas, exempelvis kostnaden för att ta reda på vilka risker som finns att försäkra sig mot. Kostnaden för att förstå vilka risker som finns är många gånger mindre för den skadevållande än den

försäkring gör det att motparten inte har några incitament att förebygga de skador som varit ekonomiskt försvarbara att förebygga, se Runesson 1996 s. 60.

³⁷⁵ Cooter och Ulen 2012 s. 47 samt Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 37 och 136.

³⁷⁶ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 37 f och 136 f.

³⁷⁷ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 136.

³⁷⁸ Cooter och Ulen 2012 s. 47.

³⁷⁹ Cooter och Ulen 2012 s. 47 samt Skogh 2005.

³⁸⁰ Runesson tycks vara kritisk till att externa försäkringsmöjligheter ska vara utslagsgivande beträffande riskplaceringen och att denna istället ska styras utifrån möjligheterna till självförsäkring genom riskspridning, se Runesson 1996 s. 86.

³⁸¹ Runesson 1996 s. 60.

³⁸² Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 138.

skadelidande, eftersom den skadevållande normalt har bättre kännedom om den skadeorsakande verksamheten.³⁸³ Ett alternativ till att ta reda på vilka specifika risker som finns med en verksamhet är att teckna en mer generell försäkring som omfattar ett stort antal risker. Att teckna en sådan generell försäkring, exempelvis en hemförsäkring istället för en specifik brandförsäkring, kostar förmodligen lika mycket för skadevållaren och skadelidande. En sådan försäkring medför dock normalt en högre premie jämfört med om en mindre generell försäkring tecknas på samma villkor, varför det även i den situationen normalt är motiverat att skadevållande tecknar en mer specifik försäkring eftersom det kan ske till en lägre kostnad.³⁸⁴

Riskplaceringen i fall där det inte är ekonomiskt motiverat att förebygga bör alltså ske utifrån möjligheterna att antingen självförsäkra eller utifrån den som kan teckna en försäkring till lägst kostnad. Hur ska då lagstiftaren och rättstillämparen göra för att genomdriva riskfördelningen och få parterna att fördela riskerna efter vad som är mest effektivt? En lösning är att införa ett strikt ansvar. Ett strikt ansvar innebär att en aktör bär risken oavsett om denne varit oaktsamhet eller inte.³⁸⁵ Ansvaret fungera som ett incitament för den skadevållande att vidta åtgärder. Om skadevållaren är rationell, vilket denne förutsätta vara, kommer förebyggande åtgärder vidtas upp till den nivå det är ekonomiskt motiverat, därefter kommer skadevållaren beroende på förutsättningarna teckna en försäkring eller självförsäkra sig för att täcka den resterande risken.³⁸⁶

En inskränkning av det strikta ansvaret är motiverat i fall där den skadelidande haft möjlighet att förebygga skadan till ett pris som understiger skadans kostnad. Det motiverar att regler om exempelvis jämkning och skyldighet att begränsa sin skada finns.³⁸⁷

³⁸³ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 139 f.

³⁸⁴ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 140 samt Werin 1982 s. 393.

³⁸⁵ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 138 samt Werin 1982 s. 383.

³⁸⁶ Werin 1982 s. 395.

³⁸⁷ Dahlman, Glader och Reidhav 2004 s. 125 f samt Werin 1982 s. 387.

7 Analys och diskussion

7.1 Utgör skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner ett fel enligt JB respektive KtjL och vilka påföljder kan i så fall aktualiseras?

7.1.1 Felansvaret enligt JB

7.1.1.1 Konkret fel

Om parterna avtalat om en normalt fungerande fasad och en fasad med enstegstätad fasadkonstruktion inte är normalt fungerande föreligger ett konkret fel. Även i situationer när parterna inte uttryckligen avtalat om en normalt fungerande fasad kan det dock möjligen ses som underförstått att fasaden inte ska läcka in vatten och orsaka fuktskador. En parallell kan dras till NJA 1978 s. 307 i vilket köparna tillerkändes skadestånd på grund av fuktskador, då huset ansågs sakna en kärnegenskap. Om omfattande vattensskador kan leda till skadestånd, trots att orsaken till felet aldrig varit på tal mellan parterna, kan omfattande vattensskador möjligen även ses som en avvikelse från det underförstådda avtalsinnehållet. Argumentet om underförstått avtalsinnehåll framstår som närliggande till vad köparen har fog att förutsätta.

7.1.1.2 Abstrakt fel

Om den överlåtna fastigheten inte stämmer överens med vad köparen har fog att förvänta av den föreligger ett abstrakt fel. Vad köparen har fog att förvänta skiljer sig åt beroende på vilken typ av fastighet det rör sig om och i vilket skick den är. Bedömningen ska göras utifrån en normal köpare.

Initialt kan sägas att en köpare som idag förvärvar en fastighet med en byggnad som har en enstegstätad fasadkonstruktion förmodligen inte kan nå framgång med en talan om att skador på grund av fasaden utgör ett abstrakt fel. Detta eftersom det kan antas vara så pass allmänt känt att fasaderna utgör en riskkonstruktion att köparen inte har fog att förvänta sig att enstegstätade fasader ska vara felfria. Det sagda ligger i linje med HD:s uttalanden i NJA 1986 s. 670 I om att felet inte är dolt om orsaken till det är allmänt känt.³⁸⁸ Resonemanget nedan är alltså främst tillämpligt på fall där överlåtelsen skedde innan det blev allmänt känt att den enstegstätade fasadkonstruktioner utgör en riskkonstruktion.

I ovan presenterade NJA 1975 s. 545 och NJA 1984 s. 3 ansågs säljarna ansvariga för skador på grund av omfattande fukt- och mögelskador i de

³⁸⁸ Se ovan avsnitt 3.1.4.3.

överlåtna fastigheterna. Målen rörde dock skador orsakade av felmonteringar eller liknande, vilket möjligen begränsar deras värde i förhållande till enstegstätade fasadkonstruktioner. I NJA 1983 s. 865 tycks fuktskadorna inte ha sin grund i en felmontering men likväl ansågs fastigheten vara felaktig. I NJA 1978 s. 307 rörde det sig om en nyuppförd byggnad, vilket kan anföras som stöd för att bedömningen påverkas av byggnadens ålder. Att så är fallet ter sig naturligt då en normal köpare borde förstå att en byggnad påverkas av såväl användning som yttre förhållanden, vilket medför att de befogade förväntningarna sänks ju äldre byggnaden är. Även hovrättens uttalanden i refererade RH 1979:82 talar för samma slutsats.³⁸⁹

Jag uppfattar rättsläget som att säljaren ansvarar för skador på grund av fukt- eller mögel i fall där byggnaden är så pass ny att åldern inte ger köparen fog att förutsätta något annat och under förutsättning att felet inte ligger inom undersökningsplikten. I förhållande till enstegstätade fasadkonstruktioner torde det innebära att säljaren ansvarar i de fall där det rör sig om omfattande fuktskador, eftersom köparen inte har fog att förutsätta dessa. Tolkningen får stöd i ovan presenterade förarbets- och doktrinuttalanden om att köparen har fog att förutsätta att byggnaden är lämplig och fullt brukbar för det avsedda ändamålet.³⁹⁰ I och med omfattning på skadorna som kan uppkomma till följd av enstegstätade fasadkonstruktioner är det troligt att många byggnader inte kan anses fullt brukbara för det avsedda ändamålet. Ändamålet med en bostadsfastighet får antas vara att människor ska kunna bo i den varför fuktskador, vilka är potentiellt hälsofarliga, utgör ett hinder mot ändamålet.

En parallell kan dras till nämnda RH 2013:5 i vilket hovrätten menade att sådana villkor som är av betydelse för en specifik fastighetsköpare, men som inte kan antas vara av intresse för det stora flertalet köpare, måste vara skriftliga för att tillmätas betydelse.³⁹¹ Huruvida rättsfallet kan förstås *e contrario* är oklart, men om så är fallet säger det att ett villkor som är av betydelse för det stora flertalet köpare inte behöver vara skriftligt. Det hela bekräftar att bedömningen ska ske utifrån köparens befogade förväntningar och att det är en genomsnittlig köpare som ska utgöra utgångspunkten. Som ovan angetts skriver hovrätten i Myresjöhusfallet att de som förvärvar ett småhus, i synnerhet ett nyuppfört, i de flesta fall kan förvänta sig att huset är allmänt funktionsdugligt och inte har några särskilda brister, särskilt inte när det är fråga om betydande olägenheter.³⁹² Uttalandet kan uppfattas som att hovrätten menar att en normalt fungerande fasad är något de flesta köparna, åtminstone av relativt nyuppförda byggnader, har fog att förvänta sig varför det inte behöver vara inskrivet i köpehandlingarna att så ska vara fallet.

³⁸⁹ Se ovan avsnitt 3.1.4.2.

³⁹⁰ Se ovan avsnitt 3.1.4.

³⁹¹ Se ovan avsnitt 3.1.4.

³⁹² Se ovan avsnitt 5.2. Avgörandet rör som bekant konsumententreprenader och inte fastighetsöverlåtelser, men min uppfattning är att det likväl kan det fungera som illustration av tankgången.

Sammanfattningsvis är alltså min uppfattning att det finns skäl att uppfatta gällande rätt som att fuktskador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner ligger inom säljarens felansvar.

7.1.1.3 Modifierat felansvar på grund av byggnormer?

Något som möjligen ändrar det sagda är ovan presenterad rättspraxis om det i HD eventuellt modifierade felansvaret när orsaken till felet var förenlig med vid tiden för uppförandet gällande byggnorm. Som jag tidigare påpekat ligger frågan om enstegstätade fasadkonstruktioner var i enlighet med tidigare byggnormer utanför framställningen, varför någon säker slutsats om utfallet inte kan dras. I sammanhanget kan det vara relevant att notera att hovrätten i Jordabalksfallet överhuvudtaget inte berörde frågan om byggnormen utan endast resonerade kring köparens befogade förväntningar.³⁹³ Huruvida det var för att hovrätten inte fann byggnormen relevant, om domstolen gjorde bedömningen att fasaderna inte var i enlighet med den eller om det berodde på parternas processföring framkommer inte.³⁹⁴

Frågan om byggnormernas betydelse har alltså varit föremål för prövning i HD vid två tillfällen, med två olika utfall. I NJA 1997 s. 290 ansågs en köpare berättigad till ersättning trots att orsaken till skadorna var i enlighet med vid tiden för uppförandet gällande byggnorm. Utfallet motiverades med att felbegreppet i JB inte är en sanktion mot vårdslöst handlande, utan att det berättigar köparen till ersättning när fastigheten inte motsvarar dennes befogade förväntningar. I NJA 2010 s. 286 menade HD att fuktskador i en fastighet inte utgjorde ett fel enligt JB 4 kap. 19 § eftersom köparen endast haft fog att förutsätta att byggnaden var uppförd i enlighet med för tiden för uppförandet gällande byggnorm, inget annat. Det förra målet rörde en konsument som förvärvade ett nybyggt hus, i det senare var köparen ett bolag och byggnaden omkring tjugo år gammal. I domskälen till NJA 2010 s. 286 tar HD upp att NJA 1997 s. 290 samt NJA 1986 s. 670 I om radon och menar att rättsfallen medför att byggnormen inte alltid ska konstituera de befogade förväntningarna, utan att andra omständigheter också kan tillmätas relevans. HD är dock otydliga med vilka andra omständigheter det skulle kunna röra sig om. Som ovan nämnts finns olika uppfattningar i doktrin om vilken betydelse byggnormen har.³⁹⁵

En skillnad mellan 1997 och 2010 års fall var att byggnaden i det senare var tjugo år gammal medan byggnaden i det förra var nybyggd. HD nämner byggnadens ålder i båda fallen men är otydliga kring vilken betydelse åldern tillmäts i bedömningen. Som redan nämnts har HD i andra fall lagt vikt vid

³⁹³ Se ovan avsnitt 5.1.

³⁹⁴ Varken hovrätten eller tingsrätten går in på frågan i sina domskäl. I tingsrätten anges dock att prövningen i målet främst rör ”huruvida [köparna] har visat att fel förelåg vid tidpunkten för köpet.”, se TR i Jordabalksfallet s. 16. Säljaren anförde dock i sin utveckling av talan att ”[b]ostadshuset uppfördes 1999 enligt dåvarande normer. Fasadtypen var typgodkänd vid tidpunkten men är numera bedömd som en riskkonstruktion.”, se TR i Jordabalksfallet s. 8.

³⁹⁵ Se ovan avsnitt 3.1.4.3.

byggandens ålder för att bestämma köparens befogade förväntningar, vilket kan tala för att åldern även ska tillmätas betydelse i fall gällande byggnormen. Mot det talar hovrättens uttalanden i det refererade RH 1979:82, där en köpare av en äldre byggnad ansågs ha att räkna med dolda bristfälligheter av skilda slag, särskilt när dessa var en följd av förslitning på grund av *normal användning eller yttre förhållanden*.³⁹⁶ Olämpliga byggnormer kan knappast anses hänförliga till varken normal användning eller yttre förhållanden, utan snarare senare tillkommen kunskap eller dylikt, vilket talar för att åldern inte ska tillmätas betydelse. Vidare framstår det som ologiskt att det ska spela roll hur lång tid det tar innan skadorna på grund av den olämpliga byggnormen visar sig, vilket tycks bli den praktiska konsekvensen av att tillmäta åldern betydelse. Om byggnadens ålder tillåts ha betydelse i fråga om byggnormer skulle en köpare av ett nybyggt hus där skador på grund av byggnormen visade sig kort tid efter överlåtelsen ha större möjligheter att nå framgång än en köpare av en byggnad vars byggnormsrelaterade skador visade sig först exempelvis tjugo år efter överlåtelsen. Samtidigt kan fuktskador i en äldre byggnad inte anses falla inom ramen för säljarens felansvar, eftersom köparen inte har fog att förutsätta ett hus fritt från fuktskador redan på grund av byggandens ålder enligt resonemanget ovan. Att en felaktig byggnorm skulle ändra på det framstår som märkligt och i NJA 2010 s. 286 kom som bekant HD fram till att säljaren inte skulle ansvara i en sådan situation. Domskälen i målet lämnar dock en del att önska i fråga om klarhet. HD skriver att köparen endast hade fog att förutsätta att bygganden var uppförd i enlighet med tiden för uppförandet gällande byggnorm och att golvkonstruktionen ”inte heller av någon annan anledning” utgjort en avvikelse från köparens befogade förväntningar. Vad en sådana annan anledning skulle vara är oklart.

Mot bakgrund av Gräns resonemang om problematiken kring att tillmäta andra källor än rättskällor betydelse i rättsprövningen kan viss försiktighet efterfrågas i sammanhanget.³⁹⁷ Att i allt för stor utsträckning låta källor som inte utgör traditionella rättskällor bestämma utfallet kan göra att domstolens bedömning endast blir skenmässig. Särskilt problematiskt blir det när det framstår som aningen oklart vad HD faktiskt menar utgör en byggnorm eller dylikt. I NJA 1997 s. 290 skriver HD att ”[d]en som yrkesmässigt bygger hus får normalt anses handla med tillbörlig aktsamhet om han följer de allmänna normer för byggande som gäller och även i övrigt utför arbetet på *ett fackmannamässigt sätt*” (min kursivering).³⁹⁸ I NJA 2010 s. 286 skriver HD att det ligger nära till hands att knyta bedömningen om en byggnads konstruktion är felaktig till

byggnormen eller motsvarande riktlinjer (numera Boverkets byggregler och konstruktionsregler, BBR och BKR) och till vad som anses vara *fackmannamässigt*. Byggreglerna, som utfärdas av myndighet med stöd av författning och är allmänt tillgängliga, kan ses som en objektiv måttstock på vad som är

³⁹⁶ Se ovan avsnitt 3.1.4.2.

³⁹⁷ Se ovan avsnitt 3.1.4.3.

³⁹⁸ NJA 1997 s. 290.

befogat att förvänta, även om varje avsteg inte behöver innebära att det föreligger ett abstrakt fel i det särskilda fallet. Att beakta är också att byggreglerna i allt större utsträckning har fått karaktären av funktionskrav och att funktionen kan åstadkommas på olika sätt. Byggreglerna måste därför ses i ljuset av vad som kan anses vara en *vedertagen och accepterad uttolkning och tillämpning av dem*.³⁹⁹ (min kursivering)

Av myndighet utfärdade föreskrifter innebär förhoppningsvis att metoderna som finns beskrivna i dem har genomgått tillbörlig kvalitetssäkring. Men HD menar inte att endast sådana normer ska vara vägledande, utan att även allmänna normer, fackmässigt utförande och vedertagen och accepterad uttolkning och tillämpning av funktionskrav ska fungera på samma sätt. HD skriver dock inte vad som utgör en allmän norm, vad som får betraktas som ett fackmässigt utförande eller vems tolkning som ska ges företräde om byggnormen är oklar. Som jag kommer återkomma till längre fram i analysen framstår det utifrån det undersökta problemet med enstegstätade fasadkonstruktionen som att kvalitetskontrollen beträffande byggmetoder som förekommer i branschen inte alltid är tillfredställande, vilket blir problematiskt om vad som exempelvis anses vara fackmässigt tillmätts stor betydelse i felbedömningen. Som jag ser det finns det en risk att lagtextens centrering kring köparens befogade förväntningar förväxlas mot vad som anses vara god byggpraxis inom branschen. Min åsikt är därför att byggnormer möjligen kan tillmätas betydelse i bedömningen om köparens befogade förväntningar, men att det jag kallar branschregler eller liknande inte ska göras det. Läsaren bör dock vara observant på att det är min åsikt och att HD genom sina uttalanden ger uttryck för en annan, om än i delar något oklar, uppfattning.

Ovan har undersökningspliktens roll i felbedömningen presenterats.⁴⁰⁰ I Jordabalksfallet var det vitsordat att felet var dolt varför frågan aldrig prövades av hovrätten. I rapporter från SP skriver författarna dock att många av de otätheter som gett upphov till fuktskador var möjliga att upptäcka vid en undersökning. SP tror att en förklaring till att de likväl inte upptäcktes var att kunskap om problemet saknades.⁴⁰¹ Mot bakgrund av att undersökningsplikten i JB ska utgå från en kunnig lekman torde det vara uteslutet att generellt betrakta otätheterna på fasaderna som något som borde ha upptäckts av köparen, då denne inte kan förväntas ha mer kunskaper än en fackman på området.

7.1.1.4 Sammanfattning av rättsläget

Sammanfattningsvis framstår rättsläget som oklart, men det finns skäl som talar för att en köpare kan få ersättning för skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner, om dessa skedde innan riskerna med konstruktionen

³⁹⁹ NJA 2010 s. 286.

⁴⁰⁰ Se ovan avsnitt 3.2.

⁴⁰¹ Se ovan avsnitt 3.2.2.

blev allmänt kända. Möjligen kan ett resonemang om att en normalt fungerande fasad måste vara underförstått avtalsinnehåll mellan parterna och att en avvikelse däriifrån därmed skulle utgöra ett konkret fel föras. Mer troligt är att ett abstrakt fel föreligger då en fasad som ger upphov till fukt- och mögelskador kan sägas avvika från köparens befogade förväntningar. Byggandens ålder vid överlåtelsefallet påverkar bedömningen eftersom en köpare inte har fog att förvänta att ett äldre hus ska vara mögelfritt, men så länge byggnaden var förhållandevis nybyggd vid överlåtelsen torde säljaren ansvara. Om fasadkonstruktionen var förenlig med för tiden för uppförandet gällande byggnorm, branschregler eller i övrigt ansågs fackmässig är det möjligt att felansvar modifieras utifrån NJA 2010 s. 286. Hur rättsfallet ska tolkas och om byggnormen eller dylikt alltid ska trumfa andra förväntningar framstår dock som oklart, men möjligheten kan inte uteslutas.

7.1.1.5 Möjliga påföljder

Om en enstegstätade fasad anses vara ett sådant fel som säljaren ska svara för blir frågan vilken eller vilka påföljder köparen kan kräva. Som ovan redovisats är påföljderna som står till buds prisavdrag, hävning samt i vissa fall skadestånd.⁴⁰² Hävning kan aktualiseras i de fall där skadan är av väsentlig betydelse för köparen, vilket Grauers menar att exempelvis kraftiga rötskador kan vara.⁴⁰³ Utifrån det torde skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner kunna utgöra grund för hävning. Resonemangets bärkraft inskränks dock i och med att hävningsrätten är begränsad till att endast omfatta fel som köparen väcker talan om inom ett år från tillträdet, såvida säljaren inte agerat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Huruvida så är fallet måste givetvis avgöras från fall till fall, men generellt gör begränsningen beträffande hävningsrätten att möjligheterna för köparen att häva torde vara små. Istället tycks prisavdrag vara den påföljd som står köparen till buds. Prisavdraget ska beräknas enligt 4 kap. 19 c §.⁴⁰⁴

I JB 4 kap. 19 § 1 st. 2 men. anges att köparen i vissa situationer i tillägg till övriga påföljder kan ha rätt till skadestånd, antingen när säljaren varit försumlig eller när fastigheten avviker från vad säljaren får anses ha utfäst. Beträffande försumlighetsbedömningen finns lite olika skolor för hur den ska göras, men gemensamt för alla är att vårdslöshet måste föreligga på säljarens sida.⁴⁰⁵ Om säljaren av en byggnad med enstegstätad fasadkonstruktion inte varit medveten om konstruktionens olämplighet och inte heller borde ha varit det finns det i normalfallet förmodligen ingen grund för att anse att denne varit försumlig, varför skadestånd på den grunden torde vara svårt att argumentera för. En argumentation om skadestånd på grund av avvikelse från en kärnegenskap torde istället vara enklare att föra. I rättsfallet NJA 1978 s. 307 tillerkändes köparna av en byggnad som senare drabbades av omfattande fukt- och mögelskador

⁴⁰² Se ovan avsnitt 3.3.1 och 3.3.2.

⁴⁰³ Se ovan avsnitt 3.3.1.

⁴⁰⁴ Se ovan avsnitt 3.3.1.

⁴⁰⁵ Se ovan avsnitt 3.3.2.

ersättning. Sakomständigheterna i det fallet har tillsynes likheter med skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner, varför domstolens resonemang i fallet torde öppna för en möjlighet även beträffande enstegstätade fasadkonstruktioner.⁴⁰⁶

7.1.2 Felansvaret enligt KtjL

7.1.2.1 Resultatansvar och avvikelse från parternas avtal

Felbedömningen enligt KtjL utgår från resultatet av den utförda tjänsten och att resultatet ska vara på ett visst sätt. Resultatet ska anses felaktigt om det enligt KtjL 9 § avviker från vad parterna avtalat, vad konsumenten har rätt att kräva enligt 4 § eller från vissa säkerhetsföreskrifter. Johansson tycks åtminstone delvis lägga felbedömningen på en mer generell nivå, genom att han menar att resultatet är felaktigt om det inte motsvarar vad konsumenten har rätt att kräva.⁴⁰⁷ Hans sätt att resonera avviker från den uttryckliga utformningen i KtjL och för närmast tankarna till felansvaret i JB. Att föra ett mer allmänt resonemang om huruvida resultatet av en tjänst är felaktigt får dock stöd i ovan nämnda förarbeten där det anges att tjänsten ska leda till det avtalade resultatet eller det resultat som konsumenten haft anledning att räkna med.⁴⁰⁸

I förarbetena anges att ändamålet med tjänsten får betydelse för att utröna vad resultatet ska vara.⁴⁰⁹ Ändamålet med en konsumententreprenad får typiskt sett antas vara att konsumenten ska bo i byggnaden och kunna ha ett normalt fungerande liv där. Att huset är beklätt med en konstruktion som släpper in fukt som orsakar potentiellt hälsovådliga skador måste därför i någon mån anses vara i strid med ändamålet för tjänsten. Därtill kommer att det kan krävas stora ingrepp i bygganden för att byta ut en felaktig fasad, vilket kan göra att konsumenten inte kan bo i byggnaden under en viss tid. I sådana situationer torde ändamålet med tjänsten kunna anses förfelat. Samtidigt, i fall där skadorna inte är så omfattande, är det inte uteslutet att konsumenten kan leva ett normalt liv i huset och inte alls bli särskilt påverkad av varken hälsoproblem eller olägenheter i samband med avhjälpandet. I sådana fall torde ändamålet med tjänsten inte vara förfelat utifrån den grunden. Ovan har nämnts att ett krav på resultatet är att det ska ha normal hållbarhet.⁴¹⁰ Mot bakgrund av att normalt underhållna byggnader kan förväntas hålla i många år kan en fasad som redan kort tid efter uppförandet släpper in fukt som orsakar fuktskador inte anses ha normal hållbarhet.

⁴⁰⁶ Se ovan avsnitt 3.3.2.

⁴⁰⁷ Se ovan avsnitt 4.2.

⁴⁰⁸ Se ovan avsnitt 4.2.

⁴⁰⁹ Se ovan avsnitt 4.2.

⁴¹⁰ Se ovan avsnitt 4.2.

Som ovan anförts är det vid bedömningen om resultatet är felaktigt centralt att utröna vad som har avtalats ifråga om resultatet. I KtjL 9 § 1 st. 3 p. anges att tjänsten är felaktigt utförd om den avviker från vad som *får anses* avtalat. Skrivelsen visar tydligt att det inte endast är fråga om skriftligt avtalsinnehåll utan att även muntliga och underförstådda uppgifter eller villkor kan bestämma vad resultatet ska vara.

I Myresjöfallet hävdade fastighetsägarna att det var avtalat mellan parterna att fasaderna skulle vara fukt- och mögelfria.⁴¹¹ Som nämnts gav hovrätten inte konsumenterna rätt med följande motivering.

Den som förvärvar ett småhus måste i normala fall, särskilt när det är fråga om nybyggda hus, kunna förvänta sig att husen är allmänt funktionsdugliga och inte har några speciella brister som gör dem mindre lämpade till bostäder eller som bereder de boende betydande olägenheter. Husen ska ha vissa s.k. kärnegenskaper och omfattande fukt- och mögelskador är sådant som normalt sett inte ska behöva tolereras. Fråga är om en näringsidkare ska kunna åläggas skadeståndsansvar när det finns brister rörande kärnegenskaperna. Den prövningen blir i praktiken densamma som den som hovrätten nyss gjort i fråga om fackmässighet och försummelse och denna grund för fastighetsägarnas talan saknar därför självständig betydelse.⁴¹²

Hovrättens tycks mena att husen i och för sig kan anses avvika från det resultat konsumenten har anledning att förvänta, men att avvikelserna inte utgör ett fel eftersom de inte utgör ett avsteg från ett fackmässigt utförande av tjänsten. Intrycket blir att hovrätten inte betraktar avtalsinnehåll som någon självständig felgrund.⁴¹³ Att hovrätten avgjorde tvisten utifrån ABS 95 och inte KtjL kan möjligen förklaras av hovrättens synsätt. Som precis nämnts anges det i KtjL att tjänsten är felaktig om den avviker från vad som *får anses* avtalat, medan ABS 95 talar om vad som *har* avtalats.⁴¹⁴ Möjligen innebär det att vad som är underförstått mellan parterna endast får betydelse i KtjL men inte i ABS 95. Å andra sidan skriver hovrätten att underförstådda villkor hade kunnat tillmätas betydelse i Myresjöhusfallet, under förutsättning att utförandet inte var förenligt med kravet på fackmässighet. Mot bakgrund av det tycks underförstått avtalsinnehåll kunna omfattas av vad som *har* avtalats.

⁴¹¹ Se ovan avsnitt 5.2.

⁴¹² HovR i Myresjöhusfallet s. 16 f, se ovan avsnitt 5.2.

⁴¹³ Därtill framstår hovrättens resonemang om skadestånd på grund av avsaknad av en kärnegenkap som märkligt i sammanhanget. Detta eftersom KtjL förmodligen inte innehåller en motsvarighet till kärnegenkapsansvaret i JB eftersom JB 4 kap. 19 § 1 st. 2 men. talar om vad säljaren *får anses utfäst* medan KtjL 31 § 3 st. 2 men. talar om vad säljaren *särskilt har utfäst*, se ovan avsnitt 3.3.2 och 4.3.2. Därtill handlade inte fastighetsägarnas grund, så som jag uppfattar den, om skadestånd på grund av en brist i en kärnegenkap utan att avtalet mellan parterna skulle anses omfatta fungerande fasader, se ovan avsnitt 5.2.

⁴¹⁴ Se ovan avsnitt 5.2.

Ett resonemang liknande hovrättens i Myresjöhusfallet är enligt min uppfattning felaktigt att föra utifrån KtjL. I förarbetena anges uttryckligen att bland annat kravet på fackmässighet utgör ett minimikrav för resultatet av tjänsten, vilket innebär att parternas avtal mycket väl kan innehålla underförstådda krav som går utöver vad som är fackmässig standard.⁴¹⁵ Om kravet anses utgöra innehåll i parternas avtal är tjänsten felaktig enligt 9 § 1 st. 2 p., oavsett om tjänsten är fackmässigt utförd. Mot bakgrund av att hovrätten prövade tvisten utifrån ABS 95 och inte KtjL framstår det dock som förhastat att påstå att hovrättens resonemang är felaktigt. Till stöd för hovrättens resonemang kan förarbetsuttalandet om att fackmässighet utgör en utfyllande norm vid avtalstolkningen anföras.⁴¹⁶ För att fackmässigheten överhuvudtaget ska behöva användas som norm krävs dock att avtalsinnehållet är oklart och mot bakgrund av att hovrätten skriver att en i princip fungerande fasad är av vikt för de flesta köparna samt att den utgör en kärnegenskap talar möjligen för att avtalsinnehållet inte är så pass oklart att det behöver tolkas, varför fackmässigheten inte borde spela någon roll.

Min uppfattning är att enstegstätade fasadkonstruktioner i många fall utgör ett fel enligt KtjL eftersom en felfri fasad måste antas utgöra underförstått avtalsinnehåll. För såväl konsumenten som entreprenaden måste det ha varit en förutsättning för tjänsten att resultatet skulle vara en fasad som står emot vatten och inte orsaka fukt- eller mögelskador. Ovan har ett förarbetsuttalande presenterats där departementschefen i samband med diskussionen om skadeståndsansvaret i KtjL skrev följande.

Även om näringsidkaren kan visa att ett fel beror på en materialdefekt som inte ens bort märkas av honom eller hans medhjälpare, är näringsidkaren i regel skyldig att utan kostnad för konsumenten avhjälpa felet och kan han vidare få finna sig i prisavdrag eller hävning.⁴¹⁷

Att departementschefen tycks utgå från att resultatansvaret i KtjL omfattar även dolda brister är i sammanhanget intressant. Skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner utgör i och för sig ingen dold brist i materialet, men kan se som en dold brist i byggtekniken. Att göra en åtskillnad mellan en byggteknik och ett byggmaterial framstår i sammanhanget inte som relevant, varför departementschefens resonemang torde kunna tillämpas även beträffande byggtekniker.⁴¹⁸ Departementschefens uttalande talar alltså för att näringsidkaren ska ansvara

⁴¹⁵ Se ovan avsnitt 4.2.4.2.

⁴¹⁶ Se ovan avsnitt 4.2.4.2.

⁴¹⁷ Prop. 1984/85:110 s. 269, se ovan avsnitt 4.2.

⁴¹⁸ Möjligen kan produktansvaret i PAL delvis motivera en åtskillnad, då en näringsidkare i vissa fall skulle ha möjligheter att via regressrätten i PAL 11 § få ersättningen från tillverkaren av ett byggmaterial för ersättning näringsidkaren betalat ut till en konsument för en produktskada. Någon motsvarande regressrätt föreligger inte för produktskador orsakade av en byggteknik, eftersom PAL endast omfattar produkter och en byggteknik inte utgör en produkt. Då det stora flertalet skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner kan antas utgöras av ekonomiska skador på grund av att fasaden måste bytas ut menar jag att PAL inte bör föranleda en annan uppfattning än den redovisade.

för fel på grund av dolda brister i byggtekniken, vilket enstegstätade fasadkonstruktioner i sammanhanget kan ses som.

7.1.2.2 Avvikelse från 4 §

Enligt KtjL 9 § 1 st. 1 p. är en konsumententreprenad felaktig om den avviker från vad konsumenten i enlighet med 4 § har rätt att kräva. Som ovan redovisats innehåller 4 § bland annat ett krav på att näringsidkaren med tillbörlig omsorg ska tillvarata konsumentens intressen samt utföra tjänsten i enlighet med fackmässig standard. Beträffande skyldigheten att tillvarata konsumentens intressen anses den normalt få sitt innehåll genom andra bestämmelser i KtjL och bara i enstaka fall har den egen bärkraft.⁴¹⁹ Min bedömning är att bestämmelsen inte har någon självständig betydelse i förhållande till enstegstätade fasadkonstruktioner.

Som ovan anförts ska bedömningen om fackmässig standard ha en objektiv utgångspunkt och utgå från ett ideal om en normalt kunnig och skicklig yrkesman som följer med i den tekniska utvecklingen. Förhållandena i branschen tillåts påverka utfallet genom att branschregler i tillägg till byggnormer kan utgöra en norm för fackmässigheten samt att god yrkes- eller branschpraxis kan utgöra ledning i bedömningen.⁴²⁰ Enstegstätade fasader uppförda efter den tidpunkt då det inom branschen blev allmänt känt att konstruktionen utgör en riskkonstruktion torde inte vara uppförda i enlighet med kravet på fackmässighet, då det knappast kan anses fackmässigt att använda en sådan konstruktion. Slutsatsen gör att resonemanget nedan endast är tillämpligt beträffande fasader uppförda innan riskerna med konstruktionen blev allmänt kända.

I Myresjöhusfallet var den centrala frågan huruvida entreprenören utfört entreprenaden i enlighet med kravet på fackmässighet. Hovrätten kom fram till att så var fallet och la i bedömningen stor vikt vid förhållandena i branschen. Hovrätten menade att branschen som helhet inte insett riskerna med konstruktionen och att inget heller talade för att entreprenören själv hade gjort det.⁴²¹ Som precis nämnts kan branschpraxisen få betydelse för att utröna om kravet på fackmässigt utförande är uppfyllt. I förarbetena poängteras dock att branschpraxisen ska vara *god*.⁴²² Närmare preciseringar om vad som är god respektive inte god branschpraxis saknas och frågan vilket kategori av branschpraxis användandet av enstegstätade fasadkonstruktioner ska hänföras till framstår som svår att besvara. Mot bakgrund av de varningssignaler beträffande konstruktionens lämplighet som fanns även innan konstruktionen riskförklarades framstår frågan om användandet var i enlighet med god branschpraxis eller inte som något problematiskt.⁴²³ I efterhand är det förhållandevis enkelt att säga att det fanns tydliga tecken på konstruktionens olämplighet och att kravet på god

⁴¹⁹ Se ovan avsnitt 4.2.4 och avsnitt 4.2.4.3.

⁴²⁰ Se ovan avsnitt 4.2.4.2.

⁴²¹ Se ovan avsnitt 5.2.

⁴²² Se ovan avsnitt 4.2.4.2.

⁴²³ Se ovan avsnitt 2.2.

branschpraxis därmed inte är uppfyllt. Viktigt att komma ihåg är dock att bedömningen ska utgå från förhållandena vid tiden för utförandet och hur förhållandena såg ut då. Det faktum att konstruktionen användes i så pass stor utsträckning talar enligt mig för att den *ansågs* vara förenlig med god branschpraxis.⁴²⁴ Huruvida det gör att den faktiskt kan anses vara god är en fråga som får lämnas obesvarad. Längre fram i analysen kommer jag återkomma till lämpligheten i att överhuvudtaget centrera felbedömningen kring vad som är fackmässigt.

Förutom branschpraxis ska som nämnts även byggnormer eller branschregler användas för att utröna vad som är fackmässigt.⁴²⁵ Till skillnad från branschpraxisen ställs det inget uttryckligt krav på att byggnormerna eller branschreglerna ska vara goda för att tillmätas betydelse. Huruvida enstegstätade fasadkonstruktioner var i enlighet med byggnormen som gällde vid tiden för uppförandet ligger utanför framställningen, men om så är fallet innebär det att kravet på fackmässighet förmodligen är uppfyllt.

I förhållande till huruvida kravet på fackmässighet är uppfyllt är det relevant att återknyta till det ovan presenterade förarbetsuttalandet om att ett resultat som innebär en fara för liv eller hälsa alltid utgör ett avsteg från ett fackmässigt utförande.⁴²⁶ Enstegstätade fasadkonstruktioner som ge upphov till fukt- eller mögelskador innebär en potentiell hälsorisk, åtminstone om den mikrobakteriella tillväxten som uppkommit är av viss omfattning.⁴²⁷ Detta talar emot att kravet på fackmässighet i åtminstone vissa fall ska anses uppfyllt.

I Myresjöhusfallet var fackmässighetsbedömningen den centrala, varför hovrättens tillämpning av bestämmelsen förtjänar några kommentarer.

Hovrätten likställde i målet kravet på fackmässighet med att Myresjöhus inte skulle ha varit vårdslösa. Hovrätten motiverar inte varför utan skriver bara ”det ankommer på Myresjöhus att visa att bolaget agerat fackmässigt, vilket får anses liktydigt med att bolaget inte har agerat vårdslöst.”⁴²⁸ Som tidigare poängterats avgjordes målet inte enligt KtjL utan enligt ABS 95 och i ABS 95 5 kap. 7 § anges att efter garantitiden får bara väsentliga fel göras gällande under förutsättning att entreprenören förfarit vårdslöst.⁴²⁹ Hovrätten nämner inte huruvida likställandet av fackmässighet och icke vårdslöshet beror på bestämmelsen eller om rätten menar att fackmässighet generellt är att likställa med icke vårdslöshet, varför det framstår som oklart vad som ligger bakom hovrättens slutsats. Som nämnts ovan anges det i förarbetena till KtjL att vållande inte krävs för att prisavdrag eller hävning

⁴²⁴ Se ovan avsnitt 4.2.4.2.

⁴²⁵ Se ovan avsnitt 4.2.4.2.

⁴²⁶ Se ovan avsnitt 4.2.4.2.

⁴²⁷ Se ovan avsnitt 1.1.

⁴²⁸ HovR i Myresjöhusfallet s. 13, se ovan avsnitt 5.2.

⁴²⁹ Se ovan avsnitt 5.2.

ska aktualiseras.⁴³⁰ I Myresjöhusfallet yrkade fastighetsägarna primärt avhjälpande men sekundärt prisavdrag. Hade tvisten avgjorts i enlighet med KtjL hade hovrättens likställande av fackmässighet och ett inte vårdslöst beteende gått rakt emot förarbetsuttalandena, eftersom det hade inneburit att kravet för prisavdrag satts till vårdslöshet.

En annan konsekvens av hovrättens resonemang, tillämpat på en tvist som regleras av KtjL, är att kontrollansvaret i KtjL 31 § för felaktiga resultat blir delvis överflödigt. Som ovan redovisats gällde tidigare ett presumtionsansvar i KtjL, men då likheter KtjL och KKL emellan ville uppnås ändrades ansvaret till det kontrollansvar som finns idag.⁴³¹ Ändringen motiverades av att ett presumtionsansvar inte gav konsumenten ett tillräckligt skydd och att näringsidkarens ansvar borde utsträckas till att inte endast omfatta skador på grund av vårdslöshet, utan även skador på grund av orsaker inom näringsidkarens kontroll. En förutsättning för att kontrollansvaret överhuvudtaget ska aktualiseras är enligt KtjL 31 § 3 st. att det rör sig om ett fel i KtjLs mening. Om kravet för fel, i likhet med hovrättens resonemang, likställs med vårdslöshet förlorar ändringen från ett presumtionsansvar till ett kontrollansvar sin funktion. Förarbetsuttalandena anger att det inte var tanken, vilket är ytterligare ett argument för att ett likställande av fel och vårdslöshet är problematiskt, om KtjL tillämpas. Som redan anförts angavs i förarbetena att den stora skillnaden mellan ett presumtionsansvar och ett kontrollansvar skulle vara att ”vid en bedömning utifrån en kontrollansvarsregel medför dolda fel i materialet nästan alltid skadeståndsansvar för näringsidkaren.”⁴³² Enstegstätade fasadkonstruktioner utgör inget dolt fel i materialet utan snarare ett dolt fel i konstruktionen. Min uppfattning är dock att skillnaden inte motiverar någon särbehandling, eftersom felet är dolda i båda fall och därmed lika svåra att upptäcka för näringsidkaren. Förarbetsuttalandena kan alltså uppfattas som att det ska gälla ett förhållandevis strängt skadeståndsansvar, något som inskränks när kravet för att det överhuvudtaget ska röra sig om ett fel bestämt till culpa.

Den för Myresjöhusfallet avgörande frågan blev vilket akksamhetskrav som skulle åläggas entreprenören för att de inte skulle betraktas som vårdslösa.⁴³³ Hovrätten knöt sin bedömning till den förarbetsdiskussion om utvecklingsfel eller fel som inte utgör en avvikelser från fackmässig standard som presenterats ovan.⁴³⁴ Hovrätten skrev följande.

Hovrätten finner, mot bakgrund [av resonemanget och slutsatsen i prop. 2003/2004:45], att kravet på akksamhet inte bör sättas så strängt att det i praktiken blir fråga om ett strikt ansvar för näringsidkaren. Det skulle i princip ge till resultat

⁴³⁰ Se ovan avsnitt 4.3.1.

⁴³¹ Se ovan avsnitt 4.2.2.

⁴³² Prop. 1989/90:89 s. 55, se ovan avsnitt 4.2.2.

⁴³³ Se ovan avsnitt 5.2.

⁴³⁴ Se ovan avsnitt 4.2.5.

det som regeringen inte var beredd att genomföra lagstiftningsvägen.⁴³⁵

Hovrätten kommer alltså fram till att entreprenören agerat fackmässigt och att resultatet därmed inte är felaktigt. Som sagt tillmäter de inte grunden att felfria fasader skulle utgöra avtalsinnehåll någon betydelse.

En intressant fråga i domen är vad hovrätten menar när de skriver att husen vid tidpunkten för besiktningen var behäftade med fel, men att de likväl väljer att befria Myresjöhus från ansvar.⁴³⁶ Tvisten avgjordes som sagt med ett i förhållande till KtjL begränsat ansvar för entreprenören, i och med att denne endast ansvarade för väsentliga fel på grund av vårdslöshet enligt ABS 95 5 kap. 7 §. Innebär hovrättens uttalande att fasadkonstruktionerna var felaktiga, men att entreprenörens till culpa begränsade ansvar gjorde att felet inte kunde göras gällande? Hade bedömningen i så fall blivit annorlunda om ABS 95 5 kap. 7 § inte hade varit tillämplig utan tvisten endast prövats mot kravet på fackmässighet och parternas avtal? Frågorna får inget svar, men om hovrätten menade att fasaderna var felaktiga men att felet inte kunde göras gällande torde det innebära att målet fått en annan utgång om det prövades enligt KtjL. Något säkert svar på frågorna verkar inte finnas. Möjligen ska dock inte för stor vikt läggas vid hovrättens skrivelse, eftersom det inte kan uteslutas att hovrätten när de skriver ”fel” åsyftar fel i den mer vanliga språkliga betydelse, det vill säga en bristfällighet som inte nödvändigtvis utgör ett fel i juridisk mening.

7.1.2.3 Sammanfattning av rättsläget

Sammanfattningsvis är min uppfattning att rättsläget är oklart men att det finns skäl att tro att skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner utgör ett fel enligt KtjL. Grunden för det är att en normalt fungerande fasad måste anses vara underförstådd mellan parterna och därmed utgöra avtalsinnehåll. Ett resultat som avviker från vad som är avtalat är felaktigt enligt KtjL 9 § 1 st. 3 p., varför skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner kan anses utgöra ett fel. Beträffande felgrunden att tjänsten inte utförts i enlighet med fackmässiga krav är förarbetena förhållandevis tydliga med att förhållandena i branschen ska tillmätas betydelse. Trots att varningssignaler för konstruktionens lämplighet framkommit tycks branschförhållandena ha varit sådana att den ansågs ändamålsenlig. Av den anledningen stred utförandet av konsumententreprenaden förmodligen inte mot kravet på fackmässighet. Rättsläget framstår dock inte som helt enkelt, eftersom det i förarbetena dels ställs ett krav på att branschförhållandena ska vara goda, dels anges att ett resultat som innebär en risk för liv och hälsa inte är fackmässigt. Även huruvida konstruktionen var förenlig med kravet på fackmässighet framstår alltså som oklart.

⁴³⁵ HovR i Myresjöhusfallet s. 16, se ovan avsnitt 5.2.

⁴³⁶ Se ovan avsnitt 5.2. Hovrätten skriver att ”[h]ovrätten finner, lika men tingsrätten, att fastighetsägarna visat att husen vid tidpunkten för besiktningarna varit behäftade med skador/fel”, se HovR i Myresjöhusfallet s. 12.

7.1.2.4 Möjliga påföljder

Om en konsumententreprenad anses vara felaktig enligt KtjL har konsumenten rätt att göra påföljder gällande. Som ovan angetts är avhjälpande den primära påföljden, även om prisavdrag och hävning också kan aktualiseras.⁴³⁷ Om orsaken till felet ligger inom näringsidkaren kontroll kan denne även bli skadeståndsskyldig för skador som inte täcks av någon annan påföljd. Skadeståndsskyldighet kan också uppkomma om skadan beror på en särskild utfästelse från säljaren.⁴³⁸

Ett avhjälpande behöver inte ske om det innebär stora kostnader eller olägenheter för näringsidkaren. I Myresjöhusfallet tycks tingrätten ha resonerat som att det skulle bli en allt för stor kostnad för näringsidkaren att avhjälpa felet, i och med att denne då först var tvungen att avlägsna i princip alla fasader för att se om de var bristfälliga och sen åtgärda dem. Prisavdrag ansågs istället vara en mer lämplig påföljd.⁴³⁹ Tingsrättens resonemang illustrerar möjligheten för en näringsidkare att inte behöva utföra ett avhjälpande, trots att fel föreligger. I sådana situationer blir det istället aktuellt med prisavdrag. Om ett avhjälpande inte bedöms innebära en allt för stor olägenhet eller kostnad för näringsidkaren att genomföra ett avhjälpande ska det dock ske. I sådana situationer blir frågan huruvida avhjälpandet ska innebära att en ny enstegstätad fasad monteras på byggnaden, eller om konsumenten kan kräva att näringsidkaren monterar en tvåstegstätad variant med luftspalt. Som ovan nämnts är förarbetena tysta i frågan vilken standard ett avhjälpande ska nå upp till, men Johansson menar att kravet på avhjälpandet är att föremålet för tjänsten ska vara avhjälp till avtalsenligt skick.⁴⁴⁰ Mot bakgrund av att en normalt fungerande fasad torde kunna ses som underförstått avtalsinnehåll framstår det som rimligt att konsumenten kan begära att den felaktiga fasaden byts ut mot en normalt fungerande tvåstegstätad fasadkonstruktion. Det sagda ligger i linje med hovrättens resonemang i Jordabalksfallet, där hovrätten menade att ett byta till en tvåstegstätad fasadkonstruktion inte utgjorde en standardhöjning vilken köparna skulle stå för.⁴⁴¹

Om syftet med tjänsten är i huvudsak förfelat och näringsidkaren insett eller bort inse det har konsumenten rätt att häva avtalet. Som ovan nämnt anses kriteriet vara uppfyllt om resultatet är så dåligt att föremålet i princip är oanvändbart.⁴⁴² Åtminstone beträffande omfattande skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner torde en argumentation om att föremålet, det vill säga byggnaden, i princip är oanvändbart kunna föras. Detta torde i sin tur medföra en rätt till hävning för konsumenten, under förutsättning att näringsidkaren insett att syftet var av vikt för konsumenten.

⁴³⁷ Se ovan avsnitt 4.3.1.

⁴³⁸ Se ovan avsnitt 4.3.2.

⁴³⁹ Se ovan avsnitt 5.2.

⁴⁴⁰ Se ovan avsnitt 4.3.1.

⁴⁴¹ Se ovan avsnitt 5.1.

⁴⁴² Se ovan avsnitt 4.3.1.

I och med att syftet för de flesta konsumenter kan antas vara att de ska kunna bo i fastigheten och åtminstone omfattande fukt- och mögelskador utgör ett hinder mot det är det rimligt att tro att även näringsidkarna borde inse syftet, varför även det rekvisitet torde vara uppfyllt. Om konsumenten bott i byggnaden under en längre tid innan skadorna uppdagades är det dock osäkert huruvida hävning är en lämplig påföljd, i och med de stora praktiska svårigheter det kan innebära med avflytt och dylikt.

Värt att notera är att det varken för hävning eller prisavdrag krävs att näringsidkaren varit vållande.⁴⁴³ Som nyss nämnts är det oklart varför hovrätten i Myresjöhusfallet krävde att Myresjöhus skulle ha varit vårdslösa för att anses ansvariga.⁴⁴⁴ Klart är dock att motsvarande krav inte kan ställas vid en tvist som prövas enligt KtjL, varken enligt lagtextens lydelse eller enligt förarbetena.⁴⁴⁵

I och med att valet av konstruktion måste anses ligga inom näringsidkarens kontroll kan denne även bli skyldig att utge skadestånd när skador på grund av en enstegstätad fasad anses utgöra ett fel. Såsom angavs i förarbetena torde övergången från ett presumtionsansvar till ett kontrollansvar främst göra skillnad beträffande dolda fel, vilket ytterligare talar för att näringsidkaren blir skadeståndsansvarig.⁴⁴⁶ Enligt KtjL 31 § 3 st. 2 men. ansvarar näringsidkaren för vad denne ”särskilt har utfäst”, vilket är en skillnad mot i JB där säljaren ansvarar för vad denne ”får anses ha utfäst”.⁴⁴⁷ Skillnaden torde innebära att ansvaret i KtjL inte innefattar ansvar för så kallade kärnegenskaper, vilket medför att skadeståndsgrunden för avvikelser från utfästelser endast kan bli aktuell om näringsidkaren utfäst en fuktfri fasad. Så kan givetvis vara fallet i det enskilda fallet, men det sagda torde innebära att skadestånd vid skador på grund av enstegstätade fasader inte generellt kan utgå på den grunden.

7.2 Enstegstätade fasadkonstruktioner och rättsekonomi. Är felansvarsreglerna ekonomiskt effektiva?

7.2.1 Inledning

I den här delen analyseras uppsatsens andra frågeställning, det vill säga om nuvarande felansvarsregler i JB respektive KtjL mot bakgrund av problemen med enstegstätade fasadkonstruktioner och utifrån ett rättsekonomiskt

⁴⁴³ Se ovan avsnitt 4.3.1.

⁴⁴⁴ Se ovan avsnitt 7.1.2.2.

⁴⁴⁵ Se ovan avsnitt 4.3.1.

⁴⁴⁶ Se ovan avsnitt 4.3.2.

⁴⁴⁷ Se ovan avsnitt 3.3.2 och 4.3.2.

perspektiv är lämpligt utformade eller om någon annan utformning hade varit att föredra.

Vid en rättsekonomisk analys ses de juridiska reglerna som en del i en större helhet. Intern logik och förutsebarhet i förhållande till andra regler tillåts inte vara vägledande, utan en regel är bra om den är samhällsekonomisk effektiv. Som jurist är det inte sällan ett främmande sätt att behandla juridiken och analysen kan i förhållande till ”vanlig” juridisk analys framstå som märklig. Den rättsekonomiska analysen utgår från ett slags idealtillstånd, en situation när alla rättsekonomiska förutsättningar är uppfyllda och det inte finns några transaktionskostnader som hindrar parterna från att med varandra förhandla fram perfekta kontrakt där alla risker är reglerade. Kontraktet, som kan kallas den hypotetiska partsviljan, kan användas av lagstiftaren och rättstillämparen för att utforma regler som motsvarar vad parterna själva hade avtalat om. Eftersom det som parterna själva hade förhandlat fram motsvarar vad som är ekonomiskt effektivt är regler i enlighet med den hypotetiska partsviljan också det.

Att endast betrakta juridiken som ett instrument i samhällsekonomin är enligt min uppfattning inte lämpligt. Juridiken har flera viktiga funktioner i samhället att fylla och tillämpandet av en rättsekonomisk analys bör därför ske mot bakgrund av det. Resultatet bör inte accepteras utan vidare reflektion, utan läsaren måste själv fundera vilka konsekvenser den ger upphov till och om dessa framstår som motiverade. Utan att gå händelserna i förväg är min uppfattning dock att resultatet av den följande analysen *generellt* inte för med sig konsekvenser som utifrån andra intressen framstår som olämpliga.

Inledningsvis kan sägas att såväl fastighetsöverlåtelse som konsumententreprenader i de flesta fall är positiva för samhället, eftersom överlåtaren respektive entreprenaden värderar objektet till ett pris som understiger vad köparen eller konsumenten är beredd att betala och att båda parter tillfredsställelse därmed blir högre genom transaktionen.⁴⁴⁸ Utgångspunkten är alltså att det är positivt för samhällsekonomin och att det därmed finns ett samhällsekonomiskt incitament för lagstiftaren och rättstillämparen att underlätta för sådana transaktioner. I den här uppsatsen är det centrala hur lagstiftaren har utformat felreglerna i JB respektive KtjL. Att det finns ett lagstadgat felansvar är positivt, i och med att parterna därmed inte behöver förhandla om felansvaret, något som skulle öka transaktionskostnaderna förbundna med fastighetsöverlåtelsen eller konsumententreprenaden.⁴⁴⁹ För att lagstiftningen ska vara samhällsekonomiskt effektiv krävs dock inte bara att det finns ett felansvar, utan även att reglerna är effektiva vilket kommer att undersökas i det följande. Den följande analysen syftar även till att, mot bakgrund av det delvis oklara rättsläge som råder beträffande enstegstättade fasadkonstruktioner, ge argument till att en viss tolkning ska väljas.

⁴⁴⁸ Se ovan avsnitt 6.1.2.

⁴⁴⁹ Se ovan avsnitt 6.1.3.

7.2.2 Riskfördelning enligt JB

Enligt JB 4 kap. 19 § bär säljaren risken för konkreta fel respektive abstrakta fel som köparen inte bort upptäcka inom ramen för undersökningsplikten. Beträffande enstegstätade fasadkonstruktioner finns det skäl att tro att en köpare kan få ersättning för skador på grund av fasadkonstruktionen, även om rättsläget är oklart.

Riskplacering ska primärt utgå från parternas möjligheter att förebygga.⁴⁵⁰ När det handlar om fastighetsöverlåtelse kan en rimlig utgångspunkt vara att säljaren inte har mer byggteknisk kunskap än köparen. Säljaren har dock bott i byggnaden en kortare eller längre tid, varför denne likväl har ett informationsövertag i förhållande till köparen. I och med att problemen med enstegstätade fasadkonstruktioner inte var allmänt kända förrän 2007 kan det antas att en normal säljare inte förstod att konstruktionen var problematiskt och därmed inte hade några möjligheter att förbygga. Om säljaren var den som lät uppföra huset kan det i och för sig tänkas att denna var med och valde fasad, men om säljaren helt saknade vetskap om fasadkonstruktionens olämplighet hade denne likväl små möjligheter att förebygga skadorna.

Då risken inte var möjlig att undvika eller förebygga för någon av parterna måste något annat beslutskriterium tillämpas vid riskplaceringen. Som redovisats är riskplaceringen beroende av parternas inställning till risk.⁴⁵¹ Typiskt vid fastighetsöverlåtelse är att både köpare och säljare är privatpersoner vilka kan antas ha riskaversion, det vill säga preferens mot risk. I och med att båda har riskaversion vill ingen av parterna ta på sig risken i utbyte mot ekonomisk kompensation från motparten. Istället bör risken placeras utifrån vem av parterna som kan teckna en försäkring till lägst kostnad.⁴⁵² Kostnaderna kan givetvis variera i de olika konkreta situationerna, men mot bakgrund av att en stor kostnad oftast utgörs av informationsanskaffande om vilka risker som kan tänkas föreligga är det troligt att säljaren, som ju är den som initialt har mest information eftersom denne bott i byggnaden, har minst kostnader för att ta reda på vilka potentiella risker som finns att försäkra sig mot. I och med att säljaren kan antas ha mer kunskap om vilka risker som kan tänkas föreligga kan denne även teckna en mer specifik försäkring till en lägre premiekostnad, jämfört med köparen som antingen måste lägga ner kostnader på att förstå de potentiella riskerna för att kunna teckna en motsvarande specifik försäkring, eller teckna en mer generell försäkring till en högre premiekostnad. Sammantaget har alltså säljaren bäst möjligheter att teckna en försäkring till lägst kostnad, varför denne bör bära risken. Säljaren har möjlighet att kompensera risktagandet och kostnaden för försäkring genom att ta ett något högre pris från köparen. Fördelningen kan antas vara i enlighet med den hypotetiska partsviljan och lagstiftaren samt rättsordningen bör därför utforma reglerna så att risken hamnar på säljaren.

⁴⁵⁰ Se ovan avsnitt 6.2.2.

⁴⁵¹ Se ovan avsnitt 6.2.3.

⁴⁵² Se ovan avsnitt 6.2.4.

En följdfråga till det sagda blir hur lagstiftaren ska förmå säljaren att ta på sig risken. Eftersom säljaren kan antas ha riskaversion kommer det inte ske frivilligt. Ett sätt att tvinga säljaren att bära risken är genom att ålägga denne ett rent strikt ansvar, innebärande att säljaren ansvarar för alla fel i fastigheten. Mot bakgrund av fastighetsköpets karaktär och att det många gånger rör sig om begagnade hus i vilka det finns en rad ”normala” defekter skulle det dock medföra konsekvenser som inte är samhällsekonomiskt eftersträvansvärda. Bland annat skulle en köpare möjligen festas att stämna säljaren för en rad bristfälligheter vilka är hänförliga till normal användning, något som skulle ge ökade kostnader för domstolarna samt att köparen skulle ha möjlighet att påtala synliga fel vilka istället borde ha använts i förhandlingen om priset. Som ansvaret är konstruerat nu, det vill säga att säljaren ansvarar för dolda fel och köparen för synliga samt att köparen endast kan påtala fel som utgör avvikelser från avtalet eller erforderlig standard på fastigheten, undviks såväl onödiga stämningar såsom köparen möjligheter att efter avtalslutet använda synliga fel som argument för prisavdrag. Utifrån åtminstone anförda skäl framstår gällande lösning därmed som bra. Parterna vet hur förutsättningarna ser ut och kan försäkra sig därefter.

Effektiviteten i regeln riskerar dock att minska om säljarens ansvar inskränks. Beroende på hur framförallt NJA 2010 s. 286 om byggnormens betydelse i felbedömningen ska tolkas finns en risk att säljarens lagstadgade felansvar inskränks och att risken istället placeras på köparen. Detta blir inte samhällsekonomiskt effektivt eftersom säljaren förmodligen är den som kunnat försäkra sig till lägst kostnad även beträffande byggnormsförenliga fel. För riskplaceringen spelar det ingen roll om det handlar om ett dolt fel eller ett dolt fel vars orsak var i enlighet med gällande byggnorm, nämnda skäl för en riskplacering på säljaren är relevanta i båda fallen. Dessutom, i och med att lagtexten är formulerad som att köparen endast bär risken för synliga fel, medför det en ökad transaktionskostnad om köparen ska ta reda på eventuella undantag från lagtexten för att kunna försäkra sig därefter. Säljarens ansvar bör alltså vara oinskränkt beträffande dolda fel och även inkludera enstegstätade fasadkonstruktioner, oavsett om de är byggnormsförenliga eller inte.⁴⁵³

När säljaren utgörs av ett riskneutralt bolag och köparen är en riskaversiv konsument kommer säljaren inte ha något emot att bära risken mot ekonomisk kompensation från köparen. I en sådan situation kan samma slutsats appliceras, det vill säga att säljaren är den bäst lämpade riskbäraren som ska svara för alla dolda fel, inklusive enstegstätade fasadkonstruktioner. Om köparen däremot utgörs av ett bolag som förutsätts vara riskneutralt men säljaren är en privatperson som har preferens mot risk måste resonemanget modifieras. I den hypotetiska partsviljan ligger att ett riskneutralt bolag inte kommer ha något emot att bära risken, så länge

⁴⁵³ I andra situationer kan vissa inskränkningar vara motiverade, exempelvis i fall där säljaren betett sig svikligt gentemot köparen. Sådana frågor ligger dock utanför den här framställningen.

bolaget kompenseras av säljaren. Den optimala riskplaceringen i en sådan situation avviker alltså från nuvarande lagreglering. En tillfredsställande riskplacering i sådana situationer kan åstadkommas antingen genom att lagreglerna modifieras så att de gör skillnad beroende på partskonstellationen, alternativt att rättstillämparen behandlar situationerna olika. Att lagtekniskt göra skillnad kan å ena sidan göra att reglerna blir förutsägbara då det blir lättare att se vad som gäller, å andra sidan kan det föranleda svåra gränsdragningsproblem. Enklare är möjligen att tolka den rättspraxis som redan finns i enlighet med det sagda. Det skulle innebära att NJA 2010 s. 286 tolkades som att HD i bedömningen la vikt vid att köparen utgjordes av ett bolag och att rättsfallet därmed ska tillmätas prejudicerande verkan i alla situationer när köparen är ett bolag och säljaren är en privatperson.

När nuvarande JB antogs utökades säljarens felansvar till att även omfatta abstrakta fel. I förarbetena motiverades det bland annat av att ett missförhållande mellan fastighetens värde och pris annars skulle uppkomma, eftersom köparen då inte skulle kunde göra fel gällande beträffande avvikelser från den abstrakta standarden. Att rättsordningen alltid ska ombesörja jämvikt i alla avtalsrelationer ansågs orealistiskt, men likväl angavs att en rättsregel som i onödan motverkar möjligheten att jämvikten upprätthålls bör undvikas.⁴⁵⁴ Utifrån uttalandet förstås att vissa ekonomiska övervägningar ligger bakom regleringen och att ett ekonomiskt perspektiv inte är helt främmande för lagstiftaren, även om det ekonomiska hänsynstagandet framstår som mer parts- än samhällsorienterat.

7.2.3 Riskfördelning enligt KtjL

I KtjL utgår felansvaret från resultatet av tjänsten, vilket är felaktigt om det avviker från huvudsakligen parternas avtal eller vad som är fackmässigt. Som ovan anförts är rättsläget oklart, men enligt mig finns goda skäl att uppfatta gällande rätt som att konsumenten kan nå framgång med en feltalan då skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner kan anses avvika från vad som är underförstått avtalsinnehåll, nämligen en normalt fungerande fasad.

Bedömningen om vad som är fackmässigt utgår från branschförhållandena, vilket sett ur ett samhällsekonomiskt perspektiv inte framstår som optimalt. Som ovan redovisats så var det inte *allmänt känt* att enstegstätade fasadkonstruktioner kunde vålla problem förrän omkring 2007. Det var dock inte *okänt*, problemen hade visat sig i både USA och Kanada samt uppmärksammats i en inhemsk nationell forskningsrapport. Dessutom, vilket sakkunniga i Myresjöhusfallet vittnat om och SP lyfter fram i sin rapportering, tycks misstankar om problem även ha funnits bland branschaktörer innan 2007. Därtill drabbades en stor entreprenör av omfattande problem i samband med uppförandet av Hammarby Sjöstad,

⁴⁵⁴ Se ovan avsnitt 3.1.2.

vilket fick stor uppmärksamhet även om felet inte kom att förklaras av fasadkonstruktionen i sig utan felhantering av byggdelarna.⁴⁵⁵

Som ovan presenterats menar rättsekonomer att det är samhällsekonomiskt positivt att försöka förebygga risker eller undvika skador om kostnaderna för att förebygga är mindre än den totala skadekostnaden.⁴⁵⁶ Beträffande enstegstätade fasadkonstruktioner är de potentiella skadebeloppen enorma. SP har hittat skador som innebär att minst en hel fasadvägg måste bytas ut på mer än hälften av de byggnader de undersökt. Att det kan bli stora avhjälpandekostnader blir tydligt när det totala antalet skador uppskattas utifrån siffrorna från SP. Siffrorna indikerar att mellan 15 000 och 30 000 byggnader uppförts, att 55 % av de undersökta byggnaderna var så pass skadade att minst en fasadvägg var tvungen att bytas ut och att det kostar mellan 500 000 och 1 500 000 kr att byta ut fyra fasadsidor på en villa.⁴⁵⁷ De potentiella avhjälpandekostnaderna ska vägas mot vad det hade kostat att förebygga skadorna. Om förebyggandekostnaderna är lägre än skadekostnaderna är det samhällsekonomiskt fördelaktigt att förebygga. Vad det hade kostat att förebygga blir endast spekulation, men mot bakgrund av de varningssignaler som funnits, att riskerna inte var totalt okända och att problemen inte tycks ha kommit lika plötsligt som det initialt framstår som så är en rimlig gissning att kostnaderna för att förebygga inte hade överstigit de potentiella avhjälpandekostnaderna. Att förebygga, exempelvis genom att testbygga och göra utförliga undersökningar av konstruktionens egenskaper, hade därför varit bättre ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. I och med att lagregler, enligt rättsekonomisk teori, ska utformas så att de leder till ekonomisk effektivitet bör ansvaret vara utformat så att ett förebyggande sker. Såsom ansvaret är konstruerat nu är det inte fallet, vilket blir tydligt i ljuset av Myresjöhusfallet och det sagda om enstegstätade fasadkonstruktioner.

I Myresjöhusfallet likställde hovrätten vårdslöshet med icke fackmässighet och ett fackmässigt agerande ansågs därmed inte vårdslöst. Som ovan anförts är det oklart vad hovrättens ställningstagande baserades på och det är möjligt att ett likställande av icke fackmässighet och vårdslöshet inte hade skett om tvisten prövades enligt KtjL.⁴⁵⁸ I KtjL används inte ordet vårdslöshet i samband med felbedömningen, men det är troligt att gällande rätt är att ett agerande som inte är fackmässigt är vårdslöst.⁴⁵⁹ I förarbetena anges att för att bestämma vad som utgör fackmässig standard ska hänsyn tas till bland annat god branschpraxis. Detta skiljer sig från Learned hands formel, i vilken vårdslöshet inte skulle vara beroende av vad som är fackmässigt eller vad andra aktörer i branschen gör, utan att skadevällaren endast skulle ansvara om förebyggandekostnaderna varit mindre än skadekostnaderna multiplicerat med sannolikheten att skadan skulle inträffa. Mot bakgrund av att avhjälpandekostnaden vid en skada på grund av en

⁴⁵⁵ Se ovan avsnitt 2.2.

⁴⁵⁶ Se ovan avsnitt 6.2.2.

⁴⁵⁷ Se ovan avsnitt 1.1.

⁴⁵⁸ Se ovan avsnitt 7.1.2.2.

⁴⁵⁹ Jfr ovan avsnitt 3.3.2 om olika bedömningskriterier för culpa.

enstegstätade fasad kan tänkas ha varit mindre än skadekostnaden är det inte helt otroligt att en entreprenör som använde konstruktionen skulle anses vara culpös enligt Learned Hands formel.

Ett problem uppkommer dock i och med att varje enskild näringsidkare som använt tekniken förmodligen inte haft de ekonomiska resurser eller den kunskap som krävs för att kunna utreda byggtekniken. Kostnaderna för en näringsidkare hade därmed i många fall antagligen överstigit skadekostnaderna som just den näringsidkaren orsakade. Detta blir givetvis beroende av storleken på näringsidkarens verksamhet, eftersom förebyggandekostnaden för att exempelvis testbygga slås ut på ett större antal potentiellt felaktiga entreprenader om näringsidkarens verksamhet är omfattande, jämfört med om verksamheten är liten. En entreprenör måste dock antagligen upp i ett stort antal konsumententreprenader för att en omfattande testbyggnation ska löna sig. Vidare skulle det bli många fall av ”dubbelkostnader” om varje näringsidkare hade företagit en egen utredning och därmed lagt ner egna kostnader för att undersöka konstruktionens lämplighet. Att föredra hade varit om näringsidkarna gått ihop och gjort en gemensam utredning.

Samhällsekonomiskt hade ett inom branschen gemensamt förebyggande varit att föredra, men mot bakgrund av att entreprenörerna antas vara nyttomaximerande har de få incitament att samarbeta och lägga pengar på något som kommer fler till del. Ett gemensamt förebyggandearbete uppmuntras inte genom gällande rätt, snarare tvärtom. I och med att bedömningen ska utgå från branschförhållandena tillåts branschen i viss utsträckning själva sätta standarden för vad som utgör ett fackmässigt utförande. Det innebär att branschen exempelvis kan ignorera varningssignaler eftersom bedömningen inte utgår från det, utan från vad branschen som helhet gör. Nuvarande reglering kan alltså sägas illåta branschen att själva sätta nivån för vad ett fackmässigt utförande är, förutsatt att alla i branschen gör likadant. Mot bakgrund av antagandet att alla aktörer är nyttomaximerande är det dock fullt förutsebart och förståeligt att det är så. Beträktat ur ett samhällsekonomiskt perspektiv är den hela dock olyckligt och det krävs en annan typ av ansvar för att komma till bukt med problemet.

En variant hade varit ett culpaansvar i enlighet med Learned Hands formel.⁴⁶⁰ Vid en culpabedömning skulle hänsyn bara tas till huruvida förebyggandekostnaden understiger skadekostnaden multipliceras med sannolikheten, ingen hänsyn skulle tas till vad andra aktörer gör. Problemet att den enskilde entreprenörens förebyggandekostnader skulle bli större än skadekostnaden kvarstår dock. Utifrån det framstår inte ett culpaansvar som ändamålsenligt, utan det som krävs är ett rent strikt ansvar för entreprenörerna. Detta kan utgöra ett incitament för dem att utreda riskerna med en ny byggteknik tillsammans, till skillnad från ansvaret såsom det ser ut idag eller ett culpaansvar enligt Learned Hands formel. Det kan förväntas

⁴⁶⁰ Se ovan avsnitt 6.2.2.

att de rationella entreprenörerna inser att de för att minska risken måste förebygga och att det sker mest effektivt om de går ihop och gör det tillsammans.

Entreprenörerna kommer kompensera risken de tvingas bära genom det rent strikta ansvaret och de ökade kostnaderna med att ta ett högre pris från konsumenterna. Då konsumenterna kan förutsättas vara riskaversiva kommer konsumenterna dock acceptera detta eftersom de hellre bär en liten säker kostnad än riskerar att få betala en stor, även om sannolikheten för den större kostnaden är lägre. I den mån konsumenten har möjlighet att förebygga en skada och kostnaden för att göra det understiger skadekostnaden bör det ske. I förhållande till enstegstätade fasadkonstruktioner är det dock inte troligt att konsumenten har i princip någon förebyggandemöjlighet alls, men en regel motsvarande den i KtjL 50 a § om en parts skyldighet att begränsa sin skada möjliggör att det i eventuella situationer där det hade varit möjligt också sker.

Av det sagda kan slutsatsen dras att felreglerna i KtjL inte framstår som ekonomiskt effektiva i förhållande till enstegstätade fasadkonstruktioner, utan att ett rent strikt ansvar verkar vara det som är mest lämpligt.

7.3 Avslutande reflektion

Den här uppsatsen tar avstamp i ett praktiskt problem, felbedömningen vid fuktskador orsakad av en byggteknisk riskkonstruktion kallad enstegstätad fasad. Konstruktionen var vanligt förekommande vid nybyggnation under ett antal år, varför många hus är uppförda med den aktuella konstruktionen och den potentiella skadeeffekten därmed är stor. Framställningen utgår från felansvaret i JB respektive KtjL och undersöker huruvida en säljare respektive näringsidkaren ska vara ansvarig enligt regelverken. Slutsatsen är att rättsläget är oklart, även om det finns skäl som talar för att såväl säljaren enligt JB som näringsidkaren enligt KtjL ska ansvara. Skälen är dock inte entydiga, vid felbedömningen i JB kompliceras rättsläget av den rättspraxis som finns kring byggnormens betydelse i felbedömningen. Beträffande felbedömningen enligt KtjL är min uppfattning att skälen för ett näringsidkaransvar framstår som starka, även om det finns frågetecken kring huruvida en bedömning utifrån fackmässigheten kan leda till en annan slutsats.

Mot bakgrund av oklarheterna som finns måste rättsläget tolkas. Utifrån den rättsekonomiska analysen som presenterats gällande riskplaceringen vid enstegstätade fasadkonstruktioner är min åsikt att tolkning bör ske till förmån för konsumenten respektive fastighetsköparen, eftersom samhällsekonomiska skäl talar för att det är näringsidkaren respektive fastighetssäljaren som är den mest lämpade riskbäraren. Rättsläget bör alltså tolkas som att säljaren ansvarar för skador på grund av enstegstätade fasadkonstruktioner enligt JB 4 kap. 19 § och att näringsidkaren ansvara för motsvarande skador enligt KtjL 9 § 1 st. 3 p. För mig framstår en sådan tolkning som förenlig med de framförda ekonomiska argumenten, utan att

för den sakens skull vara helt oförenlig med andra fundamentala intressen vilka juridiska lösningar bör beakta. Tvärtom så framstår tolkningen som högst förenlig med exempelvis konsumentskyddstanken i KtjL.

Förutom att den rättsekonomiska analysen kan användas för att välja en, enligt mig, lämplig tolkning av det oklara rättsläget beträffande enstegstätade fasadkonstruktioner indikerar analysen även att det finns en brist i felansvarets utformning i KtjL. Förutom att KtjL 9 § är skriven på ett sätt som indikerar att felbedömningen primärt ska utgå från kraven enligt 4 §, i sammanhanget huvudsakligen fackmässighetskravet, och inte vad som får anses avtalat, så är min uppfattning dessutom att kravet på fackmässighet slår helt fel beträffande konsumententreprenader. Andra tjänster, exempelvis reparationer av lös egendom, ligger utanför ramen för den här uppsatsen så huruvida det är lämpligt att ta hänsyn till vad som är fackmässigt i de situationerna kan jag inte uttala mig om. Att kravet på fackmässighet slår fel tycker jag framkommer redan i Myresjöhusfallet, där hovrätten kom fram till att fasaderna var felaktiga men att näringsidkaren likväl inte ansågs ansvarig. Som påpekats ett flertal gånger avgjordes Myresjöhusfallet dock inte enligt KtjL, utan enligt standardavtalet ABS 95, men i och med de likheter som finns mellan ABS 95 och KtjL tycker jag att målet även åtminstone delvis belyser problematiken i KtjL.

Kravet på fackmässighet ska enligt förarbetena utgå från branschförhållandena. I Myresjöhusfallet la hovrätten avgörande betydelse vid att branschen som helhet inte insett riskerna, trots att det framstod som klart att konstruktionen varit föremål för debatt, att den var obeprövad och att den därtill stred på fundamentala byggtekniska principer. Att branschen inte insett riskerna framstår som beklagligt mot bakgrund av de varningssignaler om fasadkonstruktionens olämplighet som presenterats ovan. Problem med konstruktionen hade varit föremål för debatt i USA under 1990-talet, risker med byggtekniken som tilläggsisolering hade uppmärksammats i nationell forskning och stora problem hade konstaterats i samband med byggandet av Hammarby Sjöstad. Även om de senare förklarades med situationsspecifika omständigheter och forskningen inte avsåg nyproduktion är det inte orimligt att tänka sig att någon eller några borde ha blivit skeptiska gentemot konstruktionen. Möjligen stannade informationen inom en snäv krets av individer eller så togs inte riskerna på allvar.

I Myresjöhusfallet vittnar sakkunniga dock om att det finns en tradition inom byggbranschen att inte testbygga i någon större utsträckning innan en ny byggteknik används i full skala. När Boverket en tid efter att problemen med fasadkonstruktionen uppmärksammats gick ut med information skriver Boverket att metoden var ”obeprövad”, vilket indikerar samma sak. Utifrån de stora ekonomiska värdena byggnader typiskt sett utgör och vilka omfattade problem olämpliga byggtekniker kan orsaka framstår det som olyckligt att en obeprövad byggteknik används i stor skala utan att först noga utredas. Än mer olyckligt blir det när lagreglerna möjliggör att så sker. Att konstruera en lagregel som utgår från vad som är fackmässigt, vilket i

sin tur utgår från en kunnig branschman, gör att branschen kan ha möjlighet att sätta sin egen standard för vad som ska vara fackmässigt utan att behöva beakta vad som exempelvis är tekniskt- eller vetenskapligt möjligt.

Sett ur ett rättsekonomiskt perspektiv framstår det hela som illa eftersom ansvaret som det är utformat nu inte bidrar till att förebyggande åtgärder vidtas, trots att de varit samhällsekonomiskt motiverade. Ett rent strikt ansvar tycks vara det enda som kan få branschen att gå ihop och genomföra gemensamma åtgärder i syfte att förebygga, vilket är samhällsekonomiskt önskvärt. De risker som ändå uppmärksammats med enstegstätade fasadkonstruktioner innan hela konstruktionen riskförklarades indikerar att det hade varit möjligt att vidta åtgärder för att undersöka lämpligheten i att bygga hus som exponeras för vatten utan möjlighet för inträngande fukt att torka ut.

Ett rent strikt ansvar för näringsidkaren kan initialt framstå som oerhört kostsamt för denne. Den merkostnad ett sådant ansvar skulle innebära för näringsidkaren har denne dock möjlighet att kompensera genom att ta ut ett högre pris av konsumenten. Mot bakgrund av de ekonomiska teorierna om riskinställning och pengars avtagande marginalnytta kommer konsumenten i sin tur vara villig att betala det högre priset, eftersom denne hellre betalar lite mer för tjänsten än bär risken för fel. Det som initialt kan framstå som en oerhört kostsam reglering för näringsidkarna behöver alltså inte bli det.

Felansvaret i KtjL innebär att entreprenaden är felaktig om resultatet avviker från bland annat vad parterna avtalat eller vad som utgör fackmässig standard. I prop. 2003/04:45 diskuterade regeringen möjligheterna att utöka näringsidkarens ansvar så att denne i fall beträffande småhusentreprenader även skulle ansvara för fel som inte beror på avvikelse från fackmässig standard.⁴⁶¹ För mig framstår diskussionen som huvudsakligen olycklig. Genom att prata om möjligheterna att utvidga näringsidkarens ansvar ger departementschefen sken av att det enligt gällande rätt inte går att få ersättning för sådant som utgör en avvikelse från fackmässig standard, något som enligt såväl lagtextens ordalydelse som förarbeten visst är möjligt. Fackmässighet anges i förarbetena vara ett minimikrav varför bristfälligheter som utgör en avvikelse från parternas uttryckliga eller underförstådda avtal utgör fel, oavsett om tjänsten är fackmässigt utförd. Som ovan nämns⁴⁶² föranledda uttalandena om fel som inte beror på avvikelse från fackmässig standard ingen lagändring i felansvaret i KtjL 9 §, varför det är tveksamt vilket värde uttalande kan antas ha. Min uppfattning är att de inte ska tillmätas någon vidare betydelse i den mån de inte är förenliga med lagtexten. I lagtexten anges vilka situationer som ska föranleda ett felansvar för säljaren och min uppfattning är att bedömningen ska utgå från dem, inte från hur departementschefen menar att felansvaret ska se ut. I Myresjöhusfallet la hovrätten stor vikt vid vad som anförts i prop. 2003/04:45, vilket mot bakgrund av det sagda framstår som olyckligt.

⁴⁶¹ Se ovan avsnitt 2.4 och avsnitt 4.2.5.

⁴⁶² Se ovan avsnitt 2.4.

Att uttalandena bara huvudsakligen är olyckliga är för att de samtidigt diskuterar en annan lösning än den som är för handen idag, nämligen ett utökat näringsidkaransvar för fel som inte kan anses omfattas av avtalet och som inte beror på en avvikelse från fackmässig standard. Som precis nämnts skulle ett sådant strängare ansvar vara positivt då det skulle ge näringsidkarna incitament att vidta fler förebyggandeåtgärder.

I propositionen tas olika skäl för respektive emot ett utvidgat ansvar upp. Ett skäl som anförs mot ett utökat ansvar är att det kan uppstå märkliga ansvarförhållanden då det uppkommer en skillnad mellan produktansvaret i PAL och det tänka ansvaret enligt KtjL. I och med att utvecklingsskador är undantagna från PAL enligt 8 § 4 p. skulle producenten av en vara inte kunna hållas ansvarig när säkerhetsbristen i produkten inte var möjlig att upptäcka inom ramen för det vetenskapliga eller tekniska vetandet vid tiden då den sattes på marknaden, medan en näringsidkare enligt KtjL skulle bli det. Detta ansågs olämpligt.⁴⁶³ Möjligheten att utöka ansvaret i KtjL till skador som inte beror på avvikelse från fackmässigt utförande, men i tillägg införa ett undantag för utvecklingsskador i likhet med PAL 8 § 4 p. tas inte upp i motiveringen. Utifrån de skäl som anges i propositionen menar jag att det är en möjlig mellanvägslösning. Konsumentskyddet skulle stärkas och det olämpliga i att ha ett fackmässighetsansvar skulle reduceras, samtidigt som en kongruens mellan PAL och KtjL skulle uppnås. Dock, vilket kan förstås mot bakgrund av den rättsekonomiska analysen, är ett undantag för utvecklingsskador egentligen inte motiverat. Näringsidkaren framstår även i sådana situationer som en bättre riskbärare än konsumenten, i och med att denne har större möjligheter att vidta långsiktiga förebyggandeåtgärder inom forskningen alternativt självförsäkra eller teckna en extern försäkring beträffande sådana risker som inte är möjliga att forska fram.

⁴⁶³ Se ovan avsnitt 4.2.5.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Betänkanden

1991/92:LU14 Produktansvar

Propositioner

Prop. 1970:20 Förslag till jordabalk

Prop 1984/85:110 Om konsumenttjänstlag

Prop. 1989/90:77 Om konsumentskyddet vid förvärv av småhus m.m.

Prop. 1989/90:89 Om ny konsumentköplag

Prop. 1990/91:197 Om produktskadelag

Prop. 2003/04:45 Stärkt konsumentskydd vid småhusbyggande

Remissammanställning

Ju 2000/6749/L1 Konsumentskyddet vid småhusbyggande (SOU 2000:110)

Statens offentliga utredningar

SOU 1979:36 Konsumenttjänstlag

SOU 2000:110 Konsumentskyddet vid småhusbyggande

SOU 2005:30 Lagen om byggförsäkring – en utvärdering

SOU 2013:10 Rätta byggfelen snabbt! – med effektivare förelägganden och försäkringar

Litteratur

Bakardjieva Engelbrekt, Antonina: *Institutionell teori och metod*. I: Juridisk metodlära (red: Fredric Korling och Mauro Zamboni), Studentlitteratur AB, Lund 2013. [cit: Bakardjieva Engelbrekt 2013]

Bastidas Venegas, Vladimir: *Rättsekonomi*. I: Juridisk metodlära (red: Fredric Korling och Mauro Zamboni), Studentlitteratur AB, Lund 2013. [cit: Bastidas Venegas 2013]

Cederlöf, Joakim m.fl: *Jordabalken. En kommentar till JB och anslutande författningar*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2011. [cit: Cederlöf m.fl. 2011]

Cooter, Robert och Ulen, Thomas: *Law & Economics*, 6:e upplagan, Pearson Education, Boston 2012. [cit: Cooter och Ulen 2012]

Dahlman, Christian: *Konkurrerande culpakriterier*, Studentlitteratur, Lund 2000. [cit: Dahlman 2000]

Dahlman, Christian: *Neutralitet i juridisk forskning*, Studentlitteratur, Lund 2006. [cit: Dahlman 2006]

Dahlman, Christian: *Produktsäkerhet och rättsekonomi*, JT 2001/02 s. 278-292. [cit: Dahlman 2001]

Dahlman, Christian: *Rättspositivismens ekonomiska grund*. I: Studier i rättsekonomi. Festskrift till Ingemar Ståhl (red: Christian Dahlman), Studentlitteratur, Lund 2005. [cit: Dahlman 2005]

Dahlman, Christian, Glader, Marcus och Reidhav, David: *Rättsekonomi. En introduktion*, 2:a upplagan, Studentlitteratur, Lund 2004. [Cit: Dahlman, Glader och Reidhav 2004]

Elfström, Jan och Ashton, Lars Erik: *Fel i fastighet*, 3:e upplagan, AB svensk Byggtjänst, Stockholm 2008. [cit: Elfström och Ashton 2008]

Elmarsson, Bengt och Nevander, Lars Erik: *Puts på tilläggsisolering. En problemanalys*, Institutet för byggnadsteknik tekniska högskolan Lund, Lund 1978. [cit: Elmarsson och Nevander 1978]

Grauers, Folke: *Fastighetsköp*, 20:e upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2012. [cit: Grauers 2012]

Gräns, Minna: *Användning av andra vetenskaper*. I: Juridisk metodlära (red: Fredric Korling och Mauro Zamboni), Studentlitteratur AB, Lund 2013. [cit: Gräns 2013]

Hager, Richard och Victorin, Anders: *Allmän fastighetsrätt*, 6:e upplagan, Iustus Förlag AB, Uppsala 2011. [cit: Hager och Victorin 2011]

Hedberg, Stig och Johansson, Sture: *Konsumententreprenader*. AB svensk Byggtjänst, Stockholm 2008. [cit: Hedberg och Johansson 2008]

Hellner, Jan: *Metodproblem i rättsvetenskap. Studier i förmögenhetsrätt*, 2001. [cit: Hellner 2001]

Hellner, Jan: *Supplement till Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt. Fel i såld fastighet m m*, Juristförlaget JF AB, Stockholm 1990. [cit: Hellner 1990]

Hellner Jan, Hager Richard och H Persson Annina: *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt 1 häftet. Särskilda avtal*, 5:e upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2010. [cit: Hellner, Hager och Annina 2010]

Hellner, Jan och Radetzki, Marcus: *Skadeståndsrätt*, 8:e upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2010. [cit: Hellner och Radetzki 2010]

Jansson, Anders: *Putsade regelväggar 2011. Erfarenheter från undersökningar som SP har utfört, SP Rapport 2011:61*, SP Energiteknik, 2011. [cit: Jansson 2011]

Jansson, Anders, Mjörnell, Kristina och Samuelsson, Ingemar: *Fuktskador i putsade, odränerade träregelväggar – lägesrapport i oktober 2007, SP Rapport 2007:36*, SP Energiteknik, 2007. [cit: Jansson, Mjörnell och Samuelsson 2007 a]

Jansson, Anders, Mjörnell, Kristina och Samuelsson, Ingemar: *Skador i putsade träregelväggar. I: Bygg & Teknik 2007*. [cit: Jansson, Mjörnell och Samuelsson 2007 b]

Jansson, Anders och Samuelsson, Ingemar: *Putsade regelväggar, SP Rapport 2009:16*, SP Energiteknik, 2009. [cit: Jansson och Samuelsson 2009]

Johansson, Svante O: *Konsumenttjänstlagen. En kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm 2013. [cit: Johansson 2013]

Karlgren, Hjalmar: *Felansvaret vid fastighetsköp enligt Jordabalken*, Studentlitteratur, Lund 1976. [cit: Karlgren 1976]

Kihlman, Jon: *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom*, Stiftelsen MercurIUS, Stockholm 1999. [cit: Kihlman 1999]

Kleineman, Jan: *Rättsdogmatisk metod. I: Juridisk metodlära* (red: Fredric Korling och Mauro Zamboni), Studentlitteratur AB, Lund 2013. [cit: Kleineman 2013]

Kristoffersson, Eleonor: *Att använda prejudikat och annan rättspraxis i rättstillämpningen*, SvSkT 2011:10 s. 835-849. [cit: Kristoffersson 2011]

Lind, Johan: *Fel i fastighet. I: Festskrift till Ulf K. Nordensson* (red: Jan Hellner m.fl.), Jure AB, Stockholm 1999. [cit: Lind 1999]

Lindskog, Stefan: *En avhandling om aktieöverlåtelser*, SvJT 1993 s. 97-133. [cit: Lindskog 1993]

Nordquist, Richard: *Förarbetenas rättskällestatus – ett historiskt perspektiv*, JP nr 1/2011 s. 141-147. [cit: Nordquist 2011]

Olsen, Lena: *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004 s. 105-145. [cit: Olsen 2004]

Peczenik, Aleksander: *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249-272. [cit: Peczenik 2005]

Peczenik, Aleksander: *Juridikens metodproblem*, Almqvist och Wiksell Förlag, Stockholm 1980. [cit: Peczenik 1980]

Peczenik, Aleksander: *Juridikens teori och metod*, Norstedts Juridik, Stockholm 1995. [cit: Peczenik 1995]

Posner, Richard A: *Economic Analysis of Law*, 7:e upplagan, Aspen Publishers, New York 2007. [cit: Posner 2007]

Ramberg, Jan och Herre, Johnny: *Allmän köprätt*, Norstedts Juridik, 7:e upplagan, Stockhol 2014. [cit: Ramberg och Herre 2014]

Rehme, Dag och Skogh, Göran: *Strikt ansvar i rättsekonomsisk analys*. JT 1994/95 s. 1161-1170. [Cit. Rehme och Skogh 1994]

Rodhe, Knut: *Lärobok i obligationsrätt*, 6:e upplagan, Norstedts Förlag, Stockholm 1986. [cit: Rodhe 1986]

Runesson, Eric M: *Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*, Juristförlaget, Stockholm 1996. [cit: Runesson 1996]

Samuelsson, Ingemar och Wånggren, Bengt: *Fukt och mögelskador Hammarby Sjöstad, SP Rapport 2002:15*, SP Byggnadsfysik, 2002. [cit: Samuelsson och Wånggren 2002]

Samuelsson, Per: *Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden*, Karnov Group Sweden AB, Stockholm 2011. [cit: Samuelsson 2011]

Samuelsson, Per: *Om rättsekonoms uppkomst och inverkan på den aktiebolagsrättsliga forskningen*, SvJT 1997 s. 528-550. [cit: Samuelsson 1997]

Sandgren, Claes: *Om empiri och rättsvetenskap (del I)*, JT 1995/96 s. 726-746. [cit: Sandgren 1995]

Sandgren, Claes: *Om teoribildning och rättsvetenskap*, JT 2004/05 s. 297-333. [cit: Sandgren 2004]

Skogh, Göran: *Den osynliga handeln och lagens långa arm. I: Rättsekonomi* (red: Göran Skogh), LiberFörlag, Malmö 1983. [cit: Skogh 1983]

Skog, Göran: *En transaktionskostnadsteori om försäkring. I: Studier i rättsekonomi. Festskrift till Ingemar Ståhl* (red. Christian Dahlman), Studentlitteratur, Lund 2005. [cit: Skogh 2005]

Skogh, Göran och Lane, Jan-Erik: *Äganderätten i Sverige. En lärobok i rättsekonomi*, 2:a upplagan, SNA Förlag, Stockholm 2000. [cit: Skogh och Lane 2000]

Spaak, Torben: *Rättspositivismen och juridisk metod. I: Juridisk metodlära* (red: Fredric Korling och Mauro Zamboni), Studentlitteratur AB, Lund 2013. [cit: Spaak 2013]

Werin, Lars: *Ekonomi och rättssystem*, 2:a upplagan, LiberFörlag, Lund 1982. [cit: Werin 1982]

Westerlind, Peter: *Kommentar till Jordabalken 1-5 kap*, Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1921. [cit: Westerlind 1971]

Elektroniska källor

Blom Westergren, Elina: *Så påverkar fukt och mögel i huset din hälsa*, publicerad den 22 augusti 2012. Hämtad den 14 maj 2014 från: <http://www.byggahus.se/renovera/sa-paverkar-fukt-och-mogel-i-huset-din-halsa> [cit: Blom Westergren 2012]

Blomstrand, Severin, Broqvist, Per-Anders och Lundström, Rose-Marie: *Zeteo lagkommentar till produktansvarslagen (1992:18) 2 §*, uppdaterad 1 februari 2002, hämtad 18 april från: <http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/docview?state=92336> [cit: Zeteo lagkommentar till 2 § PAL]

Blomstrand, Severin, Broqvist, Per-Anders och Lundström, Rose-Marie: *Zeteo lagkommentar till produktansvarslagen (1992:18) 8 §*, uppdaterad 1 februari 2002, hämtad 18 april från: <http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/docview?state=57881> [cit: Zeteo lagkommentar 8 § PAL]

Eriksson, Anna: *HD prövar fuktskadetvist mellan husägare och Myresjöhus – ”har ett stort principvärde”*, publicerad den 27 januari 2014. Hämtad den 18 april 2014 från: <http://www.dagensjuridik.se/2014/01/hd-provar-fuktskadetvist-mellan-husagare-och-myresjohus-har-ett-stort-principvarde> [cit: Eriksson 2014]

Grauers, Folke: *Analys: Byggnormen i felbedömningen*, publicerad den 7 juni 2010. Hämtad den 15 maj 2014 från: <http://www.infotorgjuridik.se> [cit: Grauers 2010]

Högsta domstolen: *Pressmeddelande. Meddelat prövningstillstånd*, meddelat och publicerat den 24 januari 2014. Hämtat den 22 april från: <http://www.hogstodomstolen.se/Mer-om-Hogsta-domstolen/Nyheter-fran-Hogsta-domstolen/Meddelat-provningstillstand/> [cit: HD:s beslut om prövningstillstånd den 24 januari 2014]

SP Sveriges Tekniska Forskningsinstitut, *Organisation*, hämtad den 15 maj 2014 från: <http://www.sp.se/sv/about/organisation/Sidor/default.aspx> [cit: SP 2014]

Övriga källor

Boverket: *Boverket informerar om problem med putsade enstegstätade träregelväggar 2009:3*, utgiven den 15 maj 2009. [cit: Boverket informerar 2009:3]

Konsumentombudsmannen: *Komplettering av överklagande till HD i Göta hovrätts dom i mål T 99-12 meddelad den 18 januari 2013, mål T 916-13 i HD*, daterad den 1 mars 2013. [cit: KO kompletterad överklagan]

Villaägarnas Riksförbund: *Rådgivningsavdelningen informerar om enstegstätade fasader. För dig som ska bygga en ny villa eller nytt fritidshus eller har ett hus med enstegstätad fasad*, 2:a upplagan, 2009. [cit: Villaägarnas Riksförbund 2009]

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Högsta domstolen

Mål T 916-13

NJA 1975 s. 545

NJA 1976 s. 217

NJA 1978 s. 307

NJA 1980 s. 398

NJA 1981 s. 894

NJA 1983 s. 865

NJA 1984 s. 3

NJA 1985 s. 871

NJA 1986 s. 670 I och II

NJA 1989 s. 117

NJA 1997 s. 290

NJA 2007 s. 86

NJA 2010 s. 286

Rättsfall från hovrätterna

Göta hovrätts dom i mål T 99-12 meddelad den 18 januari 2013 [cit: HovR i Myresjöhusfallet]

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål T 1118-11 meddelad den 14 mars 2012 [cit: HovR i Jordabalksfallet]

RH 1979:82

RH 2013:5

Rättsfall från tingsrätterna

Eksjö tingsrätts dom i mål T 1577-10 meddelad den 9 december 2011 [cit: TR i Myresjöhusfallet]

Helsingborgs tingsrätts dom i mål T 5488-09 meddelad den 18 mars 2011
TR i T 1577-10 [cit: TR i Jordabalksfallet]