



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Louise Trattner

Rådgivaransvaret vid fastighetsöverlåtelser

- Särskilt om friskrivningsklausuler vid grov vårdslöshet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Malin Sjöstrand

Termin för examen: Period 1 VT 2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Syfte och frågeställningar	6
1.2 Avgränsning	7
1.3 Material	8
1.4 Metod	10
1.5 Forskningsläge	11
1.6 Disposition	11
2 FEL I FASTIGHET	13
2.1 Faktiska fel	13
2.2 Köparens undersökningsplikt	14
2.3 Säljarens upplysningar	16
2.4 Sammanfattande slutsats	18
3 RÅDGIVARANSVAR	19
3.1 Rådgivning	19
3.2 Gällande rätt för rådgivare	20
3.3 Ansvarets ramar	21
3.4 Objektiva förutsättningar för ansvar	22
3.4.1 Skada	23
3.4.2 Oaktsamhet	24
3.4.3 Adekvat kausalitet	24
3.5 Rådgivarens skyldigheter	25
3.5.1 Rådgivares omsorgsplikt	26
3.6 Specialisters ansvar	30

3.6.1	Besiktningmän	30
3.6.1.1	Gällande rätt	31
3.6.1.2	Besiktningmäns skyldigheter	32
3.6.2	Mäklare	37
3.6.2.1	Gällande rätt	38
3.6.2.2	Mäklares skyldigheter	38
3.6.3	Andra rättsfall som berör mäklares och besiktningmäns rådgivaransvar	43
3.6.4	Övriga relevanta rådgivaransvar	45
3.7	Sammanfattande slutsats	47
4	FRISKRIVNINGSKLAUSULER	50
4.1	Friskrivningsklausuler vid fastighetsöverlåtelse	50
4.2	Allmänt om friskrivningsklausuler	52
4.3	Kontroll av friskrivningsklausuler	53
4.3.1	Dold kontroll	54
4.3.2	Öppen kontroll	57
4.3.3	Kommersiella avtal	58
4.4	Kritik	60
4.5	Friskrivning från grov vårdslöshet och uppsåt	61
4.6	Sammanfattning	64
5	DET NYA RÄTTSLÄGET	66
5.1	NJA 2018 s. 414 och Profilgruppsdomen	66
5.2	NJA 2017 s. 113	67
5.2.1	Rättens bedömning	68
5.3	Åsikter i doktrinen	72
6	ANALYS AV RÅDGIVARANSVARET I LJUSET AV NJA 2017 S. 113	76
6.1	Answarets omfattning	76
6.2	Rådgivarens skyldigheter	79
6.3	Rådgivares friskrivningsklausuler	84
6.4	Avslutning	88
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	91
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	96

Summary

Errors and deficiencies in real estate can lead to excessive costs for the buyer. Particularly if the buyer is a consumer. The buyer of a property has, among other things, a far-reaching obligation to examine the real estate before buying it. The seller can only be liable for defects that the buyer couldn't have discovered through a thorough examination of the real estate with regard to the property's condition, the nature of comparable real estates and other circumstances in the agreement, this according to the 4th chapter jordabalken. As a general rule, the buyer can examine the real estate himself, but in most cases the buyer hires a real estate inspector to conduct a thorough examination of the property. Real estate inspectors, but also other advisors and experts like brokers or lawyers are often hired throughout the real estate transaction. These advisors should inform the buyer about known risks and faults of the real estate and advise the buyer and seller how the parties should act to ensure that both the buyer and the seller are fully informed to avoid problems arising. Advisor's responsibilities are governed by general contract principles. A consequence of this is that the consumer protection is high and that the advisor's responsibility must be based on an assessment of the advisor's negligence. Among other things, the advisor must carry out the assignment as carefully as possible and shall inform his client in such a pedagogical manner that the client can understand the information. A basic principle for Swedish contract law is freedom of contracts. This freedom of contract means that the parties control the content of the agreement.

In most cases the advisor presents the consumer with standard-form contracts that apply to all the advisor's assignments and its different contracting parties. This means that the consumer's specific needs are not taken into account when presenting the conditions in the contract. It also means that the contractor, in this case the advisor, wants to limit his liability through disclaimers and exemption clauses. There's a risk that the disclaimer will present itself unfair later on. An example of such a situation is when the advisor acts particularly blatantly in the performance of his / her task. The courts have in recent years chosen to make an assessment of whether the disclaimer makes the limitation of liability unreasonable in itself after an overall assessment of both the risk distribution in the contract, but also looks to other circumstances. This assessment has made the advisor's strict responsibility less covering, something that's been both praised and criticized in the doctrine. An assessment based on whether the liability limitation is unreasonable in itself will rarely lead to a disclaimer clause being completely disregarded. Instead the "general clause" in avtalslagen will be used to adjust the exemption clause and therefore also the advisor's liability.

Sammanfattning

Fel och brister i fastighet kan leda till mycket kostnader för framför allt en konsument. En köpare av en fastighet har en långtgående undersökningsplikt som gör att köparen inte kan åberopa en avvikelse som köparen borde ha upptäckt vid en sådan undersökning av fastigheten som varit påkallad med hänsyn till fastighetens skick, den normala beskaffenheten hos liknande fastigheter samt omständigheterna vid köpet enligt 4 kap 19 § 2 st. JB. En undersökning ska som huvudregel kunna göras av köparen själv men i många fall anlitar köparen en besiktningsman för att göra en fullgod undersökning av fastigheten. Besiktningsmän, men även andra rådgivare och sakkunniga personer likt mäklare eller advokater, anlitas ofta vid fastighetsöverlåtelser. Dessa rådgivare kan informera om risker och fel i fastigheten samt ge råd om hur parterna ska agera för att både köparen och säljaren ska vara fullt informerade för att undvika att problem och tvister uppstår.

Rådgivares ansvar har tidigare de senaste decennierna ansetts vara väldigt strängt. Ansvaret styrs av allmänna kontraktsrättsliga principer. En följd av det är att konsumentskyddet ställs högt och att ansvar för utförande av tjänsten ska grundas på en culpabedömning. Bland annat ska rådgivaren genomföra uppdraget så omsorgsfullt som möjligt och ska informera sin uppdragsgivare på ett sådant pedagogiskt sätt att uppdragstagaren kan tillgodogöra sig informationen.

En grundläggande princip för att den svenska avtalsrätten är att det föreligger avtalsfrihet. Denna avtalsfrihet innebär bland annat att det är parterna som styr avtalets innehåll. Avtalsförhållandet mellan en konsument och en näringsidkare kännetecknas av att näringsidkaren i många fall lägger fram standardvillkor vilka ska gälla för samtliga uppdrag rådgivaren tar på sig mot många olika avtalsparter. Det medför att konsumentens specifika behov inte beaktas då villkoren utarbetas. Det innebär också att näringsidkaren, i detta fallet rådgivaren, vill begränsa sitt ansvar genom friskrivningsklausuler. Det finns en risk med att villkoren åsidosätter rådgivarens ansvar i en sådan mån att de anses vara oskäliga.

Ett exempel på en sådan situation är då en rådgivare agerat särskilt klandervärt vid utförandet av sitt uppdrag. Domstolarna har de senaste åren valt att göra en bedömning om friskrivningsklausulen ska stå sig genom att se om ansvarsbegränsningen är oskälig i sig och genom att göra en helhetsbedömning av dels riskfördelningen men även förhållanden vid uppkomsten av avtalet och förhållanden som tillkommit efter det. En bedömning utifrån om ansvarsbegränsningen är oskälig kommer sällan leda till att en friskrivningsklausul åsidosätts helt utan kommer

istället jämkas med stöd av 36 § avtalslagen. Denna bedömning har gjort att rådgivarens tidigare stränga ansvar inte kan anses vara lika långtgående längre. För en konsument som anlitar en sakkunnig vid köp av fastighet kommer det innebära att denne inte kommer känna samma tillit till en anlita rådgivare. I fastighetsrätten kommer det leda till att köparen själv får se till att denne är fullt informerad om fastighetens skick, ett krav som inte överensstämmer med gemene mans kunskaper om fastigheter idag.

Förord

Det kan vara svårt att välja ett ämne i inledningsstadiet till uppsatsskrivandet. När jag cyklade upp för backen till LTH för mitt första handledarmöte hade jag bara en rad olika tankar och idéer kring ämnen som skulle kunna vara intressanta att skriva om. När jag en halvtimme senare gick ut ifrån mötet kände jag ny energi och hade jag fått hjälp att välja och vraka bland alla idéer, vissa visade sig ha varit mer lämpade för ett examensarbete, andra mindre. Jag vill därför börja med att tacka min handledare Malin Sjöstrand för all hjälp med bollandet av idéer jag fått de senaste månaderna. Jag har verkligen känt mig fylld av energi och har känt att uppsatsen har utformats mer och mer för varje gång vi träffats. Att sätta ett fokusområde och hålla sig till det har varit svårt, men du har hjälpt mig något enormt.

När vi började på Juristprogrammet fick vi en broschyr med rubriken ”nio terminer”. Då kändes det som en oändlighet, idag känns det som att tiden gått i raketfart. Att det sedan skulle ta mig sex år att faktiskt bli klar, det kanske jag inte hade trott då, men vilken tid det varit. Den sista terminen har varit allt annat än jobbig. Jag lyckades hinna med ett Vasalopp och en hel del andra roligheter och enligt mig är det exakt så studietiden ska vara- en enda stor mix av studier blandat med andra helt icke-studierrelaterade upptåg.

För att ha kunnat genomgå dessa år så smärtfritt finns det ett helt hav av vänner som ska ha en eloge för att de stått ut med mig i såväl stressade tentaperioder som mysiga fikastunder. Ni alla vet vilka ni är.

Sist men inte minst vill jag självklart rikta ett stort tack till de jag håller närmst mitt hjärta: Viktor, mamma, pappa, Ulrik och Jacob- Tack för att ni alltid stöttar mig om det så är ett samtal, matinköp eller en flytt till Schweiz. Tack för att ni helt enkelt är ni och för att ni är bäst. Vilken resa det varit- och än har den bara börjat. Mot Göteborg och vidare.

Lund den 21 maj 2019

Förkortningar

AN	Mäklarsamfundets Ansvarsnämnd
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
DCFR	Draft Common Frame of Reference
FML	Fastighetsmäklarlag (2011:666)
FMN	Fastighetsmäklarnämnden
JB	Jordabalken
JT	Juridisk Tidskrift
HB	Handelsbalken
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätterna
KtjL	Konsumenttjänstlagen (1985:716)
KöpL	Köplagen (1990:931)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från Hovrätterna
SFS	Svensk författningssamling
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SvJT	Svensk Juristtidning
Unidroit Principles	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

1 Inledning

Dagens samhälle präglas av förtroendeförhållanden och tillit. Tilliten präglar inte minst det förhållande som uppstår mellan en rådgivare och en köpare av en fastighet då köparen eller säljaren anlitar den sakkunnige rådgivaren för att lättare kunna genomföra fastighetstransaktionen. Rådgivarens sakkunskap är ofta avgörande då köp av en bostadsfastighet inte sällan är en mycket stor affär för köparen. Inte minst då säljaren av en fastighet ofta friskriver sig från ansvar beträffande fel i fastigheten. Att kunna göra en välinformerad affär och undvika kostsamma processer ligger i samtliga parter intresse men har stor betydelse för en köpare då en han/hon sällan besitter den kunskap som erfordras för att bli tillräckligt informerad om fastigheten utan rådgivarens hjälp och därmed inte kan uppfylla sina skyldigheter vid köpet utan rådgivarens hjälp. Mot köparens skyddsbehov står vid ett fastighetsförvärf rådgivarens möjlighet att förutse sitt potentiella ansvar vid fel. Den dispositiva rätten grundar sig därför på avtalsfrihet och partsautonomi. Inskränkningarna i avtalet innebär ofta begränsningar i vilka påföljder som kan göras gällande för den skadegörande parten. Inom just tjänstesektorn har immateriella tjänster blivit allt vanligare. Till följd av detta har ansvarsfrågor vid fel uppdragats, särskilt då tjänsterna får alltmer komplicerad karaktär. Rådgivarens skadeståndsansvar har utvecklats rent rättsligt. Inte minst inom fastighetsrätten.

Avtalsfriheten är inte helt obegränsad. I svensk rätt har en princip om att en part inte kan friskriva sig från grov vårdslöshet funnits. 2017 lade HD dock grunden för en helt ny bedömning genom NJA 2017 s. 113. I målet ställs en besiktningsman inte till svars trots att denne agerat grovt vårdslöst. Rättsläget sedan HD:s dom är inte helt klart. Framförallt inte när det kommer till just rådgivaransvaret vid fel i fastighet och då främst besiktningsmäns och mäklares ansvar. Denna uppsats ska försöka utreda vad det är som faktiskt gäller idag och se om HD:s dom bidragit till ett minskat rådgivaransvar och framförallt yrkeskategorierna mäklare och besiktningsmän.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda hur rådgivaransvaret vid fastighetstransaktioner ser ut idag. För att begränsa rådgivaransvaret till att främst ta upp rådgivaransvaret vid fastighetsöverlåtelser kommer uppsatsen utgå från NJA 2017 s. 113 och undersöka mäklares och besiktningsmäns rådgivaransvar utifrån de resonemang som förs i fallet. Syftet är att se hur rådgivaransvaret ser ut främst då rådgivaren agerat

klandervärt och då friskrivningsklausuler föreligger i avtalet mellan rådgivaren och uppdragsgivaren.

Frågorna som ska besvaras i denna uppsats är:

- Hur ser rådgivaransvaret vid fastighetsöverlåtelser ut idag? Vad begränsas uppdragets omfattning av?
- Hur görs den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler? Hur påverkas friskrivningsklausuler i rådgivaravtalet då uppdraget utförts grovt vårdslöst?
- Har rättsläget förändrats i och med Profilgruppsdomen men framför allt NJA 2017 s. 113?

1.2 Avgränsning

I uppsatsens informativa del har jag valt att fokusera på tre områden- fel i fastighet rådgivaransvaret och friskrivningsklausuler. I kapitlet rörande fel i fastighet har jag valt att enbart behandla faktiska fel i fastighet. Det valet har jag gjort då rådgivaransvaret och framför allt mäklarens och besiktningsmannens ansvar har samband med köparens undersökningsplikt. Rådgivaransvaret blir i majoriteten av alla tvister enbart relevant då upptäckbara faktiska fel upptäckts som en följd av att köparen inte uppfyllt sin undersökningsplikt och ansvaret är därför inte är relevant vid rättsliga fel och rådighetsfel.

Jag har valt att fokusera på mäklares men framför allt besiktningsmäns rådgivaransvar gentemot en köpare av fastighet med utgångspunkt att köparen har köpt fastigheten för att bo där själv. Anledningen till varför jag har valt just dessa yrkeskategorier är då jag utgår från NJA 2017 s. 113 och undersöker mäklares och besiktningsmäns rådgivaransvar utifrån de resonemang som förs i fallet. För att få förståelse för rådgivningsansvaret i stort har dock krävts att uppsatsen behandlar andra yrkeskategorier än besiktningsmän och mäklare i frågan rörande rådgivaransvar. Jag begränsar mig dock till att enbart ta upp mäklares och besiktningsmäns ansvar i analysdelen på grund av platsbrist. Anledningen till varför Profilgruppsdomen analyseras i samband med NJA 2017 s. 113 är då argumenten i domen ligger till grund för HD:s avgörande. Fallet har inte lika högt prejudicerande värde men tas upp i uppsatsen för att utveckla förståelsen för varför HD resonerat som de gjort i NJA 2017 s. 113.

Då lagstiftningen inte är heltäckande behandlas många rättsfall. Fokus har främst lagts på att ta fram prejudicerande fall från Högsta domstolen men även andra rättsfall förekommer. På grund av platsbrist har jag inte kunnat belysa Allmänna Reklamationsnämndens rekommendationer även om de är vanligt förekommande. Jag anser dock inte att bristen av dessa ger uppsatsen en mindre nyanserad omfattning.

Ett område som hade kunnat behandlas i en egen uppsats är ansvarsförsäkringars påverkan på friskrivningsklausuler. Då detta är ett mycket omfattande område har jag valt att inte ta upp den i främsta rummet även om det kommer att kort behandlas i uppsatsens senare del.

En internationell aspekt av denna uppsats hade kunnat bli intressant. Jag har däremot valt att fokusera på svensk gällande rätt. För att göra det har jag varit tvungen att ta upp grundläggande avtalsrättsliga regelverk likt PECL, DCFR och Unidroit Principles. Det är ett medvetet val att däremot inte försöka basera uppsatsen på ytterligare internationell rätt med risken att uppsatsen skulle bli av alltför komparativ karaktär då.

1.3 Material

Då parterna reglerar avtalens innehåll vid rådgivningsuppdrag och då rådgivarens skyldigheter i de flesta fall inte finns särskilt reglerat i författning, varken i svensk eller internationella regelverk leder det till att majoriteten av materialet är hämtat från rättspraxis och doktrin. Frågeställningen grundar sig därmed i en analys av det gällande rättsliga läget för ett område där praxis utgör en viktig del av rättskällorna. Såväl lagstiftning, praxis, förarbeten och doktrin, kommer att tas upp i uppsatsen i den mån det finns. Då ämnet har varit omdiskuterat de senaste åren och då flera har berört ämnet i doktrinen kommer även åsikterna de framför vägas in i uppsatsens avhandling. Dessa framförs främst genom artiklar i Svensk Juristtidning, Juridisk Tidskrift, tryckt litteratur och andra avhandlingar. Även om tyngdpunkten av materialet ligger på praxis och doktrin kommer även förarbeten att tas upp i avhandlingen.

Uppsatsen försöker ställa upp det tidigare gällande rättsläget för att sedan analysera HD:s argument i ett nytt prejudicerande fall. Detta kommer därför grundas i tidigare prejudikat. Ett problem som ställs upp är att ett prejudikat utreder rättsläget i ett konkret fall med de specifika förutsättningarna i det fallet som utgångspunkt. Jag ska försöka att inte svara specifikt på de frågor som rör förutsättningarna i enbart utan dela upp NJA 2017 s. 113 i olika delområden för att utreda rättsläget idag. Olika material har kommit att användas i uppsatsens olika kapitel.

I kapitel 2, som behandlar fel i fastighet, har jag främst använt mig av svensk doktrin. Jag har gällande uppdelningen av fel i fastighet tagit avsteg i Folke Grauers uppdelning mellan abstrakta och konkreta fel då min personliga åsikt är att det ger en lättöversiktlig syn på de fel som kan sätta köparens undersökningsplikt på sin spets. Ytterligare doktrin har gett en bredare bild av rättsläget tillsammans med uttalanden i förarbetena till jordabalken.

I kapitel 3 har rådgivaransvaret utretts. Lagstiftning har presenterats i den mån det finns. I de delarna lagstiftningen inte är heltäckande har förarbeten, analogier till annan närliggande lagstiftning, doktrin och artiklar försökt fylla ut för att skapa en helhetsbild av den gällande rätten. Kleinemans artikel *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*¹ har varit en inspiration till upplägget hur kapitlet och rubriksättningen skulle läggas upp.

I kapitel 4, rörande friskrivningsklausuler, har såväl doktrin som praxis försökt utreda rättsläget. I kapitlet tas UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles), Principles of European Contract Law (PECL) och Draft Common Frame of Reference (DCFR) upp i beskrivningen av den gällande rätten. Det rör sig om publicerade internationella principalsamlingar till följd av ett internationellt akademiskt samarbete vilka innehåller allmänna kontraktsrättsliga principer. Det har visats benägenhet hos Högsta domstolen att ta upp principalsamlingarna vilket ger intrycket av samlingarna ska ses som allmänna principer som antas gälla även i svensk rätt.² Det stöds av uppfattningen i doktrinen. Mot bakgrund av detta, samt det i svensk rätt inte finns lagstiftning som rör förhållandet mellan grov vårdslöshet och friskrivningsklausuler medan principalsamlingarna delvis tar upp frågan, har jag valt att ta upp dessa och beakta hur de ser på rättsläget.

I uppsatsen förekommer många olika begrepp för samma avtalsförhållande. För att uppsatsen ska vara logisk måste dessa begrepp skiljas åt men läsaren kan ha i bakhuvudet att begreppen uppdragstagare-uppdragsgivare, köpare- rådgivare, skadelidande- skadevållande, näringsidkare- konsument avser att syfta till samma parter, begreppen måste däremot användas olika beroende på vilket rättsområde det är som berörs.

Karnovs rättsdatabas, databasen InfoTorg Juridik och Juridiska Fakultetens bibliotek har varit platser där de flesta källor hittats. Några böcker och en del praxis har

¹ Kleineman, 1998, s. 185 ff.

² Se NJA 2008 s. 733; NJA 2009 s. 672; NJA 2017 s. 113.

uppmärksammats att de varit lite äldre. Dessa är lästa med försiktighet men har framför allt gett svar på frågan hur rättsläget var förr.

1.4 Metod

En *rättsdogmatisk metod* kommer att tillämpas. Jag ska med andra ord utreda den föreliggande rätten. Rättsdogmatisk metod eller ”den juridiska metoden” är en metod för tolkning och systematisering av gällande rätt som omfattar utarbetande av läror, problemlösning och utfyllande av luckor i rätten.³

Det finns en risk att en rättsdogmatisk metod leder till ett alltför deskriptivt arbete. Flera forskare har argumenterat mot uppfattningen att rättsvetenskapens roll skulle vara inskränkt till att diskutera vad som är eller bör vara gällande rätt. Istället har de hävdat att rättsvetenskapen också bör ägna sig åt att kritiskt granska såväl lagstiftning som rättstillämpning samt att komma med förslag till förbättringar.⁴ Jag har därför utöver fastställandet och systematiserandet av rätten valt att föra resonemang kring *de lege ferenda*. *De lege ferenda* syftar till ”vad lagen borde vara” i förhållande till *de lege lata* som syftar till att utreda ”vad lagen är”. På så sätt åsyftas att hitta en lösning på ett juridiskt problem genom att tillämpa rätten. Den rättsdogmatiska metoden sätter inte underrätternas tillämpning av praxis i fokus. Det kommer inte besvara det faktum att uppsatsen trots det kommer att ta upp underrättspraxis till viss del då det görs i ett försök att klargöra rätten och få en bredare överblick över hur den systematiskt tillämpas. I och med att uppsatsen kommer försöka fastställa *de lege ferenda* medför det att det kan sägas att även en *kritisk rättsdogmatisk metod* eller *rättsanalytisk metod* kommer att användas för att dra slutsatser om hur rättsläget borde se ut.

Den rättsdogmatiska metoden lägger i analysdelen inte vikt på kvantiteten av analyserade rättsfall eller lagar. Istället får istället rättskällans auktoritet betydelse för analysen.⁵ Rättspraxis från Högsta Förvaltningsdomstolen och Högsta Domstolen har enligt rättskälleläran formell auktoritet. Då prejudikat står mot varandra väger de prejudikat som är förenliga med varandra tyngre än de som anses vara isolerade avgränsanden. Nyare prejudikat har högre auktoritet än äldre.⁶

³ Sandgren, 2018, s. 43.

⁴ Asp, 2002, s. 312.

⁵ Sandgren, 2018, s. 43 f.

⁶ Lehrberg, 2016, s. 199.

1.5 Forskningsläge

På 1990-talet var processer rörande fel i fastighet vanligt förekommande. Samtidigt gjordes köparens undersökningsplikt vid fastighetsköp strängare. För att undvika kostsamma domstolsprocesser blev det allt vanligare att rådgivare anlätades för att undersöka fastigheterna. Följden blev ett flöde av rättsfall beträffande rådgivares ansvar. Kleineman gjorde ett försök att utreda rättsläget i *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*⁷ 1998 och har sedan dess varit vanligt förekommande i doktrinen. Även friskrivningsklausulers giltighet vid klandervärt agerande hos avtalspart har berörts i doktrinen. Framträdande författare som tar upp ämnet till behandling är Thorsten Lundmark i sin avhandling *Friskrivningsklausuler. Giltighet och Räckvidd* samt Ulf Bernitz i sin bok *Standardavtal*. För rådgivares friskrivningsklausuler har däremot väckts intresse de senaste åren. Detta då HD kom med sitt avgörande NJA 2017 s. 113. Sedan dess har domen nämnts i förening med friskrivningsklausuler i doktrinen och kritik har förts mot HD:s domskäl. Däremot finns det inte någon uttömmande doktrin som berör just kombinationen mellan de tre: rådgivaransvaret för mäklare och besiktningsmän, fel i fastighet och friskrivningsklausulers giltighet. På så sätt har denna uppsats ett nyhetsvärde.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med ett kapitel där fastighetsrätten berörs i en introduktion. Detta kapitel behandlar dels fel i fastighet men framför allt köparens undersökningsplikt i förhållande till säljarens upplysningar. Kapitlet är en viktig introduktion för att få förståelse för i vilka sammanhang rådgivarens plikt träder in.

I ett därefter följande kapitel introduceras en utredning av rådgivaransvaret. Ämnet har delats upp i rådgivarens objektiva ansvar och rådgivarens subjektiva ansvar ("Rådgivares skyldigheter") för att sedan gå in mer djupgående på besiktningsmannens och mäklarens skyldigheter. Även andra yrkeskategorier kommer nämnas i kapitlet för att ge läsaren en rättmätig bild av rådgivarens ansvar. Fokus ligger här på utredning av när ansvar uppstår och framför allt vad ansvaret omfattar.

I uppsatsens fjärde kapitel görs en genomgång av friskrivningsklausuler. Kapitlet är tänkt att kort spegla fastighetsrättens friskrivningsklausuler men framför allt de friskrivningsklausuler som är vanligt förekommande i avtal mellan rådgivare och

⁷ Kleineman, 1998, s. 185 ff.

uppdragsgivare. Kapitlet behandlar kontrollen domstolarna gör av alltför långgående friskrivningsklausuler och tar upp förekomsten av grov vårdslöshet i ansvarsförhållandet dels i svensk rätt, dels i internationella regelverk.

Uppsatsen avgränsas i kapitel fem att återspegla rättsläget idag för att sedan framföra doktrinen syn på utvecklingen. Till grund för bedömningen av rättsläget idag ligger Profilgruppsdomen men framför allt rättsfallet NJA 2017 s. 113.

Uppsatsen avslutas med ett sammanfattande analyskapitel. Här sammanfattas och analyseras rådgivaransvarets omfattning i fastighetsrätten, rådgivarens skyldigheter och kontrollen av friskrivningsklausuler genom att se hur rättsläget utvecklats men även genom att framföra egna åsikter om rättsutvecklingen. Avslutningsvis framförs en slutsats som försöker svara på frågan hur rättsläget ser ut idag med personliga värderingar i hur det borde vara.

2 Fel i fastighet

För att få en överblick vilket ansvar en rådgivare kan ställas till svars för krävs att man får en översikt över vilka fel som kan uppdagas i samband med en fastighetsöverlåtelse. Ofta rör det sig om stora summor för köparen och felet kan vara väldigt omfattande. Detta kapitel ska därför ge en kort presentation av de fel i fastighet av ämnet fel i fastighet som återfinns i jordabalkens (JB) fjärde kapitel för att ge läsaren förståelse för sammanhanget. Följande kapitel ska fokusera på faktiska fel då undersökningsplikten och därmed inte rådgivarens ansvar inte är lika relevant vid rådgivningsfel och rättsliga fel.

2.1 Faktiska fel

Fel i fastighet föreligger idag enligt 4 kap. 19 § jordabalken ”Om fastigheten inte stämmer överens med vad som följer av avtalet eller om den annars avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet”.

En uttömmande lista över om vad som utgör fel i fastighet ges inte av paragrafen. Till hjälp vid tolkningen av 4 kap. 19 § JB finns idag en stor mängd rättsfall. Som utgångspunkt kan ett fel sägas föreligga då fastighetens marknadsvärde har påverkats. En köpare ska vidare kunna räkna med att fastigheten han/hon köper är fullt användbar för det ändamål han/hon köpt fastigheten för, förutsatt att en undersökning av fastigheten inte hade kunnat föra köparen ur denna villfarelse. Något krav på att felet ska vara väsentligt ställs inte upp i fall då köparen inte vill påkalla hävning.⁸

Jordabalken skiljer under kategorin faktiska fel mellan konkreta och abstrakta fel. Konkreta fel innebär en avvikelse från avtalsinnehållet i form av en positiv- eller negativ egenskap hos fastigheten. Dessa fel kan följa av skriftliga uppgifter från säljaren eller som är en del av avtalet men kan även utmynna från en muntlig uppgift från säljaren eller annan som agerar för dennes räkning.⁹ Det finns två viktiga kategorier som grundar konkreta fel; uttryckliga garantier, ”Om fastigheten inte stämmer överens med vad som följer av avtalet...”, och enuntiationer (utfästelser) ”...vad som följer av avtalet...” lyder ”...eller om den annars avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet”. En enuntiation föreligger då säljaren har lämnat tillräckligt preciserade uppgifter om den fasta egendomen inför köpet

⁸ Prop. 1989/90:77 s. 60.

⁹ Grauers, 2016, s. 132 f.

utan att det rör sig om en garanti eller ett ansvar för uppgifternas riktighet. Uppgiften ska ha lämnats för att inge någon slags tillit och kräver att köparen har utgått från att det säljaren uppgett är riktigt. Hit ska inte uppgifter som är så allmänt hållna och som snarare återspeglar säljarens egen värdering eller uppgifter som är uppenbart överdrivna, s.k. allmänt lovprisande, räknas.¹⁰

Vid en felbedömning ska fastighetens faktiska egenskaper jämföras med de egenskaper säljaren utfäst eller garanterat att den har. Säljarens ansvar kan vara underförstått och inkluderar ett skadeståndsansvar.¹¹

Om fastigheten avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet, föreligger enligt 4 kap 19 § JB ett abstrakt fel. I frågor där avtalet inte ger någon vägledning men då man objektivt kan fastställa en viss standard utifrån omständigheterna och där fastigheten avviker från denna normala standard kan man utmäta förekomsten av ett abstrakt fel. I förarbetena talar man om att ”det blir fråga om en dold avvikelse från vad som objektivt sett kan anses typiskt och ordinärt för en fastighet av det aktuella slaget och byggnadsskicket”.¹² Utgångspunkten är vad en vanlig köpare normalt ska kunna förvänta sig att denna standard föreligger så länge avvikelsen inte öppet förekommit i förhandlingarna inför köpet.¹³ Det normala skicket varierar beroende på byggnadens ålder och allmänna skick. Köparens uppfattning av fastigheten bör alltså påverkas om byggnaden exempelvis visar sig vara gammal och sliten. Även det avtalade priset och ändamålet för fastigheten är av betydelse. Det lär krävas en annan standard av en byggnad avsedd att bo i än en som enbart ska användas för industriellt bruk.¹⁴

2.2 Köparens undersökningsplikt

Köparens undersökningsplikt framgår tydligt av 4 kap. 19 § 2st. JB ”Som fel får inte åberopas en avvikelse som köparen borde ha upptäckt vid en sådan undersökning av fastigheten som varit påkallad med hänsyn till fastighetens skick, den normala beskaffenheten hos jämförliga fastigheter samt omständigheterna vid köpet”.

En viktig förutsättning för att köparen ska kunna göra några felpåföljder gällande är att köparen ska ha fullgjort sin undersökningsplikt.¹⁵ Det är främst då ett faktiskt

¹⁰ Grauers, 2016, s. 141 f.

¹¹ Karlgren, 1976, s. 14 f.

¹² Prop. 1989/90:77 s. 60.

¹³ Prop. 1989/90:77 s. s. 60, jfr. Grauers, 2016, s. 132 f.

¹⁴ Prop. 1989/90:77 s. 60; SOU 1987:30 s. 61.

¹⁵ Hellner, 2015, s. 56 f.

fel föreligger som köparens undersökningsplikt blir aktuell. Om fastigheten uppvisar fel men inte avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet föreligger inte något fel och köparens undersökningsplikt är inte längre av betydelse. En felbedömning måste således först göras för att sedan se om köparen hade kunnat upptäcka felet.¹⁶

Ofta rör sig fastighetsköp om stora summor pengar. Köparen har därför ett stort eget intresse att göra en undersökning av fastigheten för att inte förvärva en fastighet som besitter en rad olika fel. Principen ”köpare må akta sig” kallas *caveat emptor* och har sitt ursprung i den tid då endast avtalet låg till grund för säljarens felansvar. På 90-talet utökades säljarens ansvar att innefatta även abstrakta fel. I och med lagändringen infördes en sträng undersökningsplikt för köparen.¹⁷

Köparens undersökningsplikt är långtgående. För att en köpare ska ha uppfyllt sin undersökningsplikt krävs att alla tillgängliga utrymmen undersöks, även om dessa är svåra att komma till.¹⁸ Däremot krävs inte som huvudregel att köparen gör särskilda ingrepp för att komma åt utrymmet, även om det kan ställas krav på att man tar hjälp av stege eller liknande. Att köparen blir smutsig av undersökningen påverkar inte undersökningsplikten.¹⁹

Köparen ska för att uppfylla sin undersökningsskyldighet normalt inte behöva anlita en sakkunnig. Köparen ska undersöka fastigheten ” i den omfattning som rimligen kan krävas...” Som regel skall del räcka med en normal erfaren och på området normalt bevandrad köparens undersökning.²⁰ Vad som menas med just det begreppet har inte varit helt tydligt i doktrinen. Hellner anser att en vanlig person utan särskild erfarenhet skulle kunna köpa en fastighet.²¹ Vad som utgör en normal undersökning varierar med hänsyn till den aktuella fastighetens skick, den normala beskaffenheten hos jämförbara fastigheter samt omständigheterna vid köpet.²² Byggnadens ålder och skick liksom iakttagbara förhållanden i övrigt och uttalanden av säljaren under köpeförhandlingarna som ger skäl att misstänka fel, vars beskaffenhet och omfattning inte är omedelbart uppenbara, kan medföra att köparen måste gå längre i sin undersökning än som annars krävs.²³ Exempelvis kan ett tecken på fel innebära att krav ställs på köparen att denna går vidare med sin undersökning. För att undersökningsplikten ska kunna anses vara uppfylld i detta fall kan

¹⁶ Stiegler, 2000, s. 13 ff.

¹⁷ Prop. 1989/90:77 s. 39 ff.

¹⁸ Se t. ex. NJA 1980 s. 555.

¹⁹ Victorin & Sundell, 1996, s. 186.

²⁰ Prop. 1989/90:77 s. 41.

²¹ Hellner, 2015, s. 60.

²² Prop. 1989/90:77 s. 41.

²³ NJA 1985 s. 274.

det innebära att köparen tvingas anlita en sakkunnig.²⁴ I NJA 1986 s. 670 ställdes inte krav på köparen att upptäcka radon i en byggnad med motiveringen att radonproblemet vid tiden för förvärvet inte var så allmänt uppmärksammat att det kunde anses falla inom den erfarenhet som man kan fordra att en normalt erfaren och bevandrad köpare besitter. Idag är det däremot allmänt känt att radon kan förekomma och det ingår i köparens normala undersökningsplikt att förvissa sig om det förekommer eller inte. Rättsfallet kan därför enbart användas som exempel.²⁵ En slutsats av det fallet skulle kunna dras att en problemställning som har varit föremål för allmän diskussion och debatt i media troligtvis omfattas av den normala undersökningsplikten. Ett mål som däremot går emot den principen är NJA 1985 s. 871 där en bristfällig elinstallation upptäcktes av köparen av fastigheten. HD uttalade i målet att då att köparen själv inte kunde utföra en tillräcklig undersökning, fick han då istället anlita någon som har nödvändiga kunskaper på området. Köparen ska enligt detta fall alltså besitta viss kunskap om tekniska frågor såsom elektriska installationer.

Omständigheterna i det särskilda fallet kan alltså verka i både skärpande och minskande riktning. Om köparen får en indikation på att något är fel förväntas att denne går vidare med undersökningen till att omfatta även utrymmen som inte anses vara tillgängliga.²⁶ Även avtalet kan påverka köparens undersökningsplikt i skärpande riktning. Om en friskrivningsklausul föreligger där säljaren konkretiserat i vilket hänseende denne inte vill ansvara för fastighetens egenskaper, borde köparen gå vidare och undersöka denna del ytterligare.²⁷ I rättsfallet NJA 1975 s. 545 förekom en felmonterad diffusionsspärr vilket lett till att fuktskador uppkommit. Fuktskadorna utgjorde dolda fel köparen inte hade kunnat upptäcka vid en normal undersökning. Normalt sett hade säljaren fått svara för den här typen av fel men köpekontraktet innehöll en paragraf där köparen avstod från alla anspråk på grund av fel eller brister i fastigheten och köparen fick därför stå risken för att denne inte gått vidare i sin undersökning.

2.3 Säljarens upplysningar

I motsats till köparens undersökningsplikt som innebär att köparen står risken för allt denne bort upptäcka vid en normal besiktning, gäller för säljaren att denne ansvarar om fastigheten avviker från normal beskaffenhet i fråga om fel köparen inte bort upptäcka.²⁸ Säljarens uttalanden kan påverka köparens undersökningsplikt.

²⁴ Prop. 1989/90:77 s. 41.

²⁵ Grauers, 2016, s. 207.

²⁶ Stiegler, 2000, s. 14.

²⁷ Prop. 1970:20 s. 212.

²⁸ Victorin & Sundell, 1996, s. 190.

Säljarens utfästelser kan reducera eller i vissa fall ta bort köparens undersökningskyldighet om det inte finns särskilda omständigheter som talar för att en undersökning bör göras. Ger säljaren tecken på att något inte stämmer ska det ge en indikation till köparen att gräva djupare i sin undersökning. Likaså kan motsatsen, att säljaren ger intryck av att ett fel inte är allvarligt, innebära att köparens undersökningsplikt förminskas.²⁹

En felaktig uppgift kan leda till felansvar och skadeståndsansvar. En säljare bör därför, om denne är osäker på en uppgift, lämna en reservation för att den inte stämmer för att köparens undersökningsplikt inte ska reduceras.³⁰ Om säljaren känner till ett dolt fel skulle denne kunna chansa på att felet aldrig upptäcks. Grauers menar däremot att det däremot hade varit bäst om säljaren upplyst köparen om felet.³¹ Om det skulle framgå att säljaren kände till felet innefattar det oftast ett svikligt förledande eller annat ohederligt förfarande från säljarens sida vilket leder till att köparens undersökningsplikt minskas.³² Att säljaren ”måste antas ha känt till” ett förhållande är ett starkt krav på säljarens insikt i att fastigheten på något sätt skulle vara defekt. Det räcker alltså inte med att säljaren borde ha insett det.³³ Underrättar säljaren köparen om defekter i fastigheten fungerar det ungefär som en friskrivning av ansvaret för bristen då köparen inte kan åberopa de fel han/hon blivit informerad om- de är i och med upplysningen inte att räkna som dolda.³⁴ Föreligger en friskrivningsklausul i avtalet mellan köparen och säljaren gäller den därför enbart fel som säljaren inte känt till. Har säljaren upplyst om de dolda fel som varit kännbara för honom/henne, gäller friskrivningen för de övriga dolda fel som uppdagas vid en undersökning.³⁵ Detta menar Grauers torde gälla som princip att det precis som köparens undersökningsplikt föreligger en motsvarande upplysningsplikt vid fel i fastighet för säljaren.³⁶ Det är doktrinen dock inte enig om, vilket även stöds av förarbetena.³⁷ I Motocrossbanefallet förde HD en diskussion rörande om förekomsten av störningar av en motocrossbana i närheten av fastighet skulle legat inom säljarens ”plikt” att upplysa om vid försäljningen. I målet hade säljaren lagt ner mycket möda för att slippa bullret från motocrossbanan och då säljaren därmed känt till störningen och inte upplyst om dess förekomst trots att det rörde ett sådant väsentligt förhållande rörande fastighetens egenskaper och användning ansågs motocrossbanan ligga inom ramen för det köparen med fog

²⁹ Prop. 1989/90:77 s. 41.

³⁰ Grauers, 2016, s. 147.

³¹ Grauers, 2016, s. 223 f.

³² Prop. 1989/90:77 s. 61.

³³ Kihlman, Köplag (1990:931) 19 §, Lexino 2017-09-26.

³⁴ Grauers, 2016, s. 224, jfr. Victorin & Sundell, 1997, s. 190.

³⁵ Grauers, 2016, s. 225.

³⁶ Grauers, 2016, s. 224.

³⁷ Se ex. Stiegler, 2000, s. 15, jfr. Prop. 1989/90:77 s. 61.

kunde räkna med att bli upplyst om. Fastigheten skulle användas som en fritidsfastighet och frånvaro från störningarna var därför avgörande för köparens beslut att köpa fastigheten. HD menade i målet att en säljare i viss utsträckning bör vara skyldig att upplysa köparen om förhållanden som han känner till och som köparen bort upptäcka med förbisett.³⁸

2.4 Sammanfattande slutsats

Jordabalkens 4 kapitel skiljer på olika typer av fel. Främst skiljer man på faktiska fel, rättsliga fel och rådighetsfel. Det finns även en uppdelning mellan konkreta fel och abstrakta fel som faller under kategorin faktiska fel.³⁹ Köparen har en undersökningsplikt för fel enligt 4 kap 19 § 2 st. JB. Denna plikt innebär att köparen ska undersöka alla tillgängliga utrymmen och om indikation ges på att fastigheten är defekt kan det leda till att köparen måste gå längre i sin undersökning än vad som annars krävs. Köparen ska som huvudregel kunna genomföra undersökningen själv men om köparen uppmärksammar brister kan han/hon tvingas anlita sakkunnig för en mer ingående undersökning. Säljaren har ingen vidare upplysningsplikt men kan bli ansvarig om han/hon underlåtit att upplysa köparen om det denne med fog kunde räkna med att bli upplyst om. Uppmärksammas fel och köparen inte hade kunnat upptäcka felet vid en fullgod undersökning kan denne få påföljderna prisavdrag och skadestånd. Om felet är väsentligt kan köparen häva köpet. Dessa reglerna finns i 4 kap 12 § JB och 4 kap 19 § JB.

³⁸ NJA 2007 s. 86.

³⁹ Victorin & Hager, 2011, s. 115.

3 Rådgivaransvar

För att fullfölja en fastighetsöverlåtelse tar köpare och säljare ofta hjälp av en sakkunnig rådgivare. Rådgivaren kan hjälpa parterna med allt ifrån upprättande av köpehandling till att undersöka fastigheten. Vid fastighetsöverlåtelser är de vanligaste rådgivarna som anlitas mäklare och besiktningsmän. Även värderingsmän och advokater kan anlitas i samband med köpet. För att man ska kunna få en förståelse för vilket ansvar som uppdragsgivaren för en rådgivare när denne utövar sitt uppdrag måste rådgivning först preciseras. Det ska i följande kapitel även utredas vilken omfattning rådgivarens uppdrag normalt sett tar och vilka skyldigheter denne har gentemot sin uppdragsgivare, dels objektivt men framför allt subjektivt sett. Efter att rådgivaransvaret har tagits upp mer generellt kommer kapitlet behandla de relevanta yrkeskategorierna med djupgående, då med fokus på besiktningsmän och mäklare.

3.1 Rådgivning

Rådgivning är en immateriell tjänst till skillnad från de uppdrag som till majoriteten har en koppling till ett fysiskt föremål.⁴⁰ Parterna i ett immateriellt avtalsförhållande brukar kallas för uppdragstagare och uppdragsgivare.⁴¹ I ett rådgivaruppdrag brukar uppdragstagaren förmedla information samt ge råd till uppdragsgivaren. Information kan komma i många olika former. Vad som däremot skiljer ren information från rådgivning är att en rådgivare ska selektivt bearbeta relevant information för att sedan ge råd och rekommendationer till sin uppdragsgivare.⁴² Det kan vara av vikt att göra denna uppdelning då det vid rådgivning uppstår ett komplicerat förhållande mellan uppdragsgivaren och uppdragstagaren. Uppdelningen mellan information eller rådgivning är inte alltid helt enkel att göra, ofta förekommer både inslag av informationsförmedling och rådgivning vid den här formen av uppdragsavtal.⁴³ För att en verksamhet ska klassificeras som rådgivning krävs det att ”den verksamhet som avses innebär att någon som förutsätts ha särskilda insikter på ett visst ämnesområde ställer dessa till förfogande för att beställaren på bästa sätt skall kunna ta tillvara sina intressen, antingen fortlöpande eller, vanligare, i en bestämd situation”.⁴⁴

⁴⁰ Elfström & Ashton, 2012, s. 18.

⁴¹ Korling, 2010, s. 342.

⁴² Korling, 2010, s. 119.

⁴³ Elfström & Ashton, 2012, s. 20.

⁴⁴ SOU 1979:36 s. 100.

3.2 Gällande rätt för rådgivare

Det finns ingen gemensam lag för rådgivning. 18 kapitlet handelsbalken (HB) rör sysslomans eller ombudsmans ansvar, men denna syftar på situationer då sysslomannen företar rättshandlingar å annans räkning hos exempelvis myndighet och är snarare något som blivit kvarlämnat från 1700-talet än en anpassad lagstiftning för dagens rådgivare. Det är därför omstritt om kapitlet ska gälla även andra immateriella tjänster än yrkeskategorierna handelsagenter och kommissionärer, dit t ex en advokat som agerar för sin klients räkning, räknas.⁴⁵ Korling menar t.ex. att rådgivningsavtal ska hanteras som en självständig avtalstyp eller i vart fall som en särskild form av tjänsteavtal. Detta då rådgivningsavtal ofta är muntliga och därmed endast innehåller föremålet för rådgivningen, en advokat som ger råd till sin klient rörande utformningen av dennes testamente brukar exempelvis sällan utforma ett skriftligt avtal mellan honom och sin uppdragsgivare.⁴⁶ Andra menar däremot att 18 kapitlet HB är baserat på allmänna avtalsrättsliga principer och skulle på så sätt kunna ha betydelse även för dagens rådgivaravtal.⁴⁷

Vissa yrkeskategoriers uppdrag regleras idag i speciallagstiftning. För advokater gäller god advokatsed och revisorer ska iaktta god revisorssed.⁴⁸ För fastighetsmäklare är fastighetsmäklarlagen (2011:666) (FML) tillämplig. Lag (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter är enbart tillämplig på ekonomisk rådgivning. Lagen begränsas till att omfatta finansiell rådgivning som rör finansiell verksamhet. Speciallagstiftningen reglerar inte ansvaret specifikt, för mer reglering måste man således söka vägledning i praxis och allmänna avtalsrättsliga principer.⁴⁹

Konsumenttjänstlagen är tillämplig på tjänster som avser arbete på lös eller fast egendom och förvaring av lösa saker mellan näringsidkare och konsumenter. I förarbeten och doktrin har det anförts att konsumenttjänstlagen är analogt tillämplig på rådgivaruppdrag eftersom lagen i stor utsträckning bygger på generell och icke-fastställd rätt på tjänsteområdet. Elfström och Ashton menar att man borde vara försiktig vid en sådan analog tillämpning då dessa regler främst styrs av ett strängt kontrollansvar gentemot en konsument istället för att avgöra om ett felansvar föreligger med grund i avtalet. Framför allt ställer författarna sig kritiska till en tillämpning av konsumenttjänstlagen på kommersiella avtal då det behov av skydd som finns i lagen inte är avsett att gälla för näringsidkare i samma mån som

⁴⁵ Korling, 2010, s. 343.

⁴⁶ Korling, 2010, s. 343.

⁴⁷ Elfström & Ashton, 2012, s. 21.

⁴⁸ 8 kap 4 § rättegångsbalken (1942:740); Advokatsamfundet- *Vägledande regler om god advokatsed*; 3 & 19 §§ revisorslag (2001:883).

⁴⁹ Ashton & Elfström, 2012, s. 21.

konsumenter. På kommersiella rådgivningsavtal har det istället föreslagits att en tillämpning av kommissionslagen (2009:865) skulle vara bättre.⁵⁰ Hellner stöder detta och menar precis som förarbetena att lagen ger uttryck för allmänna rättsgrundsatser i uppdragsförhållanden och därmed i viss utsträckning kan tillämpas analogt för andra rättsförhållanden än kommissionsavtal.⁵¹ Bengtsson ser mer kritiskt på en analog tillämpning av såväl 18 kap. HB som kommissionslagen då han menar att uppdragen är av vitt skiftande slag.⁵² Även Kleineman uttrycker en tveksam hållning mot analogier men menar att en tolkning av fastighetsmäklarlagen skulle kunna gå att tillämpa på övriga rådgivarsituationer.⁵³

3.3 Answarets ramar

Ett uppdragsavtal mellan parterna uppstår sällan genom avtalsrättens formella anbud. Krav på hur avtalet ska vara utformat ställs lågt, det måste till exempel inte som utgångspunkt vara ett skriftligt avtal. Uppdragsavtalet uppkommer snarare genom konkludent handlande. Exempelvis söker en person upp en advokat på dennes kontor och ställer en fråga. Advokaten tar sig an uppdraget och svarar på frågan. Den gemensamma partsviljan tyder på att parterna velat bli bundna av avtalet. I efterhand kan det framkomma att det inte var uppdragstagarens vilja att bli bunden genom att lämna ett ansvarsgrundande råd. I dessa fall ser man till det *befogade intryck* uppdragstagaren gett till uppdragsgivaren.⁵⁴ Rådgivaransvaret innebär att rådgivare ansvarar för den skada som utgår då rådgivaren lämnar felaktig eller vilseledande information i samband med rådgivningen.⁵⁵ Rådet måste ges inom en professionell kontext och vidare krävs att det föreligger någon slags uppdragsavtal mellan parterna. Problemet löses med hjälp av *den befogade tillitens relevans*. Avgörande blir i det fall att rådgivaren agerat på ett yrkesmässigt sätt och att uppdragsgivaren haft fog att fästa tillit till de råd som lämnats. Rådgivaren bör i sin tur insett att uppdragsgivaren fäst tillit till den förmedlade informationen.⁵⁶ I NJA 1992 s. 243 utredde frågan om ett uppdragsavtal hade kommit till stånd mellan två personer. En person hade varit revisor för ett bolag i 20 år och uppdragsgivaren hade därför vänt sig till revisorn med uppfattningen att denne var hennes ekonomiske rådgivare. HD menade att hon hade goda skäl att anta att revisorn varit hennes rådgivare och då hon hade satt tillit till den information som denne hade förmedlat. Kleineman ställer sig bakom HD:s bedömning i målet och menar att det

⁵⁰ Prop. 2008/09:88 s. 22 & 89.

⁵¹ Hellner, 2015, s. 202 ff.

⁵² Bengtsson, 1976, s. 172.

⁵³ Kleineman, 1998 s. 196 f.

⁵⁴ Elfström & Ashton, 2012, s. 37 f.

⁵⁵ Gullefors, 2002, s. 42.

⁵⁶ Kleineman, 1998, s. 187.

i dessa fall finns goda skäl att se strängt på informationsförmedlarens ansvar i ett konsumentperspektiv.⁵⁷

Den som har en befogad anledning att lita på ett råd har rätt till ersättning då rådet visar sig vara felaktigt till följd av rådgivarens oaktsamhet och det i sin tur leder till skador. En rådgivares ansvar gentemot uppdragsgivaren baseras på en tillit mellan uppdragsgivare och uppdragstagare.⁵⁸ Principen om *den befogade tillitens relevans* har vuxit fram i praxis och innebär att i de fall ”någon med fog satt sin tillit till den information en professionsutövare förmedlat, finns det goda skäl att se strängt på informationsförmedlarens ansvar, i vart fall om denne själv insett eller i vart fall borde ha insett att informationsmottagaren förlitade sig på den förmedlade informationen”.⁵⁹ I NJA 1987 s. 692, ”Kone-fallet”, blev en värderingsman ansvarig mot annan än uppdragsgivaren då personen med fog satt sin tillit till värderingsinstrumentet. I NJA 2001 s. 878 kommer HD fram till en motsatt slutsats eftersom värderingsmannen i detta fall hade begränsat sitt ansvar genom att i utlåtandet ange dess ändamål. Följden blev att det inte ansågs befogat att sätta en tillit till detta. I målet hade en värderingsman förfarit vårdslöst vilket hade lett till att en bank hade lidit skada i form av en kreditförlust. Målen öppnar upp för att skadestånd ska kunna utgå även till annan än den skadelidande kontraktsparten i fall där avtalet inte föreskriver annat genom exempelvis beskrivet ändamål eller föreliggande friskrivningsklausuler.⁶⁰

I rättsfallet NJA 2014 s. 272 hade en revisor upprättat en bristfällig revisionsberättelse i samband med ett offentligt uppköp av ett bolag. HD ställde i domen höga krav på vad som skulle bedömas vara befogad tillit. För att tilliten skulle anses vara befogad skulle den vara av viss styrka och relevans för den förlustskapande transaktionen- det skulle alltså föreligga adekvat kausalitet mellan skadan och oaktsamheten. Den aktuella transaktionens utformning var av betydelse tillsammans med hur den felaktiga informationen hade påverkat den skadelidande. HD menade att årsredovisningen i målet utgjorde en väsentlig del av beslutsunderlaget och då det handlade om en affärsuppställning eller en transaktion rörande aktier, var tilliten befogad.

3.4 Objektiva förutsättningar för ansvar

Skadestånd kan uppstå i både inom- och utomobligatoriska förhållanden. Föreligger ett avtal mellan parterna är det ofta detta som styr skadeståndsansvaret. I de fall det

⁵⁷ Kleineman, 1998, s. 186 f.

⁵⁸ Elfström & Ashton, 2012, s. 37.

⁵⁹ Kleineman, 1998, s. 187.

⁶⁰ Kleineman, 2002, s. 625.

inte finns något avtal som behandlar skadeståndsansvaret har lagstiftningen en utfyllande effekt. Dessa utfyllande regler återfinns i skadeståndslagen (1972:207) (SkL). I skadeståndslagens 1 kap 1 § stadgas att bestämmelserna i denna lag skall tillämpas ”om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden”. Skadeståndslagen är dispositiv och skadeståndsansvaret kan därmed avtalas bort genom friskrivningsklausuler inomobligatoriska avtalsförhållanden.⁶¹

För att skadestånd ska kunna utgå krävs, utöver att rådgivningen härstammar från en professionell kontext och att det föreligger någon slags uppdragsavtal mellan parterna, att ett antal objektiva och subjektiva förutsättningar är uppfyllda. De objektiva förutsättningarna är inte styrda av vilken rådgivare det är som har tagit sig an uppdraget. För att dessa förutsättningar ska vara uppfyllda krävs det att en skada ska ha uppstått för annan än den skadevällande (rådgivaren) samt att det föreligger adekvat kausalitet mellan skadan och den skadebringande handlingen. För att de subjektiva förutsättningarna för skadestånd ska vara uppfyllda krävs att den skadevällande rådgivaren förfarit vårdslöst. Alla dessa förutsättningar måste vara uppfyllda för att skadestånd ska utgå.⁶² I en del situationer har personer och företag strikt ansvar för sitt handlande och blir då skadeståndsskyldiga för skada utan att en vållandebedömning behövs göras. Rådgivare har sällan strikt ansvar men det kan vara värt att nämnas då det berörs i kapitlen nedan.⁶³

3.4.1 Skada

Varje person har en överhängande risk för att drabbas av en skada. Utgångspunkten är att varje skadelidande själv ska stå för sina förluster innan det blivit motbevisat.⁶⁴ Förutsättningarna för att kunna rikta ett skadeståndsanspråk mot rådgivaren är att en skada ska ha uppkommit. Den skadelidande ska alltså kunna visa att han/hon har drabbats av en skada och ska vidare komma visa hur stor denna skada är.⁶⁵

Skadestandsreglerna är olika beroende av vilken skada som uppstått. Då rådgivning sällan leder till person- eller sakskador kommer de inte tas upp. Ej heller kommer allmänna förmögenhetsskador eller tredjemansskador behandlas. Istället kommer fokuseras på den skadeform som vanligtvis uppstår vid vårdslös rådgivning, ren

⁶¹ Hellner & Radetzki, 2018, s. 87.

⁶² Hellner & Radetzki, 2018, s. 103.

⁶³ Gullefors, 2002, s. 53.

⁶⁴ Gullefors, 2002, s. 53 f.

⁶⁵ Gullefors, 2002, s. 57.

förmögenhetsskada.⁶⁶ Ren förmögenhetsskada är den skada som inte uppstår i samband med person- eller sakskada utan som är av ren ekonomisk natur.⁶⁷ För att ren förmögenhetsskada ska ersättas i utomobligatoriska förhållanden krävs som huvudregel att skadan uppstått till följd av en brottslig handling.⁶⁸ Ersättning till följd av rådgivningsuppdrag utgår främst för ren förmögenhetsskada i inomobligatoriska förhållanden. Det kan däremot uppstå fall där annan än kontraktsparten lider skada till följd av rådgivarens uppdrag. I Kone-målet blev en värderingsman ansvarig mot en annan än uppdragsgivaren då denne med fog satt sin tillit till värderingsinstrumentet. Det måste i målet ha stått klart för värderingsmannen att intyget kunde komma att komma till användning för skilda ändamål och av flera personer.⁶⁹

3.4.2 Oaktsamhet

Den grundläggande frågan är om den skadegörande borde handlat på ett annat sätt. Utgångspunkten för aktsamhetsgraden som bör iakttas är den gode familjefaderns agerande, *bonus pater familias*, och gäller som standard för alla tänkbara situationer. I många fall gör domstolen en bedömning utifrån normer i dagens samhälle, exempelvis vägledning i lag, sedvana eller prejudikat, för att avgöra om den skadegörande personen iakttagit en tillräcklig grad av aktsamhet. Kan domstolen fortfarande inte avgöra om en person agerat vårdslöst görs en aktsamhetsbedömning utifrån en sammanställning av följande faktorer: risken för skada, den sannolika skadans storlek, möjligheterna att förekomma skadan samt den handlandes möjlighet att inse risken för skada. De första tre faktorerna avgörs genom att se situationen utifrån ett objektiva perspektiv, den sista faktorn bedöms mer subjektivt utifrån vad den enskilde personen insåg vid tidpunkten. Faktorerna vägs mot varandra och avgör om personen borde agerat på ett annat sätt med utgångspunkt i vad en normalt aktsam person hade gjort i en liknande situation.⁷⁰

3.4.3 Adekvat kausalitet

För att skadeståndsskyldighet ska uppstå krävs att det ska föreligga orsakssamband mellan den skadebringande handlingen och skadan som uppstått. Ett orsakssamband uppstår i enkla ordalag om skadan anses vara en följd av personens agerande. Man brukar säga att handlandet ska vara en *tillräcklig betingelse* och en *nödvändig betingelse* för den uppkomna skadan.⁷¹ Det krävs inte att handlingen varit den starkaste eller viktigaste orsaken till skadan, men vållandet ska vara en

⁶⁶ Hellner & Radetzki, 2018, s. 64ff.

⁶⁷ 1 kap 2 § skadeståndslagen.

⁶⁸ Se 2 kap 2 § & 3 kap 1 § 2p. skadeståndslagen; Prop. 1972:5 s 159 f.

⁶⁹ NJA 1987 s. 692.

⁷⁰ Heller & Radetzki, 2018, s. 124 f.

⁷¹ Heller & Radetzki, 2018, s. 188.

bidragande orsak. Följden ska vara rättsligt relevant för att kravet adekvat ska vara uppfyllt. I de fall skadan anses vara en slumpmässig följd av handlandet kan man säga att kausalitet föreligger, men ansvaret för skadan faller på att kausaliteten inte varit adekvat, den har alltså inte förelegat ett rättsligt adekvat orsakssamband.⁷² Om skadan inte var en adekvat följd föreligger inte teoretiskt ansvar oavsett hur vårdslös skadevällaren var. För att en skada ska ersättas ska skadan enligt adekvansläran ha ”legat i farans riktning”. Man vill genom detta kriterium inte belasta en person för slumpmässiga påföljder av dennes oaktsamma handlande.⁷³ Skadan som inträffade måste ha funnits med i den handlandes riskbild när denne utförde handlingen. Med det menas inte att han/hon ska ha kunnat förutse skadans uppkomst utan det räcker med bedömningen av vilka skador som skull kunna uppstå i efterhand gjord av en fackman.⁷⁴

3.5 Rådgivarens skyldigheter

Rådgivarens ansvar och skyldigheter är något som inte ska blandas ihop. Principen om befogad tillit sätter ramen för rådgivarens ansvar och gäller därför inte enbart på de förhållanden då ett avtal har uppkommit mellan parterna. Den befogade tillitens princip kan som vi sett ovan även ge tredje man rätt till ersättning i fall då rådgivaren förfarit vårdslöst i uppdraget. Följande kapitel ska därmed utskilja vilka ansvar rådgivaren har för att se vad som ska åsidosättas för att ett vårdslöshetsansvar ska uppstå.

Rådgivaransvaret bedöms efter culparegeln. För att skadeståndsskyldighet ska föreligga på kontraktsrättslig grund krävs att det ska ha uppstått en skada genom att skadevällaren ska ha förfarit vårdslöst. Det ska vidare föreligga adekvat kausalitet mellan skadans uppkomst och det vårdslösa beteendet enligt kapitlet ovan.⁷⁵ En syssloman blir skadeståndsskyldig då denne förfarit oaktsamt eller på annat sätt vållat skada och på grund av detta agerande inte kunnat genomföra uppdraget på avtalat sätt. Samma sak gäller då sysslomannen agerat utanför sin befogenhet eller på annat vis avvikit från uppdragsgivarens instruktioner enligt 18 kap. 1 och 4 §§ HB.⁷⁶ Enligt Kleineman är det ofta svårt att göra en culpabedömning avseende rådgivare, eller som Kleineman kallar dem professionutövare, som till exempel besiktningsmän och mäklare. För att se om rådgivaren förfarit culpöst måste man först försöka fastställa den norm som har åsidosatts, för att därefter kunna avgöra om normen har åsidosatts i sådan grad att avvikelserna skall kunna betraktas som

⁷² Elfström & Ashton, 2012, s. 158 f.

⁷³ Heller & Radetzki, 2018, s. 197 f.

⁷⁴ Gullefors, 2002, s. 83 ff.

⁷⁵ Hellner, 2015, 191 ff.

⁷⁶ Bengtsson, 1976, s. 149 f., 157 ff., 172f.

vårdslös.⁷⁷ Ett exempel på en sådan norm kan vara god mäklarsed enligt 8 § fastighetsmäklarlagen.

Strikt ansvar kan inträda då en rådgivare lämnat en garanti eller information om faktiska förhållanden. Att en rådgivare däremot lämnar garantier för rådets innehåll och riktighet är mycket ovanligt enligt Kleineman. Att rådgivare uttrycker sig på sätt som förstärker att informationen och rådet är riktigt är inte lika ovanligt och skulle bidra till en strängare vårdslöshetsbedömning. Skulle rådgivaren däremot ha lämnat en garanti är ansvaret för detta råd strikt.⁷⁸

Vad som är avtalat kan användas som vägledning för uppdragets omfattning. Ansvaret utöver det specifika i avtalet delas generellt upp olika i doktrinen men jag har valt att dela upp skyldigheterna i en omsorgsplikt inom vilken rymmer ett metodansvar, en lojalitetsplikt och ett informationsansvar.

3.5.1 Rådgivares omsorgsplikt

Den som anlitar en rådgivare måste ha förtroende för att denne utför sitt uppdrag noga och en rådgivare torde således på ett lojalt sätt hantera uppdraget omsorgsfullt och gå tillväga enligt de normer och föreskrifter som finns för yrket.⁷⁹ Trots att 18 kap. HB har några år på nacken är det fortfarande aktuellt att tillämpa lagen då den genomsyras av avtalsrättsliga principer. Sysslomannaskapet innebär ett förtroendeförhållande mellan parterna och sysslomannen har en *omsorgsplikt* gentemot uppdragsgivaren.⁸⁰ Omsorgsplikten ger uttryck för en allmän rättsprincip och innefattar en rad skyldigheter rådgivaren har gentemot klienten.⁸¹ Omsorgsplikten innebär för samtliga rådgivare att uppdragstagaren ska utföra tjänsten på ett fackmässigt tillfredställande sätt enligt *metodansvaret* och ska tillvarata uppdragsgivarens ekonomiska intressen.⁸² Omfattningen i övrigt beror på avtalets karaktär och är därför olika beroende på vilken yrkeskategori det rör sig om. Hos en rådgivare kan detta innebära att uppdraget ska utföras så tidseffektivt som möjligt. Vidare kan omsorgsplikten innebära att rådgivaren ska iaktta *lojalitetsplikten* (se nedan). En rådgivares omsorgsplikt kan även innebära en plikt att anpassa rådgivningens svårighetsgrad och omfattning efter uppdragsgivarens förmåga att ta till sig den enligt *informationsplikten* (se nedan).⁸³

⁷⁷ Kleineman, 1998, s. 189.

⁷⁸ Kleineman, 1998, s. 187 f.

⁷⁹ Korling, 2010, s. 397; Elfström & Ashton, 2012, s. 41 ff.; Samuelsson & Søgaard, 1993, s. 14 f.

⁸⁰ Bengtsson, 1976, s. 149 f., 157 ff. & 172f.

⁸¹ SOU 1979:36 s. 186.

⁸² Elfström & Ashton, 2012, s. 86.

⁸³ Elfström & Ashton, 2012, s. 88.

För att avgöra om en rådgivare förfarit vårdslöst måste man se om denne, i enlighet med *metodansvaret*, vid uppdragets utförande gått tillväga enligt normerna i det gällande situationen och utfört tjänsten fackmässigt.⁸⁴ För att förstå innebörden av vad ett generellt metodansvar innebär kan man dra en parallell till konsumenttjänstlagens bestämmelser om fackmässigt utförande av tjänster. Enligt 4 § konsumenttjänstlagen ska en uppdragstagare utföra tjänsten fackmässigt, uppdragstagaren ska med tillbörlig omsorg ta tillvara på konsumentens intressen och ska vidare samråda med konsumenten i den mån det behövs och är möjligt. Enligt paragrafens förarbeten går det inte att skilja på vad som är ett fackmässigt utförande av tjänsten i enlighet med metodansvaret och vad som menas med "tillbörlig omsorg", men båda kriterierna förutsätter att näringsidkaren utför sitt arbete noggrant. Enligt metodansvaret har näringsidkaren åtagit sig att med omsorg eftersträva bästa möjliga resultat. För en rådgivare innebär det en norm om hur rådgivaren ska gå tillväga för att skaffa information, bearbeta den för att sedan vidarebefordra resultatet till klienten.⁸⁵ Eftersom det inte alltid finns speciallagstiftning kan det vara svårt att fastställa den norm som åsidosatts. För många rådgivare är det enbart en princip om att yrkesutövaren ska utföra uppdraget i enlighet med god sed gällande för den yrkesgruppen.⁸⁶ Vad som gäller för en yrkesutövare enbart i särskilda fall kanske är ett generellt krav på en annan.⁸⁷ En rådgivare ska använda de metoder och traditioner som finns tillgängliga inom branschen. En rådgivare har exempelvis uppfyllt sitt metodansvar om denne utgått efter en norm hur man eftersökt information för att sedan bearbeta och vidarebefordra den till uppdragsgivaren. Det avgörande är därför inte hur informationen ser ut, utan snarare hur den har införskaffats och bearbetats. Om detta når upp till god sed och fackmässighet är metodansvaret uppfyllt.⁸⁸ I ett fall rörde det sig om en värderingsman som felaktigt värderat en fastighet. HD konstaterade att "Vid fastighetsvärdering går det knappast att komma fram till ett värde, som blir lika högt oavsett vilken kunnig värderingsman som utfört värderingen. Värdering av fast egendom är nämligen i mycket avhängig av värderingsmannens uppfattning om marknaden och om den aktuella fastigheten. Ett avsevärt utrymme måste därför finnas för värderingsmannens egen bedömning. Betydande avvikelse mellan värderingsmannens uppskattning och vad som i efterhand visar sig vara fastighetens faktiska värde måste tillåtas utan att en värderingsman kan anses ha förfarit försumligt."⁸⁹ I fallet rörde det sig däremot om ett felaktigt besked om möjlighet till exploatering på fastigheten, något HD menade

⁸⁴ Samuelsson & Søgaard, 1993 s. 113-specifikt om revisoransvar.

⁸⁵ Elfström & Ashton, 2012, s. 87.

⁸⁶ Advokatsamfundet - *Vägledande regler om god advokatsed*; 3 & 19 §§ revisorslag.

⁸⁷ Prop. 1984/85:110 s. 159.

⁸⁸ Prop. 1984/85:110 s. 159 ff.; Elfström & Ashton, 2012, s. 86 f.

⁸⁹ NJA 1987 s. 692.

var lätt att utreda för värderingsmannen och han ansågs till följd av det ha förfarit vårdslöst.

I ett kommersiellt avtal söker båda parterna efter den största nyttan och det faller sig därför naturligt att båda parterna på varsitt håll försöker maximera utkomsten av avtalet. Näringsidkare är jämbördiga som utgångspunkt och placerar därför risken mellan sig där det är som bäst just för det avtalsförhållandet. Parterna har trots avtalsfriheten en skyldighet att tillvarata varandras intressen och upplysa varandra om förhållanden som kan vara av betydelse för av motparten, detta enligt parternas *lojalitetsplikt*.⁹⁰

I förhållandet uppdragsgivare-uppdragstagare innebär *lojalitetsplikten* en mängd saker. Rådgivaren måste se till att uppdragets omfattning ska optimera syftet. Det är upp till rådgivaren att avgränsa uppdraget eller i vart fall informera uppdragsgivaren om vad uppdraget kan behöva innefatta för att minimera risken för skador och på så sätt hålla ner kostnaderna. Ett alltför omfattande uppdrag innebära att uppdragsgivaren betalar mer än nödvändigt.⁹¹ Det föreligger krav på att rådgivaren använder sin tid effektivt. Vidare kan rådgivaren komma att ha en plikt att avråda klienten från att agera eller anlita rådgivaren i fall där denne exempelvis ser tjänsten som onyttig antingen ekonomiskt eller då den inte behövs. Denna plikt kan också föreligga då rådgivaren inte besitter den kunskap som krävs eller har tid att ta sig an uppdraget. Rådgivaren ska vidare vara oberoende och som följd avböja eller avsäga sig uppdraget om det inte skulle vara så. Slutligen har rådgivaren en tystnadsplikt för sin klients räkning.⁹² I rättsfallet NJA 1992 s. 502 konstaterade HD att en rådgivare inte skulle läggas till last att han inte föreslagit alltför komplicerade problemlösningar då denne anlitas för att utföra mera allmänt utformade uppgifter. Korling ställer sig bakom detta och menar att en uppdragstagare inte har någon allmän rådgivningsskyldighet i förhållande till omständigheter som inte uppfattas av avtalet. Det utesluter dock inte att denne kan bli skyldig att i samband med rådgivningen lämna allmänna råd utöver uppdraget (se besiktningsmäns & mäklares plikter nedan för plikt att informera om fel).⁹³

Vidare har rådgivaren en plikt att verka så pedagogiskt som möjligt vid presentationen av informationen denne samlat in. Rådgivaren har således en *informationsplikt* som innebär att denne ska redovisa resultatet av uppdraget för uppdragsgivaren på ett begripligt sätt så att denne kan ta till sig informationen. En informationsförmedlare blir ansvarig för oaktsamt vilseledande trots att personen hållit sig till

⁹⁰ Korling, 2010, s. 462.

⁹¹ Gullefors, 2002, s. 99 f.

⁹² Elfström & Ashton, 2012, s. 114 ff.

⁹³ Korling, 2010, s. 362.

sanningen då informationsmottagaren inte kan tillgodogöra sig informationen. All tvekan om informationens innehåll måste tas bort och rådgivaren måste undanröja möjligheten att uppdragsgivaren drar felaktiga slutsatser av informationen. Detta är inte alltid helt oproblematiskt i då stor del av kommunikationen sker skriftligen.⁹⁴ Det är upp till rådgivaren att bedöma hur uppdragsgivaren kan tillgodogöra sig informationen på bästa vis och därefter anpassa nivån och tolkningen av informationen.⁹⁵ Ett rättsfall, NJA 1995 s. 693, rörde en fondkommissionär som inte hade klargjort för uppdragsgivaren vilka risker som fanns med uppdraget. Vad som talade för att skadestånd inte skulle utdömas vara att fondkommissionären i målet kände till att uppdragsgivaren var medveten om riskerna sedan innan. HD konstaterade att han inte hade gjort fel genom att inte informera uppdragsgivaren om riskerna.

I ett mål, NJA 1994 s. 532, rörde tester av tygers gnid- och ljushärdighet utförda av Statens provningsanstalt. När tygerna importerades efter testerna visade det sig att kvalitén var undermålig. Då bolaget inte fått information om varken testresultatets osäkerhet eller hur resultatet skulle tolkas ansågs Statens provningsanstalt ha varit vårdslösa i sin redovisning av resultatet och blev därför skadeståndsskyldiga. HD var inte eniga i målet och minoriteten ansåg att en analys av det allmänna metodansvaret var en del av bedömningen och menade att Statens Provningsanstalt inte hade förmedlat informationen på ett vårdslöst sätt. De menade att den standard Provningsanstalten hade att beakta vid lämnandet av information hade innefattade hinder mot att förse den överlämnade informationen med uppgifter som gjorde att man eliminerade risken för missuppfattningar. I vart fall ansåg minoriteten att det inte ansågs innefatta en förpliktelse att motverka sådana risker.⁹⁶

Kleineman har analyserat rättsfallet och menar på att rättsfallet har ett högt prejudikatsvärde. HD är sträng i sin bedömning och domen utvecklar enligt Kleineman rådgivarens civilrättsliga informationsansvar, vilket NJA 1987 s. 692 också bidragit till. Kleineman gör en egen bedömning av grundstenarna i målet och menar att det krävs att den skadelidandes beteende ska vara befogat och en följd av den förmedlade informationen. Vidare tar Kleineman upp bedömningen om skadevällaren varit vårdslös vid förmedlandet av informationen. Rådgivaren själv måste ha haft fog att bedöma om informationsmottagarens möjligheter att korrekt uttolka de förmedlade resultaten. Det krävs för ansvar att uppdragstagaren varit försumlig

⁹⁴ Elfström & Ashton, 2012, s. 108.

⁹⁵ Kleineman, 1998, s. 188.

⁹⁶ NJA 1994 s. 532.

vid förmedlandet av informationen i ett pedagogiskt hänseende för att uppdragstagaren brustit i sitt metodansvar, trots att uppdragstagaren iakttagit etiska normer i övrigt.⁹⁷

3.6 Specialisters ansvar

Inom varje grupp av rådgivare finns de som specialiserat sig på ett specifikt område. Ett exempel kan vara en jurist som specialiserat sig på skatterätt. Ansvaret för en specialist är striktare än för andra rådgivare. Rättsfallet NJA 1981 s. 1091 rör ansvaret för specialistrådgivare. I målet ansågs det oaktsamt att en jurist i ett något oklart rättsläge underlätit att framställa ett yrkande, som delvis hade stöd i lagmotiv och litteratur och som senare, enligt HD-domar, visade sig stämma med gällande rätt. Tilliten till rådgivare av specialistslag torde vara det som gör att bedömningen blir strängare.

Ett krav som ställs upp på specialistrådgivare är att dessa ger ifrån sig en riskanalys vilken ställs höga krav på enligt informationsplikten. I rättsfallet NJA 1997 s. 65 såg HD strängt på en besiktningsmans ansvar då denne vid en besiktning i samband med en fastighetsöverlåtelse hade konstaterat att det saknades fullgod ventilation i takkonstruktionen. Av besiktningsutlåtandet kunde man utläsa att besiktningsmannen upplyst om att ventilationsöppningarna borde åtgärdas men hade inte upplyst om risken för rötskador. HD anförde att besiktningsmannens riskanalys till köparna av fastigheten inte var tillräcklig för att de skulle inse risken med den bristande takkonstruktionen.

3.6.1 Besiktningsmän

Besiktningsmän faller in under de yrkeskategorier som specialiserar sig på ett visst område. Det finns mer eller mindre sakkunniga besiktningsmän vilka specialiserat sig mer eller mindre på ett specifikt område men sammantaget ska de anses vara specialister på fastighetsundersökningar. Kapitlet nedan kommer särskilt behandla besiktningsmäns rådgivaransvar då de undersöker en fastighet.

Fram till 90-talets början var det ovanligt att småhusägare anlidade besiktningsmän för att undersöka fastigheten. Till följd av detta och en rådande konkurrens om småhus ledde till att processer rörande fel i fastighet blev allt vanligare. På 1980-talet blev processer rörande fel i fastighet allt vanligare. Samtidigt upptäcktes många hus med mögelskador och liknande vilket ledde till småhusutredningen, SOU 1987:30 och i sin tur ett förslag på en regel vilken skulle innebära att undersökningsplikten

⁹⁷ Kleineman, 1994/95, s. 709 ff.

var uppfylld då en besiktningsman omsorgsfullt och med skicklighet hade undersökt fastigheten. Det då båda parter godkänt den sakkunnige och då besiktningsprotokollet varit tillgänglig för båda parterna. Regeln skulle bygga på tanken att man som köpare inte kunde göra mer än att anlita en besiktningsman för att uppfylla sin undersökningsplikt.⁹⁸ Propositionen som följde utredningen menade att det som bör eftersträvas är att säljarna och mäklarna medverkar till att en besiktning kommer till stånd och att besiktningshandlingen ställs till alla spekulanter förfogande. Det utlåtande som den sakkunnige avger kan ses som ett komplement till den skriftliga beskrivning av fastigheten som mäklaren lägger fram. Propositionen menade att det trots allt ”skulle ligga i sakens natur” att säljaren inte kunde påstå att köparen brustit i sin undersökningsplikt då det rörde sig om ett fel som en sakkunnig inte märkt.⁹⁹ Även departementschefen menade att det låg i sakens natur att köparen fullgjort sin undersökningsplikt då denne anlitat en sakkunnig för att genomföra en undersökning av fastigheten.¹⁰⁰ En köpare har idag, trots en besiktningsmans genomgång av fastigheten, en vidare undersökningsplikt vilken innefattar de delar besiktningsmannen inte undersökt eller de delar av besiktningsmannens uppdrag som indikerar fel. De delar besiktningsmannen inte tar del av, exempelvis säljarens och fastighetsmäklarens upplysningar, objektbeskrivning och frågelistor, ska köparen också undersöka. Besiktningsmannens kan åta sig ansvar för dessa delar också, men i dessa fall skulle avtalet se helt annorlunda ut och besiktningsmannen skulle snarare agera som ett ombud å köparens vägnar i dessa fall.¹⁰¹

Även om besiktningsmannen inte övertagit köparens undersökningsplikt som huvudregel ska denna användas som utgångspunkt vad som uppdraget ska omfatta om avtalet inte ger tydlig vägledning i denna del. Ett resultat av den utgångspunkten är att en besiktningsman utan specialkompetens på ett område inte förväntas upptäcka dolda fel som kräver denna specialkompetens. Denna utgångspunkt är förenlig med uppfattningen att de fel en besiktningsman inte upptäcker vid en fullgod besiktning som huvudregel utgör dolda fel. Handlingsnormen för en besiktningsman kan avgränsas till de fel en normalt aktsam besiktningsman förväntas finna.¹⁰²

3.6.1.1 Gällande rätt

Besiktning är en immateriell tjänst och faller därför utanför konsumenttjänstlagens tillämpningsområde.¹⁰³ Om en besiktningsman utför ekonomiskt biträde faller

⁹⁸ SOU 1987:30 s. 71 f. & 94 ff.

⁹⁹ Prop. 1989/90:77 s. 42.

¹⁰⁰ Prop. 1989/90:77 s. 43.

¹⁰¹ Elfström & Ashton, 2016, s. 260.

¹⁰² Stiegler, 2000, s. 34 f.

¹⁰³ NJA 2007 s. 962.

yrikesutövningen under lagen för finansiell rådgivning, vilken är avsedd att träffa finansiell och juridisk rådgivning. Sådant ekonomiskt biträde som avses i lagen utförs däremot ofta i samband med besiktningen, exempelvis värdering av fastigheten av finansiell karaktär. Då besiktningsmannen enbart utför en besiktning av fastigheten är detta inte en finansiell rådgivning och uppdraget faller utanför lagens tillämpningsområde, men kan istället falla under 18 kapitlet HB.¹⁰⁴ Det är upp till besiktningsmannen och fastighetsköparen att själva bestämma uppdragets omfattning i avtalet.¹⁰⁵ Besiktningsmannen bör lägga fram och precisera avtalsvillkoren före besiktningsuppdragets genomförande. Om fastighetsköparen fått ta del av villkoren först i besiktningsprotokollet så kan hända att de inte anses utgöra avtalsinnehåll.¹⁰⁶ De vanligaste besiktningarna som görs idag är så kallade okulärbesiktningar. Okulär innebär ”med synen” och utgör besiktning utan ingrepp eller verktyg. Utöver sin syn ska besiktningsmannen även använda sig av sina andra sinnen såsom lukt, hörsel och balans.¹⁰⁷

Allmänna kontraktsrättsliga principer ska gälla mellan parterna i övrigt och ska även avgöra huruvida avtalet står sig. Tvingande konsumentskyddsregler tillhandahåller en viss nivå på skyddet för konsumenten. Konsumenttjänstlagen är uppbyggd så att det hänsyn tas till båda parternas intressen och återspeglar även allmänna kontraktsrättsliga principer för tjänsteuppdrag i övrigt. Då besiktning är en immateriell tjänst tillämpas inte konsumenttjänstlagens stadgade kontrollansvar analogt. Dessa hade inneburit att en näringsidkare som kan visa att felet är utanför dennes kontroll, som denne inte hade kunnat räkna med vid avtalets ingående och vars följder han/hon inte hade kunnat undvika eller övervinna eller om resultatet avviker från vad näringsidkaren särskilt utfäst, inte hade blivit skadeståndsskyldig.¹⁰⁸ Istället ska grunden för en besiktningsmans skadeståndsansvar vid fel i den utförda tjänsten anses vara ett vårdslöshetsansvar.¹⁰⁹ Denna vårdslöshetsbedömning görs i enlighet med följande kapitel.

3.6.1.2 Besiktningsmäns skyldigheter

En besiktning ska utföras med skicklighet och omsorg. Det ställs inte upp något krav på att personen genomgått någon utbildning men höga krav ställs på kompetensen hos en besiktningsman. Förarbetena föreskriver att besiktningen ska utföras av en, i byggnadstekniska frågor, erfaren person.¹¹⁰ En besiktningsman blir

¹⁰⁴ Zacharias, 2003, s. 16 f.

¹⁰⁵ Se NJA 2001 s. 269.

¹⁰⁶ NJA 2007 s. 962.

¹⁰⁷ Se Elfström & Ashton, 2012, s. 44; Elfström & Ashton, 2016, s. 260 f.

¹⁰⁸ Bengtsson, 2008 s. 262 ff.

¹⁰⁹ Bengtsson, 2008, s. 267 f.

¹¹⁰ SOU 1987:30 s. 95.

skadeståndsskyldig då denne uppsåtligt eller av oaktsamhet åsidosatt sina skyldigheter gentemot uppdragsgivaren. Denna bedömning görs genom att först försöka fastställa den norm som har åsidosatts, för att därefter försöka avgöra om den har åsidosatts i sådan grad att avvikelserna ska betraktas som vårdslös. Vårdslöshetsbedömningen görs precis som för en vanlig rådgivare- genom att avgöra om besiktningsmannen åsidosatt sin informationsplikt, sitt metodansvar, sin omsorgsplikt och därigenom inte utfört arbetet på ett fackmässigt sätt.¹¹¹

Enligt besiktningsmannens rådgivaransvar ska han/hon utöver att redovisa vad som kommit fram vid besiktningen, även ge råd och information till beställarna av tjänsten. Byggnadstekniska bedömningar och förslag till mer ingående undersökningar ska ges, om sådana undersökningar behövs. Besiktningsmannen ska kunna känna till vissa risker med särskilda produktioner och hustyper och ska anpassa sina råd och undersökning därefter. Säljarens uppgifter kan påverka besiktningsmannens uppdrag i skärpande eller mildrande riktning precis som för köpare. Det föreligger ofta avtal för besiktningsmän där uppdraget begränsas till att omfatta endast en del av en köpares undersökningsplikt, om inte annat avtalats.¹¹² Besiktningsmäns undersökning inkluderar sällan de områden som kräver särskild sakkunskap såsom skorstenar, eldstäder eller diverse elinstallationer.

Det faller inom besiktningsmannens *pedagogiska plikt* att vid redovisningen av uppdraget undanröja alla eventuella oklarheter. Resultatet ska redovisas på ett *pedagogiskt* sätt för uppdragsgivaren på ett sätt att denne kan tillgodogöra sig det och dra rimliga och korrekta slutsatser av det. Denna redovisning ska göras på en nivå baserad på uppdragsgivarens kunskaper om fastigheter sedan tidigare.¹¹³ Av informationsplikten kan man även utläsa en plikt för besiktningsmannen att dra rätt slutsatser av de saker denne upptäckt vid uppdragets genomförande.¹¹⁴ Besiktningsmannen ska förklara för köparen om tveksamheter som uppkommit vid uppdragets genomförande, så att köparna får ett välgrundat beslutsunderlag.¹¹⁵

Hovrätten fann i ett mål rörande en fastighet behäftad med förhöjda fuktvärden att en besiktningsman varit oaktsam i sin redovisning av resultatet av sin besiktning. I målet genomfördes fuktmätningar då köparna av ett hus var oroliga för fukt på grund av att huset luktade unket och då det hade stått tomt en längre tid. Efter att köparna hade flyttat in gjordes en ny undersökning som visade förhöjda fuktvärden.

¹¹¹ Kleineman, 1998, s. 189.

¹¹² Elfström & Ashton, 2016, s. 260 f.

¹¹³ Elfström & Ashton, 2012, s. 108.

¹¹⁴ Svea Hovrätts dom 2002-01-11, mål nr. T 5301-00.

¹¹⁵ Stiegler, 2000, s. 28.

Hovrätten fann att besiktningsmannen inte hade använt en bristfällig metod. Metoden besiktningsmannen hade använt hade inte gett indikationer på förhöjda fuktvärden och den metod som krävdes för att upptäcka fukten hade krävt förstörande ingrepp. Hovrätten fann däremot att besiktningsmannen varit oaktsam vid sin redovisning av resultatet enligt *informationsplikten* då denne förklarar den unkna lukten på att huset stått tomt under en längre tid och därigenom gett köparna skäl att uppfatta att huset var fritt från fukt.¹¹⁶

Skulle besiktningsmannen vid en undersökning upptäcka andra fel som kan påverka fastigheten allvarligt, borde besiktningsmannen vara skyldig att uppmärksamma en oerfaren köpare om att de borde undersöka dessa förhållanden.¹¹⁷ I rättsfallet NJA 2001 s. 269 rörde det sig om två köpare som köpt en fastighet med en återgångsklausul vilken gav dem rätt att utan kostnad avbryta köpet om utförd besiktning inte ledde till deras belåtenhet. Köparna anlätade en byggingenjör som utförde en besiktning med ett modellavtal som villkor mellan parterna. Efter tillträdet upptäckte köparna fukt. I sitt protokoll hade besiktningsmannen uttryckligen skrivit att det inte behövdes en fortsatt teknisk utredning. HD klargjorde besiktningsmannens informationsplikt enligt ovan men menade däremot att informationsplikten i det aktuella fallet hade begränsats genom föreliggande modellavtal där det stod att en fortsatt teknisk utredning inte föreslås vid risk för väsentligt fel. Att besiktningsmannen avstår från att rekommendera en vidare teknisk utredning innebar därför i målet inte vårdslös underlåtenhet men det förhållande att besiktningsmannen uttryckligen angett att en vidare teknisk utredning inte var erforderlig innebar vårdslöshet. Att uttalandet rörande vidare teknisk utredning syftade till fuktproblem var i målet inte utrett men HD konstaterade att detta med fog gett köparna uppfattningen att den risk besiktningsmannen funnit, var så obetydlig att det inte fanns något skäl för dem att göra en närmare utredning av risken.

HD bedömde i rättsfallet NJA 1997 s. 65 en besiktningsmans *informationsplikt* och anförde att en plikt att utföra en *riskanalys* ingår i besiktningsmannens uppdrag. HD såg strängt på en besiktningsmans ansvar då denne vid en besiktning i samband med en fastighetsöverlåtelse hade konstaterat att det saknades fullgod ventilation i takkonstruktionen. Av besiktningsutlåtandet kunde man utläsa att besiktningsmannen upplyst om att ventilationsöppningarna borde åtgärdas men hade inte upplyst om risken för rötskador. HD fastställde i målet hovrättens domslut utan vidare domskäl. Genom hovrättens domskäl anfördes att besiktningsmannens riskanalys till köparna av fastigheten inte var tillräcklig för att de skulle inse risken med den bristande takkonstruktionen. Man menade att det finns en plikt att inte enbart informera om förekomsten av fel och reparationen av dessa utan även om risken med

¹¹⁶ Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom RH 1996:47.

¹¹⁷ Se Elfström & Ashton, 2012, s. 44; Elfström & Ashton, 2016, s. 260 f.

fel. Två skiljaktiga justitieråd menade däremot att besiktningsutlåtandet var utformat så att det inte gav utrymme för missförstånd och att köparna "... om de ändå kände tveksamhet om innebörden av hans utlåtande, skulle ställa frågor till honom".¹¹⁸ Det krävs att risken ska vara uppenbar, det fel som kan uppstå ska allvarligt påverka husets funktion och att reparationen ska vara kostsam för att besiktningsmannen ska ha en skyldighet att upplysa köparna om risken. Rättsfallet fastställer även att den tidpunkt som är aktuell för bedömningen är *tiden för uppdragets utförande*. Minoriteten av HD:s ledamöter menade att det vid den kritiska tidpunkten inte fanns någon sedvänja inom branschen som talade för att besiktningsmannen skulle ange vilka risker ett fel kunde medföra.

Stiegler anser att besiktningsmannens riskanalys skulle innefatta att besiktningsmannen ska varna för risken för befintliga fel samt risken för framtida fel med grund i dennes erfarenhet, kunskap och resultatet av besiktningen. Om en viss konstruktion av en byggnad ofta innefattar ett specifikt fel vilka inte går att upptäcka genom en normalt besiktning torde det ligga inom besiktningsmannens ansvar att föreslå en fortsatt och fördjupad utredning eller i vart fall varna köparen om konstruktionens brister.¹¹⁹ En rekommendation om fortsatt teknisk utredning måste vara tydligt formulerad. Besiktningsmannen måste specificera en sådan rekommendation och inte formulera den för allmänt., Vidare ska en förklaring till varför en sådan fortsatt undersökning bör genomföras lämnas. Görs inte det ska besiktningsmannen hållas ansvarig.¹²⁰

Även Kleineman har analyserat rättsfallet. Han noterar att de avgöranden som lagts fram rörande rådgivaransvaret på 1990-talet visar stor oenighet mellan HD:s ledamöter och hänvisar till sin analys av NJA 1994 s. 532 (se ovan). I det rättsfallet stod Kleineman bakom majoritetens bedömning men beträffande NJA 1997 s. 65 kritiserar han HD fåordighet och anför följande "Det är vidare anmärkningsvärt att HD:s majoritet i ett sådant läge och vid beaktande av den övertygande skiljaktiga meningen valde att endast fastställa hovrättens dom utan att tillfoga några egna domskäl".¹²¹ Istället anser han att minoritetens ståndpunkt stämmer och menar att det snarare är vårdslöst av köparna att inte åtgärda det besiktningsmannen tillrätt dem att göra. Som slutsats av fallet menar Kleineman att konsulter i framtiden får lägga ner betydligt mer tid och ansträngningar på att formulera sina expertutlåtanden på sådant sätt att klienten kan dra rimliga och relevanta slutsatser.¹²²

¹¹⁸ NJA 1997 s. 65.

¹¹⁹ Stiegler, 2000, s. 28.

¹²⁰ Svea Hovrätts dom 2001-05-03, mål nr. T 5600-00.

¹²¹ Kleineman, 1996/97, s. 998.

¹²² Kleineman, 1996/97, s. 999.

Stiegler menar att de fall då besiktningsmannen på uppdrag av uppdragsgivaren åtagit sig att undersöka en väldigt specifik del av fastigheten kan det tolkas som att besiktningsmannen lämnar en garanti. Det enskilda fallet avgör om huruvida det är en garanti eller inte. Om exempelvis en köpare vill att besiktningsmannen ska undersöka en viss del av fastigheten särskilt noga och besiktningsmannen i protokollet väljer att intyga att denna del av fastigheten är felfri, ska detta enligt Stiegler tolkas som en garantiutfästelse från besiktningsmannens sida och denne ska anses ha ett rent strikt ansvar. Ska det inte tolkas som en garanti måste förekomsten av fel då en besiktningsman uttryckt att det inte förekommer ändå enligt Stiegler ses som en avvikelse från en kontraktsförpliktelse.¹²³ Detta står dock i strid mot Kleinemans uppfattning att en rådgivare sällan åtar sig ett garantiansvar.¹²⁴

Besiktningsmannen förväntas vid en överlåtelsebesiktning att utföra uppdraget på ett *fackmässigt sätt* enligt *metodansvaret*. Handlingsnormen för en besiktningsman kan avgränsas till de fel en normalt aktsam besiktningsman förväntas finna.¹²⁵ Genom att använda sig av ett bristfälligt tillvägagångssätt eller besiktningsmannen exempelvis väljer att använda sig av otillförlitlig utrusning kan besiktningsmannen bli ansvarig gentemot uppdragsgivaren då fel upptäckts vid tjänstens utförande. För att besiktningsmannen ska kunna ställas till svars krävs att det finns en alternativ metod vilken hade varit bättre lämpad och denna metod är allmänt känd inom yrkeskåren.¹²⁶ Utöver sakkunnigheten på just byggnadsområdet krävs att besiktningsmannen har en viss juridisk kunskap.¹²⁷

I Göta Hovrätts dom 1993-11-23 DT 1066 mål försökte rätten fastslå någon form av metodansvar för en besiktningsman som vid sin besiktning av en fastighet inte funnit fel vilka inte var att anse som dolda. Besiktningsmannen hade funnit fukt på väggarna. Köparna upptäckte efter köpet mögelskada i golvet trots att besiktningsmannen inte påpekat detta. Hovrättens bedömning att fastigheten var behäftat med ett upptäckbart fel och ställde besiktningsmannen till svars för felet. Hovrätten anförde att då besiktningsmannen inte utfört besiktningen på ett sådant sätt att ett fel som upptäckbara utan att anses som dolda inte hade upptäckts måste besiktningsmannen ha ansetts gjort sig skyldig till skadeståndsgrundande oaktsamhet. Stiegler kritiserar dock rättsfallet och menade att det redan 2000 var överspelat av modernare praxis och då en besiktningsman idag inte som huvudregel övertar köparnas undersökningsplikt. Istället avgränsas uppdraget numer i avtalet.¹²⁸

¹²³ Stiegler, 2000, s. 32 f.

¹²⁴ Kleineman, 1998, s. 187 f.

¹²⁵ Stiegler, 2000, s. 34 f.

¹²⁶ Stiegler, 2000, s. 31 f.

¹²⁷ Elfström & Ashton, 2016, s. 290 f.

¹²⁸ Stiegler, 2000, s. 37.

I Göta Hovrätts dom 1994-05-06 DT 2024 ansågs en besiktningsman varit vårdslös vid utförandet av ett uppdrag. Besiktningsmannen hade över telefon meddelat köparna till en fastighet att det inte förelåg någon risk med förvärvet av fastigheten. Efter köpet uppvisades höga fuktvärden och köparna anlidade därför en sakkunnig som konstaterade att träreglar hade monterats direkt mot en betongväg i källaren. Hovrätten anförde att ”redan förekomsten av träpanelen borde varit en varningssignal för en erfaren besiktningsman” och ansåg att felet var så uppenbart att besiktningsmannen redan på den grunden skulle svara för felet.

I rättsfallet NJA 1998 s. 407 ansågs påpekandena i besiktningsutlåtandet ha utökat köparnas undersökningsplikt. I målet handlade frågan om köparen kunde åberopa besiktningsmannens utlåtande som stöd för att de hade fullgjort sin undersökningsplikt. Köparna hade vid köpet frågat säljarna om de hade haft problem med mögel i huset och hade då fått svaret att det inte hade varit något säljarna hade haft problem med. En besiktningsman utförde en besiktning av fastigheten där denne påpekat höga fuktkvotvärden och att en god ventilation är av vikt. HD resonerade utifrån att om en besiktningsman inte upptäckt en brist kan det utgöra stöd för att köparen inte heller skulle kunna upptäcka det och att felet därmed skulle kunna åberopas som ett dolt fel. Otillräcklig kvalitet i besiktningsutlåtandet kan däremot inte gå ut över säljaren. I fallet menade HD däremot att besiktningsmannens påpekande att huset hade höga fuktkvotvärden och att en fullgod ventilation var av stor vikt snarare innebar att köparnas undersökningsplikt skulle utökas istället för att köparna skulle ha fullgjort sin undersökningsplikt.

Köparens undersökningsplikt vidgas alltså snarare vid anlitaandet av en besiktningsman. Ett fel som noteras i besiktningsutlåtande går från att vara ett dolt fel till att vara ett upptäckbart fel och innebär att köparen förlorar möjligheten att vända sig till säljaren, oavsett om denne själv hade kunnat upptäcka felet genom en fullgod undersökning.¹²⁹

3.6.2 Mäklare

På liknande sätt som besiktningsmannens ansvar och skyldigheter enligt omsorgsplikten behandlats ovan ska nu mäklares ansvar och skyldigheter behandlas. Fastighetsmäklaren tjänar både köparen och säljaren. En mäklares rådgivningsansvar utgör en plikt att bistå båda parter med de råd och upplysningar som båda dessa kan behöva. Ett liknande upplägg likt det ovan om besiktningsmän ska försöka upprätthållas i detta kapitel i hopp om att det ska bli lättare att jämföra de två yrkesgruppernas rådgivningsansvar.

¹²⁹ Stiegler, 2000, s. 37

3.6.2.1 Gällande rätt

Fastighetsmäklarens rådgivaransvar är precis som ovan förklarat lagstadgat. Mäklare som förmedlar fastigheter omfattas av fastighetsmäklarlagen. Mäklaruppdraget styrs av en rad formella krav. För att få vara mäklare krävs bl.a. registrering hos Fastighetsmäklarinspektionen vilket i sin tur ställer krav på utbildning. Utöver de formella kraven ställs en del materiella krav och skyldigheter upp. Dessa regleras i 5 & 6 §§ fastighetsmäklarlagen.

Mäklarens naturliga roll att sammanföra köpare och säljare framkommer av 1 § fastighetsmäklarlagen. Det är parternas vilja som styr avtalets omfattning. Mäklaren har enligt denna lagstiftning till skillnad från besiktningsmannen en plikt reglerad i lag att ge råd och upplysningar som kan behövas och verka för att en överenskommelse kommer till stånd mellan säljare och köpare. Fastighetsmäklarens uppdragsgivare kan vara såväl en säljare som önskar sälja sin fastighet som en köpare som önskar köpa en fastighet. Det uppdrag som främst faller inom fastighetsmäklarens term för fastighetsförmedling är det uppdrag mäklaren får från en säljare.¹³⁰ Fastighetsmäklarlagen är av semidispositiv karaktär vilket innebär att alla avtalsvillkor som är till nackdel för en konsument vid ett köp är utan verkan om inte annat anges i lagen enligt 4 § fastighetsmäklarlagen.

3.6.2.2 Mäklares skyldigheter

Fastighetsmäklarens ersättning kan enligt 24 § fastighetsmäklarlagen sättas ned om mäklaren vid uppdragets utförande har åsidosatt sina skyldigheter mot köparen eller säljaren. Detta gäller dock inte om åsidosättandet är av ringa betydelse. Skulle mäklaren uppsåtligt eller av oaktsamhet åsidosätta några av de skyldigheter enligt 8–22 §§ skall han/hon enligt 25 § FML ersätta skada som till följd av detta drabbar köparen eller säljaren. 25 § 2st FML lyder

Om mäklaren har betalat skadestånd till köparen på grund av skada som köparen har tillfogats genom att fastigheten avviker från vad köparen har haft anledning att räkna med, kan mäklaren kräva tillbaka skadeståndet från säljaren i den mån också säljaren är ansvarig för skadan och det inte är oskäligt att säljaren i sista hand får bära detta ansvar ensam.

Fastighetsmäklarens skadeståndsansvar baseras alltså på en vårdslöshetsbedömning vilken grundar sig i de plikter som har ålagts mäklaren i lag och god mäklarsed. Åsidosättande av dessa normer ska vara utgångspunkt i culpabedömningen.¹³¹ För

¹³⁰ SOU 2008:6 s. 188.

¹³¹ Kleineman, 1998, s. 189.

mäklarens ansvar krävs att denne uppträtt inom ramen för sin yrkesroll enligt 1 § FML.

Enligt 8 § fastighetsmäklarlagen skall mäklaren utföra sitt uppdrag ”omsorgsfullt och i allt iakttaga god fastighetsmäklarsed”. Mäklaren skall vidare enligt paragrafens andra stycke ”därvid tillvarata både säljarens och köparens intresse”. Vad som menas med god fastighetsmäklarsed är inte helt preciserat. Utredningen menar att god fastighetsmäklarsed bör kunna utvecklas från en tid till en annan och att begreppet inte bör regleras i detalj i lag eller andra föreskrifter. Istället ska god fastighetsmäklarsed i stor omfattning att bestämmas genom avgöranden från exempelvis Fastighetsmäklarnämnden (FMN) och domstolarna.¹³² I förarbetena nämns som exempel på god mäklarsed att mäklaren ska verka för att uppdragsgivarens affärsmässiga intressen tas tillvara vid överlåtelsen. I de fall uppdragsgivaren är en säljare är det extra viktigt att mäklaren ser till att objektet säljs för ett så förmånligt pris som möjligt.¹³³ Melin menar att iakttagande av omsorgsplikten innefattar ett allmänt krav på fackmässigt utförande och menar att det knappast finns någon anledning att dra en skarp gräns mellan omsorgsplikten och skyldigheten att iaktta god fastighetsmäklarsed.¹³⁴ Av förarbetena kan man tyda att omsorgsplikten innebär en allmän skyldighet att tillvarata huvudmannens och dennes medkontrahents intresse av en i första hand juridiskt och ekonomiskt välskött fastighetsöverlåtelse.¹³⁵ Fastighetsmäklarinspektionen och domstolarna använder sig av termen omsorgsplikt i sin praxis och en rimlig slutsats därav skulle kunna vara att omsorgsplikten ska ses som en allmän aktsamhetsnorm.¹³⁶ I förarbetena till 8 § FML anges att paragrafen är avsedd att framhålla mäklarens skyldighet att iaktta god fastighetsmäklarsed inte bara vid fullgörandet av de enskilda förmedlingsuppdragen utan även i andra sammanhang när han uppträder i sin yrkesroll. Det kan gälla exempelvis mäklarens marknadsföring av sina tjänster.¹³⁷ Kammarrätten i Stockholm tog upp ett mål till prövning rörande frågan om en mäklare agerat i strid med god mäklarsed när denne förmedlat en lägenhet i till en närstående som själv var fastighetsmäklare. Kammarrätten anförde att då mäklaren agerat utanför yrkesrollen hade han inte skyldighet att iaktta god fastighetsmäklarsed.¹³⁸

¹³² Prop. 1994/95:14 s. 40; Prop. 2010/11:15 s. 23.

¹³³ SOU 2008:6 s. 173.

¹³⁴ Melin, 2017, s. 63.

¹³⁵ SOU 1981:102 s. 91.

¹³⁶ Jingryd, 2015/16, s. 534.

¹³⁷ Prop. 1994/95:14 s. 76.

¹³⁸ Kammarrättens mål 2015–13.

Mäklarsamfundets Ansvarsnämnd har vidare ansett att god fastighetsmäklarsed kräver att mäklaren är uppmärksam på om köparen kan utgöra en för säljaren ekonomisk godtagbar avtalspart.¹³⁹ En mäklarens omsorgsplikt innebär att uppdragsgivaren ska hjälpa säljaren hitta en lämplig motpart samt upplysa säljaren om mäklaren känner till att en köpare har sådan ekonomisk status att denne inte kan förväntas genomföra köpet.¹⁴⁰ Mäklarens opartiska roll ska inte hindra att mäklaren när det gäller uppdragsgivarens ekonomiska intressen ger upplysningar om hur denne bör handla.¹⁴¹ Däremot innebär omsorgsplikten enligt 8 § en allmän skyldighet att minimera risken för att någon av parterna lider skada till följd av fastighetsförmedlingen.¹⁴²

Mäklaren ska enligt 16 § ”i den mån god fastighetsmäklarsed kräver det, ge tilltänkta köpare och säljare de råd och upplysningar som de kan behöva om fastigheten och andra förhållanden som har samband med överlåtelsen...”. Med det måste uppfattas att mäklaren kan ställas till svars för de råd denne ger. Jingryd delar upp förpliktelsen i två delar och menar att mäklaren har en *informationsplikt* samt en *rådgivningsplikt*. *Informationsplikten* tar sikte på sakomständigheter som exempelvis fel i fastighet.¹⁴³ Mäklare har en skyldighet att verka för att säljaren före överlåtelsen lämnar de uppgifter om fastigheten som kan antas vara av betydelse för köparen. Genom denna skyldighet blir säljaren inte ansvarig på grund av reglerna om ansvar för fel i fastighet i jordabalken.¹⁴⁴ Det förekommer fall där köparen väljer att ställa mäklaren till svars då fel i fastighet har upptäckts. Köparens tillit till mäklaren innebar att man utgått från att denne har undersökt objektet inför försäljningen. I många fall menar köparen att mäklaren verkat för att de inte undersökt själva medan mäklarna säger sig ha upplyst om köparens undersökningsplikt och kan i dessa fall även ofta hänvisa till de avtal som lagts fram i affären. I förarbetena till 1984 års fastighetsmäklarlag diskuteras mäklarens ansvar för att upplysa köparen om faktiska fel i fastigheten. Mäklaren är inte skyldig att särskilt undersöka fastigheten mer ingående men ska upplysa köparen om uppenbara fel som mäklaren antingen känt till sedan tidigare eller som framgår vid en ytlig undersökning av fastigheten. Utöver denna skyldighet ska mäklaren enligt förarbetena inte ha någon djupgående undersökningsplikt vilken kan missuppfattas med köparens undersökningsplikt i 4 kap 19 § JB.¹⁴⁵ Däremot kan en mäklare bli skadeståndsskyldig om säljaren lämnar denne uppgift om fel i fastigheten och mäklaren väljer att inte vidarebefordra den informationen till köparen. Vidare kan

¹³⁹ AN 2/86, AN 8/90, jfr. AN 12/95.

¹⁴⁰ SOU 2008:6 s. 189.

¹⁴¹ Prop. 1994/95:14 s. 42.

¹⁴² Jingryd, 2015/16, s. 534.

¹⁴³ Jingryd, 2015/16, s. 534.

¹⁴⁴ SOU 2008:6 s. 186.

¹⁴⁵ Prop. 1983/84:16 s. 38.

en mäklare komma att ansvara för uppgifter lämnade av säljaren som mäklaren misstänker är felaktig men ändå väljer att vidarebefordra till köparen utan att kontrollera uppgiften. Mäklaren har alltså en skyldighet att informera köparen om de brister i fastigheten som han/hon känner till.¹⁴⁶ *Rådgivningsplikten* omfattar de frågor som har juridisk, teknisk eller ekonomisk karaktär vid fastighetsköpet.¹⁴⁷ Mäklaren ska enligt Jingryd för rådgivningspliktens uppfyllande så långt som möjligt säkerställa att parterna är införstådda med den problematik som aktualiseras i den enskilda affären.¹⁴⁸ Det förutsätts att mäklaren behärskar de rättsområden och andra specifika områden som kan aktualiseras i samband med förmedlingen. I ett hovrättsfall hade en köpare och en säljare muntligen förhandlat om en högre köpeskilling än den som angivits köpekontraktet vilket enligt då gällande rätt gjorde att köpet blev ogiltigt. Säljaren stämde mäklaren som medverkat vid köpet vilken blev ansvarig då denne inte avrått säljaren från förfarandet med dubbla köpeskillingar eller ens förklarat riskerna med att ha det.¹⁴⁹

16 § 2 st. FML lyder: ”Mäklaren ska i förväg verka för att säljaren före överlåtelsen lämnar de uppgifter som kan antas vara av betydelse för köparen. Mäklaren ska skriftligen upplysa en köpare om det ansvar som denne har för att han eller hon före köpet gör eller låter göra en sådan undersökning”. Stiegler menar att paragrafen ska tolkas som en *informationsplikt* hos mäklaren. Mäklarens skyldighet innebär det ovan anförda- att mäklaren ska underrätta säljaren om de fördelar som föreligger då säljaren informerar köparen om de fel denne känner till. Mäklarens har även en plikt att verka för att köparen undersöker fastigheten och ska vidare anses ha en plikt att informera parterna om reglerna i jordabalken och de påföljder som kan komma att bli aktuella.¹⁵⁰

Denna *informationsplikt* ställs även upp i 18 § FML. Är köparen konsument skall mäklaren tillhandahålla denne ytterligare uppgifter bl. a. en skriftlig beskrivning av fastigheten samt en beräkning av dennes boendekostnader. Mäklaren ska vidare kontrollera att vissa av dessa uppgifter stämmer, framför allt då de verkar orimliga. Underlåter mäklaren att göra detta och köparen på grund av detta lider skada blir mäklaren ansvarig för skadan.¹⁵¹

Enligt 21 § skall mäklaren ”verka för att köparen och säljaren träffar överenskommelse i frågor som behöver lösas i samband med överlåtelsen”. Mäklaren har

¹⁴⁶ Stiegler, 2000, s. 60.

¹⁴⁷ Prop. 1983/84:16 s. 37; SOU 1981:102 s. 202.

¹⁴⁸ Jingryd, 2015/16, s. 535.

¹⁴⁹ RH 1986:152.

¹⁵⁰ Stiegler, 2000, s. 62.

¹⁵¹ Stiegler, 2000, s. 62 f.

enligt denna paragraf en *handlingsplikt* vilken innebär att mäklaren ska vara aktiv och observant på frågor som behövs lösas.¹⁵² Mäklaren ska särskilt uppmärksamma om någon av parterna behöver villkora köpet.¹⁵³ Mäklaren ska i ett första steg i sin bedömning urskilja vilka frågor som behövs lösas för att sedan ta fram lösningar som kan tillfredsställa båda parter. Lösningarna ska kunna bidra till att en bindande och giltig uppgörelse vilken senare kommer bli tydlig och klart utformad i kontraktet. Bägge parter ska vidare vara införstådda i eventuella problem och alternativ som skulle kunna uppstå vid handlingarnas upprättande. Slutligen ska mäklaren verka för att tvister förebyggs.¹⁵⁴ Eftersom både köparen och säljaren har intresse av att ta del av information påverkas mäklarens handlande. Mäklaren hade i ett mål hos Fastighetsmäklarnämnden gett ut en nyckel till en spekulant till ett förmedlingsobjekt utan att ha inhämtat uppdragsgivarens samtycke och senare inte försökt att återfå nyckeln. Agerandet ansågs vara i strid med god fastighetsmäklarsed och resulterade i en varning för mäklaren.¹⁵⁵

I NJA 1997 s. 127 (I och II) hade en köpare gjort gällande att köp kunde göras beroende av att de fick ta över befintliga lån på fastigheten. HD ansåg att det stod klart för fastighetsmäklaren att finansiering av köpet inte stod klart vid kontraktskrivning och att mäklaren ändå inte infört ett villkor som gav köparna möjlighet att frånträda köpet om finansieringen inte kunde ordnas. HD anförde att fastighetsmäklaren i princip var skyldig att verka för att köpets giltighet villkorades av att lån beviljades eller övertogs. Genom att inte ha verkat för att i köpehandlingarna få köpet villkorat av finansiering hade mäklaren av oaktsamhet åsidosatt sina förpliktelser som mäklare. Mäklaren befanns därvid även skyldig att informera köparen om följderna av att han inte kunde fullgöra sin betalningsskyldighet med hänsyn till de långtgående ekonomiska konsekvenser detta skulle få. Enbart då ett sådant villkor inte skulle tjäna något syfte skulle det vara godkänt att inte inkorporera det. Exempel på ett sådant syfte är då det är uteslutet att köparen ska komma att finansiera köpet genom lån. Förarbetena tolkar rättsfallet att man inte kan utläsa en generell plikt för mäklaren att närmare granska en köpares ekonomi och menar att en mäklare normalt bör godta ta en köpares uppgifter om han/hon inte ger någon särskild anledning att misstro uppgifterna.¹⁵⁶ Kleineman menar att rättsfallen inte enbart ger en plikt för mäklarna att be sina klienter att föra in ett villkor att köpet ska vara villkorat av finansiering i sina köpehandlingar, han menar även att rättsfallen ger anledning för mäklarna att säkra bevisning på att mäklaren faktiskt har lämnat ett sådant råd. Kleineman jämför även NJA 1997 s. 127 (I och

¹⁵² Jingryd, 2015/16, s. 537.

¹⁵³ NJA 1997 s. 127 I och II.

¹⁵⁴ Jingryd, 2015/16, s. 537.

¹⁵⁵ FMN:s beslut 2001-11-21:2.

¹⁵⁶ SOU 2008:6 s. 189.

II) med NJA 1997 s. 65 i fallet om den vårdslöse besiktningsmannen och finner att utfallen i målen baseras på konsumentintresset genom att jämföra till mål där uppdragsgivarens motiv varit att undgå skatteplikt. Kleineman öppnar därmed upp frågan om det finns en moralisk faktor i culpabedömningen.¹⁵⁷

Även i RH 2012:69 tas frågan om mäklares rådgivningsplikt och skyldighet att verka för en låneklausul upp. Hovrätten tar upp bedömningen i NJA 1997:127 I och II i bedömningen och fastställer den stränga culpatriösklen som ställs upp i det målet. Om mäklaren ska följa domen strikt innebär hovrättens dom en skyldighet för mäklaren att verka för låneklausul i princip vid varje förmedling där köparen behövs finansiera köpet med lån.

I hovrättsfallet RH 1995:127 hade köparna informerat mäklaren om att de ville införa ett villkor om att deras fastighet skulle bli såld för att köpet skulle gå igenom. Mäklaren informerade inte säljarna till den nya fastigheten om detta utan meddelade istället köparna att en sådan klausul inte skulle behövas då deras fastighet skulle vara lättsåld. Det visade sig inte stämma och köpet kunde inte gå igenom på den grund att köparna inte fått sålt sin fastighet. Hovrätten meddelade att mäklaren borde informerat parterna om innebörden av en sådan klausul och fann att mäklarens agerande främst efter det aktiva avrådanet var ett klart avsteg från god fastighetsmäklarsed och ansåg därmed att mäklaren varit oaktsam. Jingryd kritiserar målens hårda bedömning och ställer sig frågan hur en mäklare ska göra i fall där denne inte har den information som krävs. Den enda rimliga slutsatsen av rättsfallen är att det finns en skyldighet för mäklaren att handla så fort det inte är uteslutet att köparen inte kommer finansiera köpet med hjälp av lån.¹⁵⁸ Jingryd tar även upp mäklares omsorgsplikt vid förekomsten av friskrivningsklausuler i mäklares avtal. Det åligger i dessa fall en skyldighet för mäklaren att tydligt förklara för köparen vad det innebär.¹⁵⁹

3.6.3 Andra rättsfall som berör mäklares och besiktningsmäns rådgivaransvar

Sveriges Fastighetsmäklarförbunds ansvarsnämnd 1987-12-16 nr. 15, II belyser omfattningen av **mäklarens upplysningsplikt**. En fastighet överläts inom ett område där en delegation genom luktundersökning strax före köpekontraktets undertecknande sökte utröna om byggnaderna besvärades av mögel. Många personer luktade möglet. Köparen informerades om detta. Mäklaren instämde med

¹⁵⁷ Kleineman, 1998, s. 197 f.

¹⁵⁸ Jingryd, 2015/16, s. 543.

¹⁵⁹ Jingryd, 2015/16, s. 539.

säljaren att det inte var något att beakta. Ansvarsnämnden anförde att mäklaren har en skyldighet att upplysa köparen om dennes undersökningsplikt. Mäklaren hade i detta fall handlat i strid med god mäklarsed då han skulle förstått mögellukten som en varningssignal.

Hovrätten för Övre Norrland dom 1990-02-12, DT 2015, där en **fastighetsmäklare** ansågs vara skadeståndsskyldig då han inte upplyst köparna om ett svampangrepp i ett vindsutrymme som han undersökt. Köparna menade att han hade haft kunskap om angreppen och därmed brustit i sin *informationsplikt*. Angreppen var av sådan omfattning och beskaffenhet att angreppet redan vid en ytlig besiktning hade kunnat iakttas av en lekman. Hovrätten stödde sig på mäklarens egna uppgifter om att denne tittade upp på vinden med en ficklampa och menade att mäklarens många års erfarenhet och sakkunskap på området då han var utbildad byggingenjör och menade att mäklaren borde upptäckt angreppen.

Hovrätten för övre Norrland T 61/89 och Kammarrätten i Sundsvall dom 1992-02-17

I målet upptäckte köparna ett omfattande mögelangrepp i vindsutrymmet på byggnaden. **Mäklaren** hade stått på en stege och tittat in i utrymmet. Hovrätten menade att det var klarlagt att en lekman hade kunnat upptäcka skadorna och ansåg att mäklaren borde upptäckt de då han undersökte vindsutrymmet. Hovrätten menade att mäklaren därför brustit i sin upplysningsplikt. Kammarrätten prövade målet näringsrättsligt två år senare och fann då att det inte var klarlagt i målet att mäklaren fick klart för sig att det fanns röt och mögelskador i vindsutrymmet då han tittade in där. Kammarrätten ansåg därmed att han inte hade åsidosatt sin upplysningsplikt.

Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 1993-02-11 DT 1028

Efter köpet upptäcktes att en fastighet led av omfattande fukt- och rötskador. Köparna ville få det till att **fastighetsmäklaren** borde ha lämnat uppgifter om de fel och brister fastigheten som denne var informerad om och menade att mäklare avrått dem att anlita en sakkunnig besiktningsman. Hovrätten fann det däremot inte visat att mäklaren hade gjort en sådan avrådan och fann det styrkt att köparna hade fått kännedom om felen. Vidare ansåg hovrätten att det inte hade funnits skäl för mäklaren att lämna vidare upplysningar.

Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 1997-06-09 i mål T 347-95

Efter köpets fullbordan upptäcktes mögelväxt till följd av golvsystem med ventilation, ägarna fick astma. Köparna stämde säljarna och fick köpet hävt 1992. Säljarna saknade dock ekonomisk förmåga att göra något och köparna vände sig därför mot **fastighetsmäklaren** med invändningen att han borde upplyst om detta. Hovrätten ansåg att mäklaren inte hade skäl att okritiskt godta säljarnas uppgifter,

att mäklaren borde insett felet och att han borde påkallat vidare undersökning och behov av besiktning.

RH 1998:60

Målet rörde en besiktning utförd av en **besiktningsman** i samband med ett fastighetsköp. Efter tillträdet upptäcktes att vatten rann in genom taket och att ventilationen var bristfällig. Hovrätten fann att besiktningen hade varit felaktig men ogillade köparnas skadeståndstalan då man inte ansåg det vara utrett att köparna hade lidit skada till följd av fel i tjänsten.

3.6.4 Övriga relevanta rådgivaransvar

I en artikel från 1995 menade Kleineman att det skulle ifrågasättas huruvida en professionsutövare, vars verksamhet styrs av etiska koder likt god revisorssed och god advokatsed, kan friskriva sig från skyldigheter med grund i den allmänna lojalitetsplikten att iaktta dessa. Förekomsten av olika branschnormer borde vara vägledande för samtliga rådgivare inom en yrkeskategori oavsett om de i egenskap av medlemmar i en organisation har bundit sig att iaktta dessa normer eller inte. Kleineman menade att etiska normer för varje yrkeskategori borde ligga till grund en culpabedömning även om han inte ansåg att de skulle direkt påverka en skadeståndsrättslig analys. Ett exempel är den ovan nämnda situation då uppdragsgivaren gett ifrån sig ett uppdrag med särskilda omständigheter, exempelvis genom en för rådgivaren alltför tajt tidsram vilken får rådgivaren att åsidosätta den metod och noggrannhet denne normalt skulle vidta. I ett sådant fall menar Kleineman att culpabedömningen skulle påverkas i en mildare riktning för rådgivaren.¹⁶⁰ Förhållanden som kan verka in en begränsande riktning för rådgivarens ansvar är då klienten önskar en mycket snabb handläggning av ett ärende rådgivaren menar kräver mycket omfattande arbete och mer djupgående analys och då rådgivaren gör det klart för klienten att detta inte kommer hinnas med. I dessa fall sker en riskanalys där klienten måste åsidosätta rådets kvalitet och tilliten till dem för att främja ett snabbt förfarande. Kleineman menar dock att det trots att det är klientens beslut åligger rådgivaren att säkra bevisning om att klientens tidsram inte stämmer överens med rådgivarens uppfattning om uppdragets omfattning.¹⁶¹

Besiktningsmän och värderingsmän har mycket gemensamt men det finns en avgörande skillnad mellan ett värderingsintyg och ett besiktningsprotokoll. Värderingsintyget är ett neutralt intyg vilket är oberoende av vem som är uppdragsgivaren. Ett besiktningsprotokoll däremot påverkas i hög grad av vem det är som gett besiktningsmannen hans/hennes uppdrag. En besiktning genomförd å säljarens

¹⁶⁰ Kleineman, 1994/95, s. 703.

¹⁶¹ Kleineman, 1998, s. 191.

vägnar är sällan så noggrant genomförd som den utförd å köparens vägnar. Köparens intressen att köpa en felfri fastighet styr besiktningsmannen och köparens kompetens styr uppdraget till stor del.¹⁶²

I NJA 1987 s. 692, vilket kort berörts i kapitlet ovan, handlade om en värderingsmans metodansvar. I målet hade en värderingsman utfärdat ett intyg om värdering av en fastighet på beställning av en fastighetsbyrå. Intyget skulles sedan ligga till grund för fastighetsbyråns köp av fastigheten. När fastighetsbyrån senare gick i konkurs visade det sig att fastigheten var värd mycket mindre än det värderingsmannen hade uppgett vilket resulterade i att värderingsmannens arbetsgivare blev skadeståndsskyldig på grund av värderingsmannens oaktsamhet. Skadeståndet utdömdes på grund av att värderingsmannen inte gjort de undersökningar som rimligen kunde krävt av honom i det aktuella fallet. HD anförde bland annat att syftet med ett värderingsintyg oftast är att det ska tjäna som underlag för "...rättsliga förfoganden över fastigheter, främst köp och belåning. Den som lämnar uppdraget kan vara fastighetens ägare, en långgivare eller en tilltänkt köpare. För värderingsmannen måste det stå klart att intyget kan komma till användning för skilda ändamål och av flera personer".¹⁶³ Det måste vidare ha stått klart för värderingsmannen att intyget skulle komma att användas för skilda ändamål av skilda personer. Kleineman tar en välgrundad slutsats från rättsfallet och skriver "Det är således inte genom att göra en mer eller mindre god subjektiv bedömning av värdet som man utlöser skadeståndsansvaret. Det handlar mera om att inte göra de undersökningar som man skäligen kan ställa på en yrkesutövare av det aktuella slaget".¹⁶⁴

I NJA 2001 s. 878 hade en värderingsman förfarit vårdslöst vid värderingen av en fastighet inför en tvist. En bank hade beviljat köparen lån baserat på uppgifterna i värderingsintyget. Banken i sin tur erhöll pantbrev med fastigheten som säkerhet. När köparen sedan inte kunde betala sina skulder såldes fastigheten på exekutiv auktion med stor förlust vilket hade ledde till att banken led skada i form av en kreditförlust. HD använde NJA 1987 s. 692 som utgångspunkt för bedömningen i målet och ansåg att värderingsmannen förfarit vårdslöst genom att ange för högt marknadsvärde men friades då banken borde utrett om utlåtandet var lämplig för kreditbedömning med hänsyn till att det skulle användas som underlag för en tvist. Rätten var däremot inte enig och två skiljaktiga menade att banken satt sin tillit till intyget i likhet med NJA 1987 s. 692 och vilket borde inneburit att värderingsmannen på liknande grunder skulle åläggas ett skadeståndsansvar.

¹⁶² Stiegler, 2000, s. 45.

¹⁶³ NJA 1987 s. 692.

¹⁶⁴ Kleineman, 1998, s. 190.

En praktiserande jurist kan vidare för att begränsa sitt ansvar exempelvis förse sitt yttrande över en viss fråga med en förklaring över vad han/hon ansett att uppdraget skulle omfatta, hur han/hon gått tillväga för att genomföra uppdraget samt försöka beskriva syftet med uppdraget för att för sin egen del avge en begränsning av uppdraget.¹⁶⁵

Rättsfallet NJA 1994 s. 598 rörde en skatterådgivare på en bank. Här såg HD inte lika strängt på ansvaret som för besiktningsmannen i NJA 1997 s. 65. En företagare hade i målet genomfört transaktioner efter att ha fått råd från en bank i syfte att undgå realisationsvinstskatt. I målet tog HD upp frågan om underlåtenheten från bankens sida att inte ge ifrån sig en riskanalys med förklaring om riskerna med valt tillvägagångssätt för att undgå skatt. HD ansåg att övervägande skäl talade för att banken borde insett att bedömningen som gjordes var osäker men fann vid en vårdslöshets bedömning att banken inte kunde läggas till last för att de inte informerat om osäkerheten. I målet uppmålade HD en princip för hur svårbedömda rättsfrågor skulle avgöras och menade att i den som lämnar rådgivning i sådana komplicerade rättsfrågor måste rådgivaren fästa uppdragsgivarens uppmärksamhet till osäkerheten. Behovet att informera om problematik kring rättsläget menade HD dock skulle ses till uppdragsgivarens kvalifikationer sedan tidigare. I målet hade företagaren fått information om vad som krävdes för att skatten skulle undgåas vid ett tidigare tillfälle och banken ansågs därför inte ha varit oaktsam i sin rådgivning.

Rättsfallet NJA 1981 s. 1091 rör ansvaret för en specialist. I målet ansågs det oaktsamt att en jurist i ett något oklart rättsläge underlåtit att framställa ett yrkande, som delvis hade stöd i lagmotiv och litteratur och som senare, enligt HD-domar, visade sig stämma med gällande rätt. Tilliten till rådgivare av specialistslag torde vara det som gör att bedömningen blir strängare.

I NJA 1957 s. 621 skulle en jurist skaffa säkerheter för ett lån som klienten gett sitt företag. Frågan HD skulle beröra i fallet rör vilka krav man kan ställa på en anlitad juridisk rådgivares rättsutredningar. Genom att inte ha läst ett välkänt arbete i sakrätt befanns han ha varit försumlig.

3.7 Sammanfattande slutsats

Rådgivning är en immateriell tjänst. En immateriell tjänst är en tjänst vilken inte utgör arbete på ett fysiskt föremål. Med rådgivning menas att någon som har särskilda insikter på ett visst ämnesområde tar emot ett uppdrag för informationsbearbetning för att sedan till uppdragsgivaren lämna råd och upplysningar. Det

¹⁶⁵ Kleineman, 1994/95, s. 704.

finns ingen enhetlig lagstiftning som gäller för samtliga rådgivare. Somliga yrkeskategorier täcks av speciallagstiftning. 18 kapitlet i handelsbalken baseras på allmänna avtalsrättsliga principer och kan på så sätt tillämpas på rådgivaravtal. Det rör sig dock långt ifrån en heltäckande lagstiftning och analogier såväl som handelsbruk sedvana och andra avtalsrättsliga principer tillämpas istället på avtalen. Det råder skilda meningar i doktrinen om en analog tillämpning av närliggande lagstiftning, som exempelvis konsumenttjänstlagen, kan göras.

För att ansvar ska uppstå krävs att ett råden ges inom en professionell kontext och att det föreligger avtal mellan parterna. För att bestämma avtalets ramar har i praxis och doktrin *den befogade tillitens relevans* vuxit fram. Då en person med fog satt tillit till den information rådgivaren förmedlat ställs stränga krav på rådgivarens ansvar, om rådgivaren själv insåg att personen förlitade sig på informationen. På så sätt kan även tredje man som satt tillit till ett råd få rätt till ersättning på grund av vilseledande information.

För att ersättning ska utgå till en part ska en rad objektiva förutsättningar vara uppfyllda. Någon ska ha lidit skada som orsakats av den skadevällande parten (i detta fallet rådgivaren/uppdragstagaren). Vidare ska det föreligga orsakssamband mellan den av skadevällande (eller någon som agerar å dennes vägnar) utförda handlingen och skadan som uppstått för den som lider skadan. Utöver dessa objektiva förutsättningar ska subjektiva förutsättningar föreligga. Den skadevällande parten ska då ha åsidosatt sina förpliktelser enligt avtalet och därmed agerat antingen uppsåtligt eller oaktsamt. För att utreda om en rådgivare ska bli ersättningskyldig för sitt agerande måste rådgivarens skyldigheter i avtalet fastställas för att se om rådgivaren åsidosatt dessa i en sådan grad att rådgivaren kan anses ha agerat oaktsamt. Plikter som uppstår för alla rådgivare är en allmän *omsorgsplikt*. Omsorgsplikten innebär att rådgivaren ska tillvarata uppdragsgivarens intressen. En rådgivare ska för att uppfylla *metodansvaret* utföra uppdraget på ett fackmässigt tillfredställande sätt i enlighet med god sed gällande för yrkesgruppen. Parterna har vidare en skyldighet att tillvarata varandras intressen och upplysa varandra om förhållanden som kan vara av betydelse för av motparten enligt *lojalitetsplikten*. I kommersiella avtal ser man lättare på rådgivarens ansvar då båda parter söker efter den största nyttan och försöker maximera utkomsten av avtalet. En rådgivare har även en *informationsplikt* och en *pedagogisk plikt* gentemot uppdragsgivaren enligt vilken rådgivaren ska upplysa uppdragsgivaren om risker och redovisa resultatet av uppdraget på ett sätt så att uppdragsgivaren kan tillgodogöra sig information.

För specialister ställs strängare krav än för andra rådgivare. För besiktningsmannen utgörs handlingsnormen utifrån vad en normalt aktsam besiktningsman hade

förväntats finna i samma situation med en utgångspunkt i köparens undersökningsplikt för uppdragets omfattning. Personen har en särskild skyldighet att lägga fram en *riskanalys* i samband med uppdraget. Enligt denna skyldighet ges besiktningsmannen en striktare *informationsplikt* vilken innebär att han/hon ska upplysa uppdragstagaren om eventuella risker ett fel kan medföra. *Informationsplikten* innebär för både besiktningsmannen och mäklaren vidare en skyldighet att varna köparen av en fastighet om risken för eventuella fel och upplysa köparen om förekomsten av eventuella risker med en viss byggnadskonstruktion. Mäklares rådgivaransvar är stadgat i lagstiftning och utreds därmed ifrån ett åsidosättande av dessa föreskrifter. Mäklaruppdraget grundas i god mäklarsed. Lagstiftningen tillsammans med praxis ger en särskilt sträng syn på mäklares upplysningskyldighet enligt *informationsplikten*. Liknande etiska regler och resonemang förs även för att utreda advokaters rådgivaransvar.

4 Friskrivningsklausuler

Som nämnt i indelningen är friskrivningsklausuler vanligt förekommande i två avtalssituationer vid överlåtelse av fastigheter. I avtalsförhållandet mellan köpare och säljare förekommer det ofta i köpehandlingen någon form av friskrivningsklausul beträffande antingen fastighetens egenskaper eller de påföljder köparen kan göra gällande. Friskrivningar blir relevanta främst då reglerna i jordabalkens 4 kapitel är dispositiva.¹⁶⁶ När en rådgivare utför ett uppdrag vid fastighetsförsäljning, exempelvis då en mäklare bistår vid köpet eller då en besiktningsman genomför en överlåtelsebesiktning, föreligger ett avtal mellan köparen/säljaren och rådgivaren. Friskrivningsklausuler är vanligt förekommande även i detta avtal. Karaktären skiljer sig åt vad gäller friskrivningsklausulernas formuleringar beroende på vad de riktar in sig på. En säljares friskrivningsklausuler fokuserar på fastighetens skick och påföljder köparen kan göra gällande medan rådgivarens klausuler ofta formuleras för att undgå alltför långtgående och kostsamma ansvar för fel i tjänstens utförande. Kapitlet nedan kommer behandla vanligt förekommande friskrivningsklausuler i avtal för fastighetsöverlåtelse såväl som rådgivaruppdrag. För att man ska få en förståelse för hur långt rådgivarens ansvar sträcker sig måste vi även se hur långt friskrivningsklausulerna sträcker sig och om de står sig även i fall rådgivaren agerat grovt vårdslöst. Det ska utredas nedan.

4.1 Friskrivningsklausuler vid fastighetsöverlåtelse

Det finns en rad olika typer av ansvarsbegränsande klausuler inom fastighetsrätten. Dessa kan åsidosätta ansvaret helt eller endast begränsa det delvis. En av de vanligaste varianterna i fastighetsrätten konkretiserar egenskaper och snävar på detta sätt in möjligheterna att åberopa fel och kallas *egenskapsfriskrivning*. En alternativ utformning kan vara en *påföljdsfriskrivning* som är utformad på ett sätt som gör att den minskar antalet möjliga påföljder eller på annat sätt föreskriver att påföljder inte kan åberopas.¹⁶⁷

En näringsidkare får aldrig åberopa ett köpevillkor som försätter en motpart som är konsument i en mindre fördelaktig situation given till denne enligt jordabalkens regler då denne säljer en fastighet till konsumenten enligt 4 kap. 19 d § JB.

¹⁶⁶ Se 4 kap. 19 d § JB.

¹⁶⁷ Grauers, 2016, s. 219 f.

En egenskapsfriskrivning skulle kunna anses utgöra en motsats till en garanti eller konkret utfästelse om en fastighets egenskaper. Det rör sig snarare om negativa utfästelser om specifika egenskaper och gör, precis som förklarat ovan, att köparen inte kan åberopa dessa som fel i fastigheten.¹⁶⁸

En påföljdsfriskrivning brukar innebära att den som ska prestera först anger vilka typer av ansvar denne har för att sedan förklara att inga andra påföljder kan åberopas. Ofta innebär en påföljdsfriskrivning att visst skadeståndsansvar utesluts. En annan metod kan vara att den presterande utformar friskrivningsklausulen genom att sätta en beloppsgräns eller en i förväg bestämd schablon för att bestämma skadeståndet.¹⁶⁹ Om en påföljdsfriskrivning föreligger i avtalet är den aktuell först då man redan konstaterat att ett fel föreligger.¹⁷⁰

För att en friskrivningsklausul ska vara giltig krävs att den är klart skriven och tydligt formulerad.¹⁷¹ Ordalydelsen av en klausul innehållande uttrycket ”befintligt skick” menar att säljaren endast ansvarar för egendomen precis så som den är vid tillträdet och är en typ av egenskapsfriskrivning.¹⁷² Att en fastighet säljs i befintligt skick innebär däremot inte att säljaren friskrivit sig från allt ansvar. Friskrivningar av alltför generell karaktär där det inte framgår vad säljaren vill friskriva sig från borde inte frånta säljaren allt ansvar. Säljaren borde för att specificeringskravet ska uppnås göra en uppräkningslista av alla egenskaper denne inte vill stå för.¹⁷³ NJA 1975 s. 545 rörde en fastighetsöverlåtelse där köparen ville att säljaren skulle ansvara för en felaktigt monterad diffusionsspärr som lett till att fuktskador uppkommit. Fuktskadorna utgjorde sådana dolda fel köparen inte hade kunnat upptäcka vid en normal undersökning. Normalt sett hade säljaren fått svara för den här typen av fel men köpekontraktet innehöll en paragraf där köparen avstod från alla anspråk på grund av fel eller brister i fastigheten. HD jämförde klausulen med en ”befintligt skick”-klausul och uttalade bland annat att klausulen var klart formulerad samt att en uppräkningslista av samtliga fel säljaren ville friskriva sig från inte skulle ge köparen en större trygghet utan snarare mindre överskådlighet och klarhet. Den här typen av total påföljdsfriskrivning är alltså enligt HD godtagbar och menade att om man inte skulle tillåta allmänt hållna klausuler skulle klausulerna förses med långa uppräkningslistor av typer av fel, vilket snarare skulle leda till större oklarhet för köparen än att leda till trygghet. I NJA 1976 s. 217 tillät HD en allmänt formulerad friskrivningsklausul i ett mål där köparen efter köpet upptäckt att huset var hemsökt

¹⁶⁸ Grauers, 2016, s. 219 f.

¹⁶⁹ Ramberg & Ramberg, 2016, s. 254.

¹⁷⁰ Grauers, 2016, s. 220.

¹⁷¹ Ramberg & Ramberg, 2016, s. 253.

¹⁷² Ramberg & Ramberg, 2016, s. 255.

¹⁷³ Prop. 1970:20 s. 212.

av rättor i en högre utsträckning än normalt. Även i detta fall ansåg HD att det rörde sig om ett dolt fel som inte hade kunnat upptäckas vid en fullgod undersökning från köparens sida men då det inte förelåg någon inskränkning på vilka fel eller brister klausulen avsåg gällde den enligt dess ordalydelse mellan parterna i målet.

I målet NJA 1981 s. 400 åsidosattes en ansvarsbegränsningsklausul då säljaren agerat särskilt klandervärt vid ett fastighetsköp. Det rörde sig om ett allvarligt konstruktionsfel vilket hänförde sig till den av säljaren utförda ombyggnationen. HD menade att det var särskilt klandervärt då säljaren själv var i byggnadsbranschen och därför ansågs vara en fackman som frånskrivit sig ansvar för dolda konstruktionsfel vid försäljning av en fastighet till konsumenter. Det var även särskilt klandervärt då det rörde sig om allvarliga fel i byggnadsarbetet han själv utfört.

I NJA 1983 s. 808 hade en klausul tagits in i köpehandlingarna, upprättade av banken men på uppdrag av säljaren, enligt vilken köparen skulle överta ”säljarens rättigheter och skyldigheter gentemot säljarens entreprenörer” och egendomen ”överlåtes sådan den av köparen besiktigats”. Efter köpet upptäcktes fukt- och mögelskada till följd av ett dolt fel. Säljaren hade uppfattat formuleringen i köpehandlingarna som en friskrivning från ansvar för fel på byggnadsarbetet entreprenörerna uppfört. HD menade dock att det måste ställas höga krav på tydlighet och införlivande av friskrivningsklausuler särskilt då avtal om fastighetsköp utformas ensidigt av säljaren eller dennes ombud. Då köparens tolkning låg närmre till hands och det inte förelåg någon presumtion eller särskild åtgärd från säljarens sida som tydde på att en friskrivningsklausul skulle införas i köpehandlingarna ansåg HD att klausulen inte kunde tolkas som en friskrivningsklausul.

4.2 Allmänt om friskrivningsklausuler

Det finns ingen enhetlig definition av vad som menas med friskrivningsklausuler i svensk rätt. UNIDROIT Principles definierar friskrivningsklausuler (exemption clauses) främst som “...those terms which directly limit or exclude the non-performing party’s liability in the event of non-performance...” och försätter med att förklara dem som”... those clauses which permit a party to render a performance substantially different from what the other party reasonably expected”.¹⁷⁴ Olika definitioner har tagits fram i Sverige genom förarbeten och doktrin. Bernitz menar att det är klausuler ”... där den ena avtalsparten friskriver sig från eller begränsar ansvar eller förpliktelser som annars skulle ha vilat på parten i dispositiv rätt”.¹⁷⁵ Friskrivningsklausuler är alltså olika slags villkor som på något sätt begränsar en

¹⁷⁴ UNIDROIT Principles Art. 7.1.6.

¹⁷⁵ Bernitz, 2018, s. 112.

parts ansvar. Det kan exempelvis röra sig om ett villkor där en part friskriver sig från ansvar för såld varas kvalitet eller i övrigt för beskaffenheten av sin prestation, men villkoren kan se väldigt olika ut. Ett annat exempel är ett villkor varigenom en part friskriver sig från skadeståndsskyldighet, exempelvis vid vårdslöshet. Denna typ av villkor benämns ofta ansvarsfriskrivning. Som en tredje typ kan nämnas villkor som begränsar skadeståndets belopp, s.k. ansvarsbegränsning.¹⁷⁶ Avtalsfriheten är grundläggande på förmögenhetsrättens område och friskrivningsklausuler är därför som utgångspunkt tillåtna.¹⁷⁷ Köparen kan som huvudregel inte göra ett fel gällande gentemot säljaren om denne friskrivit sig ansvar för felet.¹⁷⁸ Uppsatsen kommer fortsättningsvis att tala om alla dessa former av begränsningsklausuler under begreppet friskrivning.

Varför vill den som ska prestera i ett avtalsförhållande ha en friskrivningsklausul med i avtalet då? Konsumenten har ofta ett rätt strängt skydd i lagstiftningen. Detta framgår tydligt ibland annat jordabalken. Det ställs höga krav på en näringsidkare att agera fackmässigt vilket är ett begrepp som inte alltid är helt lätt att nå upp till. En anledning till varför en part som ska prestera skulle vilja friskriva sig från ansvar är då skadorna kan bli väldigt omfattande och då de och dess omfattning ofta är svåra att förutse. Utan ansvarsbegränsning accepterar avtalsparten att stå för avvikelser, även om förlusterna till följd av dessa i många fall skulle vara mycket svåra att förutse.¹⁷⁹ Friskrivningsklausuler är även ett sätt att fördela risken mellan parterna. Kunskafer företag som specialiserat sig på ett visst område besitter ger dem större möjlighet att överskåda riskerna för ett projekt och gör det därmed även lättare för dem att förebygga samt att försäkra sig mot att risken förverkligas. Lundmark menar på att friskrivningar är inom ramen för den fria marknaden, baserade på avtalsfrihet och därmed bör underlätta och effektivisera omsättningen av varor och tjänster.¹⁸⁰

4.3 Kontroll av friskrivningsklausuler

En viktig princip i det svenska rättssamhället är principen om avtalsfrihet. Tvingande civilrättslig lagstiftning tillsammans med domstolarnas avgöranden ser till att avtalsfriheten inte missbrukas. Friskrivningsklausuler förkommer som tidigare nämnts i standardvillkor vilka sällan ägnas stor uppmärksamhet vid avtalsförhandlingarna. En okontrollerad användning av friskrivningsklausuler leder lätt till ett obalanserat avtalsförhållande mellan parterna. Den rättsliga kontrollen för

¹⁷⁶ SOU 1974:83 s. 174 f.

¹⁷⁷ Bernitz, 2018, s. 121, Prop. 1988/89:76 s. 91.

¹⁷⁸ Hellner, 2015, s. 56 f.

¹⁷⁹ Munukka, 2017, s. 171.

¹⁸⁰ Lundberg, 1996, s. 78.

part vars villkor innebär en begräsning av skadeståndsskyldigheten har genomförts på olika sätt traditionellt sett. Den syftar till att motverka missbruk av avtalsfriheten genom alltför långgående friskrivningsklausuler. Domstolarna har genom åren haft brist på lagstiftningsstöd för att utföra kontrollen men har i praxis utvecklat två metoder, dels en förhöjd avtalströskel för införlivandet av en klausul i avtalet och dels en tolkning av villkoret i en snäv eller inskränkande riktning, för att utöva en kontroll över villkoren. Dessa klausuler har förr även kunnat sättas åt sidan helt när den part som friskrivit sig handlat särskilt klandervärt genom grov vårdslöshet eller uppsåt.¹⁸¹ Dessa metoder behandlas i kapitlet nedan.

4.3.1 Dold kontroll

Dold kontroll föreligger då domstolarna försöker begränsa räckvidden av ett villkor genom att ställa upp krav på införlivande eller genom att tillämpa särskilda principer om restriktiv avtalstolkning.¹⁸² Syftet med en restriktiv tolkning av ansvarsbegränsade avtalsvillkor är att skydda den som standardvillkoren ställs emot.¹⁸³ Den snäva tolkningen av friskrivningsklausuler har funnits länge. Redan i rättsfall från 1950-talet tolkade HD friskrivningsklausuler snävt med hjälp av oklarhetsregeln.¹⁸⁴

Vid bedömningen om en friskrivningsklausuls giltighet tar man enligt den dolda kontrollen ofta hjälp av allmänna principer för avtalstolkning. En princip som har arbetats fram är att friskrivningsklausuler som upprättats ensidigt ska tolkas restriktivt mot den som har ställt upp villkoret och författat det.¹⁸⁵ Det gäller även för individuellt förhandlade avtal. Framförallt då dessa anses vara ovanligt förekommande.¹⁸⁶

Friskrivningsklausuler är vanligt förekommande i standardavtal. Det finns inga särskilda regler i lagstiftningen som ställer krav på hur villkor som är standardformulerade och därmed inte individuellt framförhandlade ska vara inkorporerade för att gälla mellan parterna. Praxis har däremot ställt upp krav när det kommer till införlivandet att den här typen av standardklausuler i det enskilda avtalet. Huvudregeln vid införlivandet av standardvillkor är att de måste bringas till motpartens kännedom före avtalsslutet för att bli en del av avtalet. Normalt sett krävs det att en hänvisning har skett till villkoren men regeln uppsatt genom praxis avslöjar att det krävs ”skäligen åtgärder” för att uppmärksamma motparten om villkorens existens. I avtal där motparten är konsument ställs generellt sett högre krav på näringsidkaren

¹⁸¹ Adlercreutz, 2010, s. 107; Bernitz, 2018, s. 117 f.

¹⁸² Bernitz, 2018, s. 29.

¹⁸³ Adlercreutz, 2010, s. 116.

¹⁸⁴ NJA 1951 s. 138; NJA 1954 s. 573.

¹⁸⁵ Bernitz, 2018, s. 113.

¹⁸⁶ NJA 2016 s. 237; NJA 1979 s. 483.

för att bringa uppmärksamhet till villkor som kan verka betungande eller överraskande för konsumenten.¹⁸⁷

Om ett standardavtal verkar alltför ensidigt för den ena parten och som är ogynnsammare för den andra parten än vad som gäller enligt dispositiv rätt säger man att det villkoret är betungande. Ett exempel på sådana villkor är exempelvis klausuler som helt eller delvis tar bort eller begränsar felansvar och skadeståndsansvar där dispositiv rätt annars hade haft en gynnsammare effekt för motparten. Precis som för inkorporeringen av övriga standardvillkor krävs det att dessa villkor har blivit uppmärksammade av motparten för att vara införlivade i avtalet. Har villkoren inte kommit till motpartens kännedom anses de inte vara införlivade i parternas avtal alternativt tolkas villkoren restriktivt mot den som upprättat dem i enlighet med den dolda kontrollen. Klausulernas karaktär gör att det faller sig naturligt att domstolen låter oklarheter gå ut över den som sätter upp villkoret.¹⁸⁸ Om ett villkor istället tillkommer på ett sätt som i just den avtalssituationen kan verka överraskande och undangömda för motparten talar man istället om oväntade eller överraskande villkor. Utgångspunkten är att dessa villkor inte uttrycker parternas gemensamma avsikt och ska därför inte anses vara inkorporerade i avtalet och därmed inte binder den part de varit undangömda för, så länge det inte tydligt framgår att parten godtagit detta/dessa villkor.¹⁸⁹

Varför metoden kallas för dold kontroll är då domstolen utåt inte visar vilka omständigheter som gör att de anser att ansvarsbegränsningen ska tolkas restriktivt eller i övrigt inte anses inkorporerad och de därmed väljer att inskränka dess tillämpning helt eller delvis.¹⁹⁰

I rättsfallet NJA 1978 s. 432 hade en resenär på en charterresa avvikit från gruppen. Resenären hade fått betala en hemresa själv då han missat flyget hem till följd av att tidpunkten för flyget hade ändrats. Av villkoren för resan framgick att en resenär skulle kontakta ledningen för bekräftelse av tidpunkt för hemresa i fall denne valt att avvika från gruppen. Mannen hävdade att han inte fått ta del av villkoren eller annars blivit upplyst om det aktuella villkoret. HD konstaterade att resevillkoren funnits tillgängliga i arrangörens broschyrer och menade att medvetenhet måste föreligga om att den typen av villkor kan förekomma på charterresor. Det var därför inte orimligt för arrangören att utgå från att resenären tagit del av de allmänna villkoren och bestämmelsen ansågs varken vara överraskande eller betungande.

¹⁸⁷ NJA 2011 s. 600; DCFR Art. II. 9:130.

¹⁸⁸ Bernitz, 2018, s. 70 ff.

¹⁸⁹ Se NJA 2011 s. 600; NJA 1979 s. 401 & Bernitz, 2018, s. 73 f.

¹⁹⁰ Adlercreutz, 2010, s. 107; Bernitz, 2018, s. 117 f.

I NJA 1979 s. 401 var det fråga om en köpare av ett monteringsfärdigt hus. Köparen hade enbart genom en hänvisning till säljarens standardavtal i köpekontraktet blivit bunden av en indexklausul rörande priset. HD menade i sina domskäl att det finns ett högt konsumentskydd på avtalsrättens område och att det därför måste ställas höga krav vid införlivandet av den aktuella indexklausulen då den ansågs vara överraskande och betungande.

I NJA 1980 s. 46 ansågs en skiljeklausul mellan två näringsidkare vara införlivad i ett enskilt avtal då den ena parten valt att inte reklamera mot villkoret. I målet överlämnade en byggnadsfirma ett brev till en lastbilscentral som bekräftelse efter muntliga förhandlingar mellan parterna. Brevet innehöll en bekräftelse av en tjänst samt en hänvisning till mellan parterna gällande villkor. Lastbilscentralen påbörjade fullföljandet av avtalet utan att invända mot villkoren. I målet ansåg HD att en skiljeklausul inte kunde bedömas som ett oväntat avtalsvillkor då båda parterna hade erfarenhet av verksamhet på området och kunskaper om att skiljeklausuler ofta förekommer i sådana allmänna bestämmelser. Båda parterna var dessutom jämbördiga näringsidkare och juridiska personer. Klausulen kunde därför inte anses vara betungande för lastbilscentralen.

I NJA 2011 s. 600 rörde det sig om ett standardvillkor rörande en konsuments tandvårdstjänster. I det målet yttrade HD att den part som vill införliva ett standardvillkor måste uppmärksamma motparten om dess förekomst för att motparten ska kunna anses bundna av dem. För att uppnå detta ska skäliga åtgärder vidtas för att göra motparten uppmärksam, i vart fall då motparten är konsument. Exempelvis måste en tydlig hänvisning göras bland individuella villkor om standardvillkor biläggs avtalet och allmänna villkor som står tryckta på avtalets baksida nämnas på framsidan. Det krävs dock inte att konsumenten *faktiskt* tagit del av villkoren.

Målet NJA 2016 s. 237 handlade om försäljning av en bostadsrätt för lokal i centrala Stockholm. I en annons i Dagens Industri uppgavs en yta om ca 1297 kvm. Uppgiften om ytan återfanns även i en objektbeskrivning som mäklaren tillhandahållit och enligt den framgick att uppgifterna var tagna från bostadsrättsföreningen. Köpekontraktet innehöll ett garantiåtagande och en allmän friskrivningsklausul. HD framförde att avtalet innehöll en speciell och i allt väsentligt preciserad uppgift om lokalens area, och arean utgjorde en avtalad egenskap hos den sålda bostadsrätten. Den allmänt hållna friskrivningen kunde därför inte ges någon verkan mot den preciserade areauppgiften. Friskrivningsklausuler enligt domskälen tolkas restriktivt och måste vara klara och tydliga för att gälla mellan parterna.¹⁹¹ Vid tolkningen av betungande och oväntade klausuler gäller att villkor av denna art går ut

¹⁹¹ NJA 2016 s. 237 HD:s domskäl p. 20–30.

över den part som ställt upp dem om oklarheter i villkoren skulle komma att uppstå. Om en part däremot skulle friskriva sig från riktigheten av en uppgift men samtidigt aktivt lämna uppgifter om förhållandet skulle de preciserade uppgifterna ha företräde före friskrivningen och klausulen skulle sättas åt sidan. Positiva uppgifter åsidosätter alltså en allmänt hållen friskrivningsklausul.¹⁹²

Långtgående friskrivningsklausuler ska alltså enligt den dolda kontrollen tolkas snävt och mot den som författat dem. Principen innebär således att domstolarna låter oklarheterna i klausulerna gå ut över den avtalspart som upprättat dem.

4.3.2 Öppen kontroll

På senare år har domstolarna vidtagit en ny form av kontroll av ansvarsbegränsningsklausuler. Denna har inneburit en kontroll enbart med hjälp av 36 § lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (1915:218) (avtalslagen). 36 § avtalslagen trädde i kraft den 1 juli 1976.¹⁹³ 36 § avtalslagen hade en företrädare i 8 § skuldebrevslagen (1936:81) som löd ”Skulle tillämpning av villkor som upptagits i skuldebrev uppenbarligen vara stridande mot gott affärsskick eller eljest otillbörlig, må villkoret jämkas eller lämnas utan avseende”. 36 § avtalslagen tillämpas genom en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i fallet och har använts i förhållanden då paragraferna som rör tvång, svek, ocker och agerande i strid mot tro och heder inte varit möjliga att tillämpa på grund av att situationen inte varit tillfälligt kvalificerad.¹⁹⁴

För en tillämpning av 36 § avtalslagen på en ansvarsbegränsningsklausul krävs enligt förarbetena till generalklausulen att det inte enbart krävs att det föreligger uppsåt eller grov vårdslöshet, man ska även se till alla omständigheter som föreligger i det aktuella läget. Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen görs en bedömning utifrån om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Vidare ska hänsyn tas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller annars intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Ett avtalsvillkor kan därför genom den öppna kontrollen även vara oskäligt sett till omständigheterna i övrigt och hur det uppkommit, även om villkoret i sig inte framstår som i sig.¹⁹⁵ 36 § avtalslagen används alltså när ”många bäckar små” gör att situationen uppstår som oskälig och ger domstolarna en möjlighet att välja de lösningar som är mest

¹⁹² Bernitz, 2018, s. 113; Lundmark, 1996, s. 185 f.; NJA 1993 s. 436 där en avtalsklausul innehöll en uppgift om antalet avropade order samtidigt som friskrivningsklausul fransade allt ansvar för egendomens beskaffenhet och skick.

¹⁹³ Prop. 1975/76:81; SOU 1974:83.

¹⁹⁴ Lundmark, 1996, s. 109 ff.

¹⁹⁵ Adlercreutz, 2010, s. 108; Bernitz, 2018, s. 176 ff.

praktiska och bäst tillgodoser parterna i det aktuella målet.¹⁹⁶ Anledningen till varför metoden kallas för öppen till skillnad från den dolda kontrollen är för att domstolen genom sina domskäl redovisar hur de resonerat just i det målet.¹⁹⁷

Den öppna kontrollen sker alltså genom en prövning med hjälp av 36 § avtalslagen för att se om villkoret är oskäligt i sig. En tillämpning av 36 § avtalslagen i ett rättsfall ger enbart rätt i det fallet. Denna prövning kan därför ses i samband med lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (1994:1512) (AVLK) vilken kan förbjuda näringsidkaren att i framtiden tillämpa det oskäliga villkoret. I lagens 3 § kan ett villkor om villkoret *med* ”hänsyn till pris och övriga omständigheter är oskäligt mot konsumenten får Patent- och marknadsdomstolen förbjuda näringsidkaren att i använda liknande villkor i framtiden”.

4.3.3 Kommersiella avtal

Konsumentförhållanden är som nämnt ovan strängt övervakade med hjälp av tvingande civilrättslig lagstiftning. Motsvarande reglering finns även för näringsidkare fast existerar då för att skydda småföretagare. Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare (AVLN) är inte uppbyggd på samma sätt men tillkom som en följd av det uppkomna konsumentskyddet i AVLK.¹⁹⁸ AVLN sätter tillsammans med 36 § avtalslagen gränserna för avtalets innehåll och omfattning. 1 § AVLN lyder

Om ett villkor som en näringsidkare ställer upp när han eller hon ingår eller avser att ingå avtal med en annan näringsidkare är att anse som oskäligt mot denne, får Patent- och marknadsdomstolen förbjuda näringsidkaren att i fortsättningen ställa upp samma eller väsentligen samma villkor i liknande fall. Ett sådant förbud får också riktas mot någon som är anställd hos näringsidkaren eller mot någon annan som handlar på näringsidkarens vägnar.

Lagen tar främst sikte på villkor i standardavtal, eftersom dessa villkor vanligtvis används under liknande omständigheter. Om ett villkor däremot inte förväntas användas i andra fall än det aktuella fallet ska en prövning göras utifrån 36 § avtalslagen. Detta då bedömningen i Patent- och marknadsdomstolen fokuserar på villkoret snarare än förhållandena i det specifika fallet.¹⁹⁹

Vad gäller då vid kontrollen av ansvarsbegränsningar mellan näringsidkare? Generellt sett ska en friskrivningsklausul i ett kommersiellt avtalsförhållande stå sig

¹⁹⁶ Prop. 1975/76:81 s. 109.

¹⁹⁷ Adlercreutz, 2010, s. 107 ff.

¹⁹⁸ Prop. 1983/84:92 s. 30.

¹⁹⁹ Bernitz, 2018, s. 212.

mellan parterna.²⁰⁰ De risker som är förknippade med avtalet kan nämligen kompenseras på andra sätt, exempelvis genom ett lägre pris.

HD har varit obenägen att åsidosätta friskrivningsklausuler i kommersiella avtal eftersom dessa ger uttryck för en medveten riskfördelning.²⁰¹ Framför allt gällande priset har det visats tendenser att låta parterna fritt bestämma. För att villkoret ska anses vara oskäligt ska det, särskilt i kommersiella förhållanden finnas andra omständigheter som tyder på detta.²⁰² Klausuler som står i strid mot avtalets lydelse i övrigt tolkas ofta restriktivt för den som författat dem. Domstolen använder en systeminriktad tolkningsmetod där klausuler som strider mot avtalet i övrigt och sett till sammanhanget avtalstexten är framtagen i då avtalet ska vara sett att fungera för båda parterna.²⁰³ Även vid tolkningen av friskrivningsklausuler tas hänsyn till parternas åtaganden och avtalsbalansen i övrigt. Däremot menar Bernitz att alltför långtgående och ansvarsinskränkande friskrivningsklausuler har ansetts vara oförenliga med svensk rätt vilket har lett till att dessa klausuler borttolkats i en sådan mån att tolkningen i princip står i strid mot avtalets lydelse.²⁰⁴ Detta belyses i ett par rättsfall där HD resonerar utifrån ett resonemang utifrån 36 § avtalslagen sett om det gått att åsidosätta friskrivningsklausuler. Det innebär däremot inte att en tillämpning av 36 § avtalslagen är utesluten mellan näringsidkare. I rättsfallet NJA 1988 s. 230 förelåg en friskrivningsklausul i ett leasingavtal mellan två jämbördiga näringsrikare. Klausulen åsidosattes inte då HD efter en samlad bedömning kom fram till att klausulen inte var oskälig. I NJA 1999 s. 408 tog HD upp frågan om 36 § avtalslagen kunde användas för att jämka villkoren i ett borgensåtagande. I målet hade kreditgivaren frånträtt Finansinspektionens allmänna råd rörande borgensåtaganden vilket tillsammans med domstolens benägenhet att uppnå mer likheter i tolkningen av generalklausulen vid tillämpningen av den vid konsumenträttsliga och kommersiella förhållanden.

I ”Pälsfallet” jämkade HD ett avtal mellan två näringsidkare med stöd av 36 § avtalslagen. Rättsfallet berörde ett företag som sålde pälsar. Då inbrott skett vägrade försäkringsbolaget betala ersättning till följd av ett avtalsvillkor enligt vilket de ansåg att inbrottet inte kunde falla under. HD ansåg att villkoren var oskäliga och anförde bl.a. att det skadelidande företaget hade lagt ner ovanligt långtgående omsorg på att förebygga stölder.²⁰⁵

²⁰⁰ Prop. 1975/76:81 s. 118 & 144.

²⁰¹ Adlercreutz, 2010, s. 108.

²⁰² Lundmark, 1996, s. 78 ff.

²⁰³ Bernitz, 2018, s. 94.

²⁰⁴ Bernitz, 2018, s. 114.

²⁰⁵ NJA 1989 s. 346.

Rättsfallet NJA 1979 s. 483, känt som ”Bergman & Bevingfallet”, rörde ett avtal mellan två näringsidkare. Det HD hade att ta upp till bedömning avsåg bland annat frågan om tolkningen och tillämpningen av en avtalsklausul om total friskrivning från skadeståndsansvar inkorporerad genom ett standardavtal och frågan om den kunde lämnas utan avseende med stöd av grunderna för 8 § skuldebrevslagen. 36 § avtalslagen trädde i kraft först efter tvisten uppstått men HD valde att i huvudsak avgöra tvisten utifrån 36 § avtalslagens riktlinjer. Kärandebolaget Eklunds, ett mindre företag, hade köpt elektronisk utrustning avsedd att installeras på bensinstation för avläsning av bensinpumpar. Käranden fann senare att dessa priskalkylatorer besatt allvarliga fel vilka inte avhjälpes av svaranden, Bergmans. HD valde i målet att bedöma friskrivningsklausulen med hjälp av en helhetsbild av avtalsrelationen och en analys av riskfördelningen mellan parterna. HD lägger i det omtalade målet fram en teori där parternas avtalsbalans och prestationsbalans ska tas i beaktande. Det föll däremot på att standardavtalet var vanligt förekommande och friskrivningsklausulen ansågs inte vara oskäligen i sig. En part som alltså har en underlägsen ställning kan få ett avtal jämkat med stöd av 36 § avtalslagen trots att båda avtalsparterna är näringsidkare. Med underlägsen ställning menades inte heller i målet bolagens faktiska storlek/parternas omsättning. HD gjorde i målet en helhetsbedömning där man iakttog framför allt möjligheten att tillvarata sina egna intressen vid standardavtalets framtagande genom marknadens intresseorganisationer och parternas nytta i det aktuella affärsförhållandet.

4.4 Kritik

Den dolda kontrollen har kritiserats i litteraturen. Det har anförts att den skapar osäkerhet om den rättsliga hållbarheten av långtgående friskrivningsklausuler vilket har lett till att metoden har ansetts vara ineffektiv. De som utformar klausulerna känner till kraven för att de ska anses vara införlivade och anpassar sättet avtalen växer fram utefter det.²⁰⁶ Däremot anser Bernitz inte att den dolda kontrollen spelat ut sin roll helt. Han menar att domstolen ska göra en stegvis bedömning där steg ett innebär en kontroll där man ser om villkoret blivit införlivat korrekt för att sedan gå vidare till steg två och den öppna kontrollen med hjälp av 36 § avtalslagen.²⁰⁷

Som stöd för uppfattningen att den dolda kontrollen inte längre är relevant har en del rättsfall dykt upp. En skiljedom där 36 § avtalslagen tillämpas med hänsyn till vad efter en bedömning av samtliga omständigheter framstår som en rimlig (eller, sett från andra hållet, orimlig) riskavvägning. Mer om detta i de två nästkommande kapitlen i uppsatsen.

²⁰⁶ Adlercreutz, 2010, s. 107; Bernitz, 2018, s. 117.

²⁰⁷ Bernitz, 2018, s. 118.

4.5 Friskrivning från grov vårdslöshet och uppsåt

Grov vårdslöshet har stor betydelse för giltigheten av friskrivningsklausuler och förekommer främst som begrepp i kontraktsförhållanden. En enhetlig definition av begreppet finns inte, begreppet får olika innebörd beroende på i vilket sammanhang det uppstår och beroende på vilken norm som åsidosätts.²⁰⁸ Lagrådet har vid tillfälle uttalat att det inte skulle föreligga rätt till en klausul innebärandes en ansvarsbegränsning när skada orsakats "med insikt om att skada sannolikt skall uppkomma och under grovt åsidosättande av tillbörlig aktsamhet och hänsyn".²⁰⁹ Om en ansvarsbegränsning kan göras gällande i ett särskilt fall avgörs med hjälp av allmänna principer. De tvingande konsumentskyddsreglerna sätter en viss nivå för var skyddet ska ligga för konsumenter vilket kan vara av hjälp vid en samlad bedömning.²¹⁰ I förslag till 1973 års konsumentköplag kunde man återfinna en tvingande regel som gav konsumenten fullt skadestånd om säljaren hade agerat grovt försumligt vid fullgörandet av avtalet. Denna klausul togs däremot inte med i lagen då det redan ansågs föreligga en allmän princip som innebar att full ersättning skulle ges i fall då säljaren agerat med uppsåt eller grovt vårdslöst. Departementschefens menade dock att en sådan regel inte skulle innebära någon förstärkning av skyddet för konsumenten då det redan ansågs gälla "att en friskrivning från skadeståndsansvar inte kunde åberopas när uppsåt eller grov vårdslöshet låg den skadevällande parten till last. Något mer påtagligt behov av klargörande härav hade emellertid enligt statsrådet inte kunnat påvisas".²¹¹ Doktrinen är splittrad. Det finns de som anser att det skulle finnas en sådan princip att en part inte kan med rättslig verkan friskriva sig från skada som uppstått genom uppsåt eller grov vårdslöshet.²¹² Det finns även de som anser att rättsläget är mer eller mindre osäkert på området.²¹³

NJA 1992 s. 130 "Mariefreds skola" behandlar tolkningen av begreppet grov vårdslöshet i entreprenadrätten i ett fall där ett helt tak till en skolmatsal rasat in bara fem år efter slutbesiktningen ägt rum. Besiktningsmän gjorde bedömningen att orsaken till raset var att spikningen hade gjorts för glest och/eller med för kort spik. HD berörde frågan huruvida bolaget som utförde byggnationen förfarit grovt vårdslöst utifrån Motiv AB 72 som utarbetats av Svenska teknologföreningens kontrakts-

²⁰⁸ Hellner & Radetzki, 2018, s. 144 f.

²⁰⁹ Prop. 1960:34 s. 141.

²¹⁰ Bernitz, 2018, s. 184.

²¹¹ Prop. 1973:138 s. 138; jfr. SOU 1974:83 s. 177.

²¹² Bernitz, 2018, s. 112 f.; Hellner, 2016, s. 245 f.

²¹³ Adlercreutz, 2010, s. 117; Ramberg & Ramberg, 2016, s. 257; Bengtsson m.fl., 2019, s. 140.

kommitté vilka menade på att ”gränsen mellan grov vårdslöshet och enkel vårdslöshet är svår att dra men att vad som i dagligt tal kallas yrkesfusk under alla omständigheter bör hänföras till grov vårdslöshet”.²¹⁴ HD hänvisar i domskälen till hanteringen av begreppet i litteraturen där man talar om mer än bagatellartade bristfälligheter och som har en större omfattning. Det har talats om rent yrkesfusk eller byggfusk skulle kunna visa sig grov vårdslöshet vid uppförandet av en byggnad.²¹⁵ HD anförde i rättsfallen att man i bedömningen om grov vårdslöshet förelåg skulle söka vägledning i andra civilrättsliga bestämmelser där begreppet används och drog en parallell till skadestands- och försäkringsrätten där vårdslösheten måste vara av mycket allvarligt slag för att den ska anses vara grov. Vidare ska det röra sig om ”betydande hänsynslöshet och nonchalans och som medför en avsevärd risk för skada”. Inom andra områden kan bedömningen vara ännu strängare. I rättsfallet tas hänsyn till den riskerande skadans omfattning. Risk för stor skada torde leda till att större försiktighet vidtas. Att man väljer att ta en sådan risk skulle kunna leda till en skärpande bedömning av vårdslöshetsgraden. Hellner och Radetzki menar dock att den slutsatsen inte ska få alltför generell betydelse, även lite åsidosättande av försiktigheten kan leda till omfattande skador.²¹⁶

En rad andra rättsfall belyser bland annat att medvetet risktagande och bristande uppmärksamhet där det funnits enkla möjligheter att begränsa risken kan betraktas som försvårande.²¹⁷ Att den handlande även utsatt sig själv för stora risker har inte påverkat bedömningen i en mildrande riktning utan har snarare ansetts vara ett tecken på nonchalans.²¹⁸

Det har tidigare varit en allmän rättsprincip vilken gått att utläsa i förarbeten och doktrin att friskrivningsklausuler från ansvar för grov vårdslöshet inte har varit tillåtna enligt svensk rätt.²¹⁹ När 36 § avtalslagen trädde i kraft stödde det den redan existerande principen enligt Lundmark. Han menade även att en friskrivningsklausul skulle kunna gälla även i fall där motparten hade skydd i form av en försäkring eller liknande.²²⁰ Även Hellner och Radetzki stöder det uttalandet.²²¹ Däremot menade Lundmark på att det inte skulle vara så självklart och att en friskrivningsklausul skulle tillåtas i de fall motparten hade ett skydd och vidare tvärtom, att det inte var helt självklart att en friskrivningsklausul skulle åsidosättas

²¹⁴ Motiv AB 72, 1985, s. 149.

²¹⁵ Lindsö, 1996 s. 156 f.; Källenius, 1960 s. 233.

²¹⁶ Hellner & Radetzki, 2018, s. 145.

²¹⁷ NJA 1986 s. 61; NJA 1996 s. 118.

²¹⁸ Hellner & Radetzki, 2018, s. 145.

²¹⁹ Prop. 1973:138 s. 137 f.; SOU 1974:83 s. 176 ff.; Lundmark, 1996, s. 133 ff.

²²⁰ Lundmark, 1996, s. 133 ff.

²²¹ Hellner & Radetzki, 2018, s. 179 f.

i de fall där ett skydd inte fanns för motparten. Han ansåg också att där yrkad ersättning låg nära den summan friskrivningsklausulen rörde skulle denna kunna vara gällande.²²²

De internationella regelverken är inte eniga i frågan huruvida principen om oakt-samhet och grov vårdslöshet ska åsidosätta en friskrivningsklausul på ensam grund eller som en del av bedömningen för att avgöra om klausulen är oskälig. DCFR (Draft Common Frame Reference) III.– 3:105 reglerar hur ansvarsbegränsningar verkar allmänt sett. DCFR III. – 3:105(2) hänvisar till DCFR II. – 9:401–9:410. Ur denna sektion går att utläsa att det uttryck som används ”unfair” betyder olika be-roende på kontraktsförhållandet. Däremot menas att “A term which is unfair under this Section is not binding on the party who did not supply it”.²²³ Om skadan upp-kommit till följd av grov vårdslöshet anses i vissa avtalstyper en ansvars-begränsning alltid vara oskälig.²²⁴ Vidare ställs det upp ett krav på adekvat kausa-litet vilket inte gäller i fall den skadegörande ”was intentional, reckless or grossly negligent.”²²⁵ Ur UNDRUIT Principles framgår att en friskrivning inte är tillåten i fall det skulle vara ”grossly unfair to do so”.²²⁶ En liknande princip går att utläsa av PECL (Principles of European Contract Law) där en friskrivning måste vara inom ramen för ”good faith and fair dealing”, detta regelverk har inte uttalat en term som syftar till åsidosättandet av friskrivningsklausuler vid grov vårdslöshet.²²⁷ I PECL ställs precis som i DCFR upp en regel om att adekvat kausalitet inte krävs för er-sättning i fall där den skadegörande förfarit grovt vårdslöst.²²⁸

I praxis har tidigare bekräftats att grov vårdslöshet åsidosätter en friskrivnings-klausul. I NJA 1998 s. 390 åsidosatte HD en friskrivningsklausul i ett specifikt fall. I målet hade en försändelse innehållandes diamanter lämnats till Posten och till-gripits under tiden Posten hade haft hand om försändelsen. Ersättningskravet låg närmre 10 miljoner kronor medan det mellan parterna förelåg en klausul som be-gränsade ersättningsbeloppet till 10 000 kr. HD uttalade att Posten hade rätt att be-gränsa ansvaret för försändelser som gått förlorade eller blivit skadade på grund av en olyckshändelse eller genom anställdas vårdslöshet men var inte helt övertygade när det som i målet rörde brott. HD ansåg att det fanns en huvudregel där fri-skrivning inte gäller beträffande omhändertagen egendom vid brott beträffande egendomen eller vid grov vårdslöshet. Däremot menade HD att det råder undantag från denna princip, exempelvis i fall där den skadelidande har möjlighet att skydda

²²² Lundmark, 1996, s. 133 ff.

²²³ DCFR II. – 9:408(1).

²²⁴ se DCFR IV. C. – 4:108, IV. C. – 5:109 och IV. C. – 5:110(4).

²²⁵ DCFR III. – 3:703.

²²⁶ Artikel 7.1.6 UNIDROIT Principles.

²²⁷ Artikel 8:109 PECL, jfr. art. 1:102–1:201 PECL.

²²⁸ PECL 3 art. 1:305.

sig genom en ansvarsförsäkring. I målet menade en majoritet av rätten att det inte fanns skäl att frånga principen och friskrivningsklausulen åsidosattes i enlighet med gällande rätt. Minoriteten ansåg däremot att friskrivningsklausulen skulle stå sig då den skadelidande hade haft större möjlighet att teckna en ansvarsförsäkring. Avgörandet har kritiserats i doktrinen.²²⁹Hellner har bland annat anfört att "...domstolen tycks inte göra någon skillnad mellan en ansvarsfriskrivning för eget uppsåt och en friskrivning för uppsåt av arbetstagare". Utöver parternas åtaganden och möjlighet att teckna ansvarsförsäkring anser Hellner att ansvaret som parterna åtagit sig måste tas i beaktande. I förhållanden likt det i fallet där en part åtagit sig ett rent strikt ansvar upp till ett visst belopp och Hellner menar att HD måste ha gjort en bedömning utifrån 36 § avtalslagen, även om det inte framgår av domskälen.²³⁰

I målet NJA 1981 s. 400 godtogs inte en allmän friskrivningsklausul en fackman i byggbranschen använt vid försäljning av fastighet till konsumenter. Friskrivningsklausulen fransade ansvar för dolda konstruktionsfel av allvarliga art i ett byggnadsarbete säljaren själv utfört. HD menade att det var särskilt klandervärt då säljaren själv var i byggbranschen och då det rörde sig om allvarliga fel i byggnadsarbetet han själv utfört. I målet använder sig HD av terminologin "särskilt klandervärt agerande", något man får anta ligger under gränsen för grov vårdslöshet, uppsåt var inte ens påstått. I målet åsidosattes alltså en friskrivningsklausul utan uppsåt eller grov vårdslöshet innan 36 § avtalslagen hade trätt ikraft.

4.6 Sammanfattning

Det finns inte en bestämd definition av friskrivningsklausul i svensk rätt. Begreppet har dels arbetats i förarbeten och i doktrinen och finns återspeglad i de internationella regelverken. Det finns olika typer av friskrivningsklausuler som uppstår i olika avtalsförhållanden. De som främst behandlats i kapitlet ovan är de som uppstår i köpehandlingen mellan en köpare och en säljare av fast egendom samt de som uppstår i förhållandet mellan en rådgivare som ska utföra en immateriell tjänst och rådgivarens uppdragsgivare. Gemensamt för samtliga friskrivningsklausuler är att de på något sätt begränsar en parts ansvar. De vanligaste utformningarna av ansvarsbegränsande klausuler då en part friskriver sig från ansvar för såld, villkor varigenom en part friskriver sig från skadeståndsskyldighet, och villkor som begränsar skadeståndets belopp. För att en friskrivningsklausul ska anses införlivad i avtalet krävs det att skäliga åtgärder har gjorts för att ha bringat villkoret till motpartens kännedom. I avtal mellan näringsidkare och konsument ställs högre krav för att

²²⁹ Hellner, 1998/1999 s. 150 ff.; Bengtsson, 2002 s. 33 & s. 41; Ramberg, 1999, s. 383 ff.

²³⁰ Hellner, 1998/1999, s. 151 f.

uppmärksamma konsumenten på villkor som för denne kan verka betungande eller överraskande.

I tidigare praxis och doktrin har en allmänt restriktiv inställning till friskrivningsklausuler hållits. Redan på 1950-talet tolkades friskrivningsklausuler snävt i rätten. I praxis har två metoder för att kontrollera friskrivningsklausulers verkan på avtalsförhållanden tagits fram, dels en öppen, dels en dold kontroll. Enligt dessa kan friskrivningsklausuler tolkas restriktivt genom antingen en förhöjd avtalströskel för införlivandet likt den nämnd precis samt genom att tolka ett villkor snävt eller i en inskränkande riktning. Den öppna kontrollen innebär att avtalsvillkoret ska jämkas eller åsidosättas med hjälp av 36 § avtalslagen efter en helhetsbedömning av avtalsförhållandet. HD har visat sig obenägen att åsidosätta friskrivningsklausuler i kommersiella avtalsförhållanden men valde att åsidosätta en friskrivningsklausul i NJA 1979 s. 483 till följd av att en snedbelastning av avtalsbalansen hade skett i det aktuella fallet. HD fastställde att det inte ska vara omöjligt att åsidosätta en friskrivningsklausul mellan näringsidkare då en part visar sig ha underlägsen ställning efter en helhetsbedömning.

Det förekommer också fall där en begränsningsklausul satts åt sidan då en skadegörande part handlat särskilt klandervärt eller uppsåtligt (se NJA 1981 s. 400 och NJA 1998 s. 390). I förarbetena till 1973 års konsumentköplag fanns förslag på en tvingande regel som gav konsumenten rätt till full ersättning då säljaren agerat grovt vårdslöst. Regeln infördes inte då en princip redan ansågs gälla att en friskrivningsklausul inte var giltig då skadevållaren agerat grovt vårdslöst. De internationella regelverken återspeglar en sådan princip. Enligt exempelvis DCFR:s regler ska ansvarsbegränsningar alltid anses vara oskäligen på vissa avtalsförhållanden.

5 Det nya rättsläget

Hur rådgivaransvaret har sett ut genom åren, med en fokusering på besiktningsmäns och mäklares ansvar vid fastighetsöverlåtelser, har nu fastställts. Vidare har uppsatsen behandlat friskrivningsklausuler och rättens kontroll av dessa; dels genom krav på införlivning i det enskilda villkoret, genom snäv tolkning samt genom möjligheten till jämkning enligt 36 § avtalslagen. Vi har sedan utrett hur de tidigare stått sig då den presenterande parten i avtalsförhållandet agerat grovt vårdslöst. För att förstå friskrivningsklausulernas påverkan på rådgivaransvaret idag kommer tre rättsfall tas upp till bedömning nedan. De första fallen, NJA 2018 s. 414 och ”Profilgruppsdomen”, rör inte fel i fastighet men hjälper oss att förstå hur rättens bedömning i nästkommande fall- NJA 2017 s. 113 görs. Dessa fall kommer tas upp då de ger oss en bild av hur den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler sker idag, främst då rådgivaren agerat särskilt klandervärt. På så sätt ges en bild av hur rådgivaransvaret ser ut idag.

5.1 NJA 2018 s. 414 och Profilgruppsdomen

I NJA 2018 s. 414 tar HD upp advokatens rådgivaransvar. En advokat ska iaktta god advokatsed i enlighet med 8 kap 4 § rättegångsbalken och har vidare ett ansvar för att göra erforderliga undersökningar av sakens rättsliga sida. Advokaten måste skaffa sig en bild av faktiska förhållanden som sedan rättsligen ska analyseras. Utifrån de undersökningar och analyser som gjorts ska advokaten ge klienten råd om hur denne kan och bör agera. En person som har sökt sig till en advokat ska kunna förlita sig på att de råd som advokaten lämnar är väl underbyggda. HD tar vid vårdslöshetsbedömningen hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet och tar särskild beaktning vid uppdragets omfattning, de sakliga och rättsliga frågornas komplexitet och svårighetsgrad, de värden som står på spel och slutligen klientens instruktioner. I bedömningen tas upp om advokaten varit tillräckligt omsorgsfull vid sina undersökningar och i sin analys av de faktiska omständigheterna, dels rättsläget och de processuella förutsättningarna att driva huvudmannens sak. HD menar att för en advokat är talanglös, svag eller dålig processföring endast i undantagsfall skadeståndsgrundande.

I ”Profilgruppsdomen”²³¹ rörde det sig om ett revisionsbolag som hade åtagit sig att biträda klienten vid ett förvärv av ett annat bolag. Vid uppdragets utförande missade revisionsbolaget att undersöka viktiga förhållanden vilka var del av uppdraget och vilka klienten uppfattade avgörande för att bedöma bolagets och dess dotterbolags

²³¹ ProfilGruppen AB /. KPMG Bohlins AB, 2010-12-22.

ställning och värde samt anförde att man med rätt information inte hade köpt bolaget alls. I målet resonerade skiljemännen Erik M. Runesson, Stefan Lindskog och Axel Calissendorff mycket utifrån rimligheten att en ansvarsbegränsning skulle stå sig då revisionsbyråns brist i uppdraget var sådant att riskbilden man gav klienten innebar direkt vilseledande information och menade att revisionsbyrån inte enbart agerat oaktsamt utan att underlåtenheten innebar att revisionsbyrån fundamentalt åsidosatt sitt uppdrag. Skiljenämnden gjorde vidare i målet en bedömning huruvida ansvarsbegränsningen skulle sättas åt sidan och menade att det klandervärda agerandet inte främst ska ligga till grund för detta utan ansåg att det skulle avgöras av vad efter samtliga omständigheter sågs som en rimlig riskavvägning. Skiljenämnden gjorde en uppräknig av de kriterier som de ansåg vara relevanta vid skälighetsbedömningen och menade att aktörens intresse att skydda sig mot anspråk av den berörda storleken och beaktar däri dels den skadelidandes möjligheter att teckna en försäkring, dels den skadegörandes möjligheter. Då skiljenämnden inte ges svar genom en rimlig riskavvägning anfördes och väljer då att ta 36 § avtalslagen till hjälp då den ”möjliggör smidigare avvägningar av vad som är en rimlig riskfördelning, när den riskfördelning som ligger i ansvarsbegränsningen måste anses orimlig (eller oskälig) beträffande ett visst skadeståndsanspråk”.²³² Skiljenämnden övergick därför till att pröva beloppsbegränsningen enligt 36 § avtalslagen och fann att det framstod som skäligt att göra en mer direkt och konkret riskavvägning med hänsyn till samtliga omständigheter med avseende på den ifrågavarande skadan. En jämkning av revisionsbyråns skadeståndsansvar gjordes trots byråns klandervärda agerande.²³³

5.2 NJA 2017 s. 113

Rättsfallet NJA 2017 s. 113 för HD behandlar ansvarsbegränsningars giltighet. I målet hade makarna R förvärvat en fastighet för 9 miljoner kronor vilken ett par år tidigare hade uppförts på entreprenad med säljaren som beställare. En slutbesiktning hade skett i samband med att entreprenaden hade färdigställts.

I samband med försäljningen 2010 hade köparen, MJ, anlitat I Besiktning AB och begärt en överlåtelsebesiktning för fastigheten vilken kostade 7 900 kr. Besiktningen var främst av okulär karaktär men innebar även en radonmätning, en energideklaration samt en dold fel försäkring. Ändamålet med besiktningen framgick av standardsavtalsvillkoret vilket bifogades affären, SBR:s (Svenska Byggingenjörers Riksförbund) villkor. Av dessa kunde man läsa att ändamålet var för en säljare att inför en överlåtelse samla och redovisa information om fastighetens skick och att

²³² ProfilGruppen AB ./ KPMG Bohlins AB, 2010-12-22, s. 41.

²³³ ProfilGruppen AB ./ KPMG Bohlins AB, 2010-12-22, s. 43.

insamlingen sker genom en byggnadsteknisk undersökning. Undersökningen ska göras av en sakkunnig besiktningsman, ett besiktningsutlåtande ska utfärdas och vara avsett att användas vid försäljningen. Detta kan ha betydelse för köpförhandlingarna och kan utgöra underlag för en försäkring för dolda fel.

Efter att köpehandlingarna var underskrivna avtalade köparna med besiktningsfirman att ta över den utförda överlåtelsebesiktningen för 3 900 kr. Enligt uppdragsbekräftelsen övertog köparna i och med överlåtandet säljarens rättigheter och skyldigheter och därmed eventuella skadeståndsanspråk säljaren skulle ha haft rätt till gentemot besiktningsfirman. Samtidigt gav de till uppdragsbekräftelsen bifogade förtryckta dokument intrycket att utlåtandet enbart utgjorde del av köparnas undersökningsplikt. I priset ingick en genomgång av besiktningsutlåtandet med besiktningsmannen. Av stor vikt i målet var även en ansvarsbegränsningsklausul enligt vilken besiktningsfirmans skadeståndsansvar var begränsad till ett belopp motsvarande skillnaden mellan fastigheten värde vid köpet utan fel och dess värde med fel, ett sådant ansvar skulle däremot inte överstiga 15 prisbasbelopp.

I målet visade det sig senare att överlåtelsebesiktningen var bristfällig och att besiktningsmannen och skador för cirka 1,8 miljoner kronor, vilka besiktningsmannen inte hade noterat, upptäcktes. Köparna framställde ett skadeståndsanspråk mot besiktningsfirman om drygt 1,9 miljoner kronor på den grunden att besiktningsmannen varit grovt vårdslös vid sin besiktning och yrkade att ansvarsbegränsningen skulle sakna verkan. Om rätten inte skulle finna att uppdraget var grovt vårdslöst utfört yrkade köparna att ansvarsbegränsningen skulle åsidosättas med hänsyn till omständigheterna i målet.

5.2.1 Rättens bedömning

Tingsrätten dömde i enlighet med käromålet till kärandens fördel. De fann att besiktningsmannen förfarit grovt vårdslöst i sitt uppdrag och åsidosatte ansvarsbegränsningen. Tingsrätten dömde ut ett skadestånd om ca 1,5 miljoner kronor.

Hovrätten beräknade skadan till ca 1,8 miljoner kronor men ansåg inte att besiktningsmannen agerat grovt vårdslöst och ansåg därför att skäl för att jämka ansvarsbegränsningsklausulen med hjälp av 36 § avtalslagen saknades.

Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd i frågan om ansvarsbegränsningen om 15 prisbasbelopp skulle tillmätas någon verkan.²³⁴

²³⁴ PT beslut 2015-12-03, T 3034–15.

HD började i sina domskäl att avgöra frågan rörande köparens övertagande av säljarens rätt. HD gjorde här samma bedömning som hovrätten hade gjort och fann att uttryckssättet främst ledde till tanken att köparna endast skulle ha rätt till ersättning för sådan skada som säljaren skulle ha kunnat göra gällande mot besiktningsföretaget. Den ansvarsbegränsningsklausul som gällde mellan säljaren och besiktningsfirman var den som skulle prövas i målet vilket innebar att de begränsningar som fanns mellan säljaren och besiktningsföretaget skulle föreligga även i förhållande till köparna. Efter att ha fastslagit ordalydelsen konstaterade HD att köparna genom de dokument som lagts fram skulle ha getts uppfattningen att besiktningsutlåtandet skulle göra del av deras undersökning av fastigheten vilket innebar att besiktningsföretagets hade ett självständigt ansvar gentemot köparna. Köparens rätt till ersättning innefattade därmed skador som de hade lidit till följd av brister i besiktningsutlåtandet. Den ansvarsbegränsningsklausul som skulle prövas var den som gällde mellan besiktningsföretaget och köparna. Att säljarna var uppdragsgivare påverkade vårdslöshetsbedömningen menade HD.

HD bedömde vidare naturen av besiktningsuppdraget som en immateriell tjänst vilket för ansvarsbegränsningens räkning innebär att uppdraget skulle avgöras på allmänna principer istället för med hjälp av konsumenttjänstlagens regler, vilka man hade använt då uppdraget hade inneburit en materiell tjänst.

HD fortsatte i sina domskäl att göra en bedömning av den rättsliga kontrollen av ansvarsbegränsningsklausuler och konstaterade att den traditionellt har skett på olika sätt. Ibland har domstolarna tillämpat en förhöjd avtalströskel, ibland har villkoret tolkats inskränkande. I fall då en skadegörande part agerat särskilt klandervärt har en ansvarabegränsande klausul satts åt sidan, HD hänvisade i domskälen till NJA 1981 s. 400. Vidare hänvisade domstolen till departementschefens uttalanden gällande möjligheten för säljare att friskriva sig i fall då denne agerat grovt vårdslöst.²³⁵ HD menade i sina domskäl i doktrinen gällande den delade uppfattningen i doktrinen om vad som gäller för friskrivningsklausuler när grov vårdslöshet föreligger delvis hänger samman med svårigheten att definiera grov vårdslöshet i breda termer då det beror på det rättsliga sammanhanget det tas upp i och hänvisar här till NJA 1992 s. 130.²³⁶ HD förde i sina domskäl en diskussion huruvida man ska använda sig av en tillämpning av en dold eller öppen tolkning av ansvarsbegränsande villkor och finner att hanteringen av frågan om friskrivningsklausulen lämpligen borde göras genom en tillämpning av 36 § avtalslagen. Argumenten för en tillämpning av 36 § avtalslagen och utförandet av en öppen kontroll anser HD resulterar i en mer flexibel tillämpning av rätten och som är mer anpassad efter de aktuella omständigheterna i det fallet. Det snarare än den dolda kontrollen vilken

²³⁵ Se 4.5 Friskrivning från grov vårdslöshet och uppsåt.

²³⁶ Se 4.5 Friskrivning från grov vårdslöshet och uppsåt.

HD menar är en bedömning som enbart baseras på allvaret i den skadegörandes beteende och enbart kan leda till två resultat- att villkoret är antingen giltigt eller ogiltigt. Att kontrollen av ansvarsbegränsningar ska ske utifrån en värdering av alla föreliggande omständigheter menade HD stämde väl överens med internationella regelverk.

I såväl Unidroit Principles for International Commercial Contracts som PECL (Principles of European Contract Law) och DCFR (Draft Common Frame of Reference) regleras sålunda möjligheten att göra gällande ansvarsfriskrivningar utan någon referens till grov vårdslöshet och uppsåt. I stället anges att frågan ska avgöras efter en skälighetsbedömning (i Unidroit Principles, art. 7.1.6, uttryckt som "grossly unfair", i PECL, art. 8:109, och DCFR, art. III.-3:105(2), med hänvisning till principen om "good faith and fair dealing"; jfr dock för personskadornas del DCFR art. III.-3:105(1)).

Efter diskussionerna kring generalklausulens flexibilitet menar HD att en grövre oaktsamhet inte helt utesluter att en oskälig friskrivningsklausul helt åsidosätts med hjälp av 36 § avtalslagen. Det utesluter inte att en grövre oaktsamhet skulle leda till ett åsidosättande- däremot kan det vara många andra omständigheter i fallet som talar emot det och därmed gör att klausulen sett till helhetsbilden ses som helt skälig och att det därmed inte ska jämkas alls.

I målet gör HD en jämförelse med 3 § AVLK enligt vilket en näringsidkare kan förbjudas att använda ett liknande avtalsvillkor i framtiden. Enligt paragrafen kan även villkoret med hänsyn till pris och övrigas omständigheter anses vara oskäligt. HD försöker lägga en liknande bedömning till grund för 36 § avtalslagens tillämplighet och att även andra förhållanden som informationsövertag kan leda till att villkoret jämkas om övertaget har använts på ett otillbörligt sätt. Särskild hänsyn ska vid bedömningen tas till en underlägsen parts skyddsbehov. Här menar HD att det som verkligen särskiljer 36 § avtalslagen från andra bestämmelser i 3 kap. avtalslagen är att hänsyn ska tas även senare inträffade förhållanden vid en helhetsbedömning.

Det får särskild betydelse vid konsumentförhållanden. En naturlig utgångspunkt är då att ta fasta på effekten av villkoret. Ju mer överraskande och ingripande denna är för den drabbade konsumenten, desto mer talar det för en jämkning. Men i allmänhet är orsaken till effekten också av stor betydelse. Jämkning förutsätter visserligen inte generellt sett att orsaken ska kunna tillskrivas motparten, men ofta - såsom när det gäller ansvarsbegränsningar - är utgångspunkten ett avtalsbrott på dennes sida. Arten och graden av överträdelsen bör då beaktas. Det innebär typiskt sett att ett brott mot en huvudförpliktelse i större utsträckning talar för jämkning än ett brott mot en biförpliktelse eller en förpliktelse som annars kan anses vara av perifer natur. Av betydelse är vidare om parten har handlat särskilt

*klandervärt eller t.o.m. uppsåtligt. Men någon egentlig begränsning av vad för slags omständigheter som kan tillmätas betydelse gäller inte.*²³⁷

HD gick i domskälen vidare för att analysera ändamålen med överlåtelsebesiktningar. HD konstaterar att ändamålet påverkas av vem uppdragsgivaren är i besiktningens avtalet. Det på grund av att en köpare som är medveten om brister i fastigheten har möjlighet att förhandla om vem ska bära risken för felet eller svara för en åtgärd och vidare ha möjlighet att avstå ett köp. En säljare som känner till felet försätts inte i en bättre position ekonomiskt då en besiktning enbart ger denne mer information om fastigheten. För säljaren ligger fördelen i att möjliggöra ”en tydlig avtalad riskfördelning mellan lika informerade parter till undvikande av framtida tvister”.²³⁸

Vidare fortsatte HD med att redovisa sin syn på fastighetsköparens undersökningsplikt enligt 4 kap 19 § JB. Då en besiktning utförs på uppdrag av köparen ska den göras med utgångspunkt i fullföljandet av köparens undersökningsplikt. Om en köpare ges indikationer på att något inte stämmer ska denne gå vidare med sin undersökning och kan vid underlåtenhet av detta inte anses ha uppfyllt sin undersökningsplikt.²³⁹

HD bedömer vidare allmänt hur skälighetsprövningen av ansvarsbegränsning vid överlåtelsebesiktning för köpare ska gå till och gör i domen en del generella uttalanden om hur en sådan prövning ska gå till. Bland annat anför HD att bedömningen av om en ansvarsbegränsning är oskälig enligt generalklausulen ska ses med utgångspunkt i om den får anses ge uttryck för en rimlig eller skälig omfördelning av risken mellan parterna.²⁴⁰ HD belyser skyddsbehoven och lägger vikt vid att köp av en fastighet ofta är en stor affär för köparen, att köparen i många fall har anlita en sakkunnig som enda möjlighet för att kunna uppfylla upplysningsplikten enligt 4 kap 19 § 2 st. JB och att besiktningsmannens bedömningar därmed är av avgörande betydelse för köparens möjligheter att göra en väl riskavvägd samt informerad affär. Det konstaterades därför att det är av vikt att det beslutsunderlag besiktningsmannen lägger fram är av hög kvalitet och att det är informativt (jfr. NJA 1997 s. 65 - besiktningsprotokollet utan riskanalys samt NJA 2001 s. 269 - besiktningsprotokollet med vilseledande riskanalys). Ett vidare skyddsbehov menade HD är besiktningsmannens behov av att inte bli indragen i många tvister om smärre belopp.²⁴¹ HD anförde däremot att en omsorgsprövning

²³⁷ NJA 2017 s. 113 HD:s dom p. 30.

²³⁸ NJA 2017 s. 113 HD:s dom p. 31–32.

²³⁹ NJA 2017 s. 113 HD:s dom p. 33–34.

²⁴⁰ NJA 2017 s. 113 HD:s dom p. 36.

²⁴¹ NJA 2017 s. 113 HD:s dom p. 37–39.

skulle göras vid jämningsprövningen och menade att ”Ju mer besiktningsmannen är att klandra, desto större är skälen för jämkning”.²⁴²

HD prövade slutligen den aktuella ansvarsbegränsningens oskälighet i sig och om den aktuella ansvarsbegränsningen var oskälig vid en helhetsbedömning med utgångspunkten att vad som har avtalats ska gälla mellan parterna om inte skälen för motsatsen är tillräckligt starka. HD menade att en ansvarsbegränsning ska anses vara oskälig *i sig* då en näringsidkare begränsar sitt ansvar så långt att en konsuments principiella rätt till påföljd blir till en formalitet utan praktiskt värde.²⁴³ Helhetsbedömningen gick ut på en uppräknandet av punkter som kunde leda till att villkoret ansågs vara oskäligt och menade att felet inte enbart varit allvarliga och många utan att flera av dessa också varit förhållandevis lätta för besiktningsmannen att upptäcka. Även om oaktsamheten inte i sig var tillräckligt allvarlig för att ansvarsbegränsningen skulle åsidosättas eller jämkas, rörde det sig inte om något enstaka misstag i närheten av den nedre gränsen av vad som är att betrakta som ett vårdslöst agerande. Vidare var beloppsbegränsningen 1,2 miljoner kronor under ansvaret köparna ålagts vilket lett till ”en beaktansvärd fördyring av köparnas boendekostnad”.²⁴⁴ Mot oskälighet talade att det var säljaren som varit uppdragsgivare vid besiktningen och att besiktningen därmed tog sikte på säljarens situation. HD menade därför att ändamålet och det som förekommit mellan säljaren och besiktningsmannen därför var av betydelse vid bedömningen då det påverkat besiktningens utförande och utlåtandets innehåll. I målet var säljaren och personen som gjort slutbesiktningen av husentreprenaden närvarande vid besiktningen vilket enligt HD kan ha påverkat besiktningen och därmed även vårdslöshetsbedömningen. HD menade alltså att avtalet visserligen gav köparna rätt till ersättning men att de inte kunde fästa samma tillit till utlåtandet som om de hade beställt besiktningen själva och ansåg därför att tillräckliga skäl för att jämkas ansvarsbegränsningen med hjälp av 36 § avtalslagen inte fanns.²⁴⁵

5.3 Åsikter i doktrinen

I dag finns ett annat sätt att se på friskrivningsklausuler. Bland annat Hellner & Radetzki menar att friskrivningsklausuler kan godtas idag även om den avser grov vårdslöshet om den skadelidande har möjlighet att få ersättning på annat håll. I vissa fall kan en sådan friskrivningsklausul vara ogiltig och enbart anses gälla per se vid force majeure. Heller & Radetzki anser vidare att denna syn på ansvarsbegränsande

²⁴² NJA 2017 s. 113 HD:s dom p. 41.

²⁴³ NJA 2017 s. 113 HD:s dom p. 46.

²⁴⁴ NJA 2017 s. 113 HD:s dom p. 45–48.

²⁴⁵ NJA 2017 s. 113 HD:s dom p. 49–53.

klausuler i framtiden även skulle kunna komma att tillämpas på det utomobligatoriska området.²⁴⁶

Redan 1998 menade Kleineman att ett av de största problemen var att motverka att ansvaret blir alltför långtgående för en rådgivare. Tendenser i motsvarande riktning finns redan i någon mån i svensk rätt ansvaret ständigt expanderat genom att de dömande organen sett mycket strängt på dessa frågor.²⁴⁷ Kleineman anser däremot inte att NJA 2017 s. 113 har klargjort rättsläget:

Till skillnad från vad som numera tycks vara flera författares ståndpunkt, uppfattar jag det svenska rättsläget emellertid fortfarande som oklart och i viss mån anmärkningsvärt om de synpunkter som förts fram är riktiga, i så måtto att om professionsutövares ansvar väsentligen begränsats, genom att de i större utsträckning än tidigare vid grövre åsidosättande av sina förpliktelser, numera skulle kunna undgå att svara för de skador som de förorsakat än vad som allmänt ansetts vara fallet, detta innebär en svensk avvikelse från vad som komparativt brukar anses gälla.²⁴⁸

Kleineman menar att oaktsamhetsbedömningen har sin utgångspunkt i acceptabla riskfördelningar mellan den oaktsamme och den skadelidande samt menar att avtalsförhållandet mellan en rådgivare och uppdragsgivaren i rådgivningsfrågor är baserade på tillit då uppdragen ofta är kostsamma för och då uppdragstagarens uppdrag ofta begränsas av etiska normer. Det borde därför ställas högre krav vid en aktsamhet hos dessa rådgivare, menar Kleineman. Uppdragsgivarens ansvar gentemot en konsument torde vara ännu mer omfattande än den mot en kommersiell aktör.²⁴⁹ Kleineman anser vidare att domstolarna i sin bedömning av ansvarsbegränsande klausuler bör ske i tre steg genom att se till graden av oaktsamhet, till skadans storlek och skadans storlek i förhållande till tillgängligt försäkringsskydd. Konsumenten har ofta svårt att skydda sig genom försäkring och har därmed ett större skyddsbehov än uppdragstagaren. Kleineman ställer sig efter detta resonemang kritisk till varför den skadelidande trots det ska stå för kostnaden när det är rådgivaren som förfarit oaktsamt. Han menar vidare att oaktsamhet förekommer är något rådgivaren får räkna in som en kostnad i verksamheten genom att rådgivaren tecknar en ansvarsförsäkring. Kleineman menar att skiljedomen och NJA 2017 s. 113 med stöd i sitt resonemang kring möjligheten att teckna ansvarsförsäkring borde lägga mindre vikt vid oviljan att betala skadestånd och förmågan för rådgivaren att betala ut det. Effekten av en jämkning av ansvarsbegränsningen måste

²⁴⁶ Hellner & Radetzki, 2018, s. 88.

²⁴⁷ Kleineman, 1998, s. 211

²⁴⁸ Kleineman, 2018, s. 526.

²⁴⁹ Kleineman, 2018, s. 527.

istället ses mot konsumentens och rådgivarens synvinkel där särskild hänsyn bör tas till konsumentens ekonomiska intressen.²⁵⁰

Christina Ramberg menar att Profilgruppsdomen fastställande av revisionsbyråns uppdrags omfattning är helt förenlig med svensk rättspraxis och doktrin. ”En konsult ska sätta sig in i kundens behov, har ett omfattande metodansvar och ska vara pedagogisk i förhållande till kunden när slutresultatet presenteras. Den konsult som inte vill ha ett så omfattande ansvar som följer av dispositiv rätt, måste begränsa sitt ansvar på ett tydligt sätt”.²⁵¹ Ramberg menar att en konsult har en vidsträckt pedagogisk plikt och ska ta i beaktande att uppdragsgivarens olika typer av kompetens vid presentationen av resultatet. Konsulten bör ha som utgångspunkt att uppdragsgivaren inte kan någonting alls och väljer konsulten att inte utgå från det ska konsulten säkerställa att uppdragsgivaren har en hög kompetens och bör redogöra för den utgångspunkten i sin rapport. Ramberg ställer sig bakom skiljenämndens bedömning att handlandet ska ske med utgångspunkt i konsultens slutrapport. ”I samband med konsultuppdrag som syftar till att ge information till en styrelse, kan konsulten inte fredda sig från ansvar genom att hänvisa till att anställda i bolaget haft kunskap om förhållanden som inte framgår i konsultrapporten”.²⁵² Angående jämkningen av revisionsbyråns friskrivningsklausul menar Ramberg att det ska ses som en befrielse att ”slippa ifrån den typ av argumentation som baseras sig på grov vårdslöshet”.²⁵³ Detta menar Ramberg då det är svårt att bedöma vad som utgör grov vårdslöshet och då ett resonemang utifrån detta ofta leder till att skadeståndet antingen döms ut fullt eller inte alls. Hon kritiserar däremot skiljenämndens ”rimliga riskavvägning” och anser att man istället ska ta i beaktande hur klandervärt konsulten agerat. Även försäkringsfrågan är en viktig faktor för att bedöma skälighetsnivån, menar Ramberg och ställer sig här bakom skiljenämndens resonemang kring parternas möjligheter att teckna försäkring. Ramberg menar vidare att rätten borde se positivt på ansvarsbegränsningar och menar att jämkning även bör ske som utgångspunkt för totala friskrivningar.²⁵⁴

Munukka granskar NJA 2017 s. 113 i en artikel. Munukka menar att anledningen till varför HD använder sig av begreppet klandervärt istället för det jag ovan kallat uppsåtligt handlande eller grovt vårdslöst handlande är för att de skulle kunna hänvisa till NJA 1981 s. 400.²⁵⁵ Han anser däremot att HD:s hänvisning till de internationella regelverken, PECL, Unidroit Principles och DCFR inte stämmer

²⁵⁰ Kleineman, 2018, s. 544 ff.

²⁵¹ Ramberg, 2010/11, s. 920.

²⁵² Ramberg 2010/11, s. 923.

²⁵³ Ramberg, 2010/11, s. 929.

²⁵⁴ Ramberg, 2010/11, s. 929 ff.

²⁵⁵ Se NJA 2017 s. 113 HD:s domskäl p. 19; se ”Friskrivning från grov vårdslöshet och uppsåt”.

överens med regelverkens faktiska utformning. HD menar att begreppet grov vårdslöshet inte finns i regelverken på ett sådant sätt att det direkt åsidosätter en friskskrivningsklausul. Det stämmer inte helt menar Munukka, HD:s bedömning att de internationella regelverken inte ger en enhetlig bild men han menar att framför allt PECL och DCFR ger uttryck för att grov vårdslöshet åsidosätter ansvarsbegränsningsklausuler direkt, åtminstone i vissa avtalssituationer.²⁵⁶ Även Kleineman har den uppfattningen och menar att grov oaktsamhet ska tolkas som i vart fall en presumtion för att en ansvarsbegränsning ska anses så oskälig att den inte ska tillämpas.²⁵⁷ Munukka kritiserar även HD:s användning av ordet risk när det kommer till förklaringen om ändamålet för en överlåtelsebesiktning och att ändamålet är beroende av vem som anlitat besiktningsmannen. Han menar att den risk HD avser snarare syftar till osäkerheten om följderna av för båda parterna kända svaghetstecken i fastigheten snarare än risken för händelser som försämrar egendomen efter avtalets ingående.²⁵⁸ Munukka ställer sig däremot bakom HD:s bedömning att en överlåtelsebesiktning ska anses vara utgångspunkten för köparens undersökningsplikt och menar att det faller sig naturligt med uppdragets syfte att de upptäckter besiktningsmannen gör som senare visar sig vara defekter i fastigheten ska anses utgöra dolda fel. Det förhållandet att standardvillkoren ger ett motsatt besked ska inte tillmätas betydelse mer än att köparen ska förstå att indikationer på fel ska leda till vidare undersökning från deras håll, menar Munukka.²⁵⁹

Det finns en ambition att låta överlåtelseavtalet uttömmande reglera parternas rättigheter – detta menar Calissendorff har ett lojalt syfte vilket skapar klarhet om säljarens ansvar och därmed minskar risken för kostsamma tvister. Det gör att förutsebarheten ökar för såväl köparen som säljaren vilket leder till att köparens incitament att skydda sig själv genom omsorgsfull undersökning före köpet samt genom avtalet ökar. På så sätt är rättsläget redan utrett då parterna ingår avtalet.²⁶⁰

²⁵⁶ Munukka, 2018, s. 224.

²⁵⁷ Kleineman, 2018, s. 536.

²⁵⁸ Munukka, 2018, s. 230.

²⁵⁹ Munukka, 2018, s. 230.

²⁶⁰ Calissendorff, 2018, s. 101 f.

6 Analys av rådgivaransvaret i Ijuset av NJA 2017 s. 113

Frågorna som besvaras i denna uppsats är:

- Hur ser rådgivaransvaret vid fastighetsöverlåtelser ut idag? Vad begränsas uppdragets omfattning av?
- Hur görs den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler? Hur påverkas friskrivningsklausuler i rådgivaravtalet då uppdraget utförts grovt vårdslöst?
- Har rättsläget förändrats i och med Profilgruppsdomen men framför allt NJA 2017 s. 113?

Nedanstående kapitel kommer svara på frågeställningarna ovan i tre delar. Ett kapitel besvarar frågan vad rådgivarens uppdrag omfattar, ett kapitel besvarar frågan hur rådgivaransvaret ser ut samt ett kapitel som analyserar friskrivningsklausulers giltighet. I varje kapitel görs dels en objektiv analys av rättsläget såg ut förr med utgångspunkt i hur det såg ut runt 90-talet samt en analys av hur rättsläget ser ut nu med utgångspunkt hur rättsläget ser ut efter NJA 2017 s. 113 och Profilgruppsdomen. Varje kapitel avslutas med en subjektiv analys där jag väver in mina egna personliga åsikter. I det avslutande kapitlet görs en slutlig analys över hur rättsläget ser ut idag med några egna sammanfattande kommentarer om hur rättsläget borde se ut.

6.1 Answarets omfattning

Följande kapitel ska besvara följande frågor. Hur ser rådgivaransvaret vid fastighetsöverlåtelser ut idag? Vad begränsas rådgivarens uppdrags omfattning av? Har rättsläget förändrats i och med NJA 2017 s. 113?

Rättsläget då

På 1990-talet blev processer rörande fel i fastighet vanligare. Samtidigt blev köparens undersökningsplikt vid fastighetsköp strängare. Enligt ett delbetänkande till småhusutredningen lades ett förslag fram om att införa en regel enligt vilken köparens undersökningsplikt skulle vara uppfylld då en sakkunnig besiktningsman anlätats för att undersöka fastigheten inför köpet. Lagförslaget infördes inte i jordabalken utan man ansåg att det var en självklarhet att en köpare inte kunde anses ha brutit i sin undersökningsplikt då det uppdragats ett fel en normalt aktsam

besiktningsman inte kunnat upptäcka. Propositionen menade att en säljare och en mäklare borde verka för att en sakkunnig undersöker fastigheten inför köpet och att samtliga spekulanter skulle få ta del av besiktningshandlingen.²⁶¹

Answarets omfattning begränsades för en rådgivare utifrån *den befogade tillitens princip*. Rådgivaren skulle ha agerat på ett yrkesmässigt sätt och uppdragsgivaren skulle ha haft fog att fästa tillit till de råd som lämnats. Rådgivaren borde i sin tur ha insett att uppdragsgivaren fäst tillit till den förmedlade informationen.²⁶²

En slutsats om rättsläget förr var att undersökningen som huvudregel var uppfylld då besiktningsman anlätats. Då säljaren och mäklaren skulle verka för att en sakkunnig undersökte fastigheten inför köpet måste det ha varit uppenbart för besiktningsmannen att även köpare skulle sätta en befogad tillit till besiktningsprotokollet. En fullgod undersökning skulle göras genom en samverkan mellan köpare, säljare, mäklare och besiktningsman. Ändamålet med en undersökning gjord av en besiktningsman måste därför varit detsamma oavsett om det var en mäklare, säljare eller köpare som var uppdragsgivare för undersökningen.

Rättsläget nu

Idag görs besiktningsmannens undersökningsplikt enbart med utgångspunkt i köparens undersökningsplikt. En köpare har idag, trots en besiktningsmans genomgång av fastigheten, en vidare undersökningsplikt vilken innefattar de delar besiktningsmannen inte undersökt och de delar av besiktningsmannens resultatredovisning som indikerar fel. De delar besiktningsmannen inte tar del av, exempelvis säljarens och fastighetsmäklarens upplysningar, objektbeskrivning och frågelista, ska köparen också undersöka.²⁶³ Besiktningsmannens och mäklarens informationsplikt och upplysningsskyldigheter innebär en plikt för rådgivarna att upplysa köparen av en fastighet om kända brister den aktuella fastigheten har och antyder till även om det inte skulle ligga inom uppdragets omfattning att undersöka det. Vidare ska båda yrkeskategorierna informera om riskerna med dessa fel samt eventuellt kända risker med en särskild byggnadstyps konstruktion. Ges köparen en indikation på att fastigheten på något sätt är bristfällig ska köparen gå vidare i sin undersökning för att ha uppfyllt sin undersökningsplikt enligt 4 kap 19 § 2 st. JB.

I NJA 2017 s. 113 gjorde domstolen en analys över ändamålet med överlåtelsebesiktningen och kom fram till att ändamålet med en överlåtelsebesiktning är olika beroende på vem det är som är uppdragsgivare. En följd av det blev att en köpare inte kan sätta tillit till en besiktning utförd av säljarens vägnar. Denna bedömning

²⁶¹ Se 3.6.1 Besiktningsmän.

²⁶² Se NJA 1992 s. 243 under 3.3 Answarets ramar.

²⁶³ Se 3.6.1 Besiktningsmän.

gjordes med utgångspunkt i att besiktningsmannens uppdrag är olika omfattande beroende på om den görs för en köpare av en fastighet eller för en säljare. En köpare som är medveten om brister i fastigheten har möjlighet att förhandla om vem ska bära risken för felen eller svara för en åtgärd och vidare ha möjlighet att avstå ett köp. En säljare som känner till fel försätts inte i en bättre position ekonomiskt då en besiktning enbart ger denne mer information om fastigheten. För säljaren ligger fördelen i att möjliggöra ”en tydlig avtalad riskfördelning mellan lika informerade parter till undvikande av framtida tvister”.²⁶⁴

Sammanfattande synpunkt

HD fastställer genom NJA 2017 s. 113 det som skett genom begränsning av uppdragets omfattning i avtal tidigare- nämligen att besiktningsmannens undersökning enbart ska utgöra en del av köparens egna undersökning. Jag personligen reagerar mycket på att HD fäster så stor vikt på vem det är som beställt besiktningen. Rådgivaransvarets ramar har tidigare bestäms utifrån den *befogade tillitens princip*.²⁶⁵ HD drar nu slutsatsen att en köpare inte har fog att sätta tillit till ett dokument som har upprättats på uppdrag av säljaren. Jag ställer mig frågande till varför en överlåtelse och en genomgång av besiktningsprotokollet skett över huvud taget om köparen inte har fog att sätta tillit till innehållets och utförandets riktighet. Först tar HD i beaktande att köparna har en självständig rätt gentemot besiktningsbolaget i målet men lägger inte vikt vid att köparna efter genomgången av protokollets riktighet satt en tillit till uppdragets och dokumentets riktighet. HD menar att fastigheten inte undersöks på samma vis då en säljare är uppdragsgivare och att det är tveksamt om en besiktningsman inser att det begränsade uppdraget kan leda till skada för köparen. Jag ser däremot kritiskt på detta resonemang. Det måste ligga inom ramen för uppdragets omfattning att det kan komma att användas vid en fastighetsöverlåtelse. Detta måste vidare ha stått klart för besiktningsmannen vid avtalets ingående. HD går emot de principer som ställts upp i förarbetena där en mäklare och säljare tillsammans ska verka för att en besiktning ska göras och där en köpare ska kunna ta del av protokollet efterhand och därigenom uppfylla sin undersökningsplikt.²⁶⁶ Om det hade rört sig om en av säljaren anlita mäklare hade denna ändå haft någon slags omsorgsplikt gentemot köparen genom sin långtgående upplysningsplikt (se mer om den i nästa analys-kapitel). Borde inte även besiktningsmannens omsorgsplikt sträcka sig till en tilltänkt köpare om det står klart vid uppdragets genomförande att fastigheten ska säljas?

²⁶⁴ Se NJA 2017 s. 113 HD:s domskäl p. 31–34 under ”NJA 2017 s. 113”.

²⁶⁵ Se 3.3 Answarets ramar.

²⁶⁶ Se Prop. 1989/90:77 under 3.6.1 Besiktningsmän.

Samma tankar för mig över till en värderingsmans skyldigheter gentemot tredjeman.²⁶⁷ Borde inte ett besiktningsutlåtande precis som ett värderingsintyg antas användas av annan än uppdragsgivaren? Konsekvensen av detta blir att köparen aldrig kan förlita sig på en undersökning utförd för säljares räkning. Den befogade tillitens relevans torde fortfarande finnas kvar även om man kan ifrågasätta hur befogad tilliten måste vara för att uppdraget ska ligga inom begräsningarna.

6.2 Rådgivarens skyldigheter

Följande kapitel ska besvara följande frågor. Hur ser rådgivaransvaret vid fastighetsöverlåtelse ut idag? Hur påverkas friskrivningsklausuler i rådgivaravtalet då uppdraget utförts grovt vårdslöst? Har rättsläget förändrats i och med Profilgruppsdomen men framför allt NJA 2017 s. 113?

Rättsläget då

Rådgivning har sedan länge ansetts vara en immateriell tjänst och kontrollansvaret som återfinns konsumenttjänstlagen har därmed inte applicerats på rådgivarens ansvar gentemot sin uppdragsgivare. Istället spelade 18 kap. HB och allmänna kontraktsrättsliga principer in på avtalsförhållandet och en vårdslöshetsbedömning gjordes utifrån om rådgivaren åsidosatt en norm i en sådan mån att det ansågs vara oäktsamt. För en rådgivare innebar det ett åsidosättande av *sin omsorgsplikt* vilken innefattade ett *metodansvar*, en *lojalitetsplikt* och en *informationsplikt*.

I avtalsförhållandet mellan rådgivare och uppdragstagare förelåg en *lojalitetsplikt* där parterna hade en skyldighet att tillvarata varandras intressen och upplysa varandra om förhållanden som kunde vara av betydelse för av motparten. Näringsidkare ansågs jämbördiga som utgångspunkt och risken placerades därför mellan dem själva utifrån vad som var som bäst just i det avtalsförhållandet. Vidare har rådgivare haft en *informationsplikt*, vilken inneburit att resultatet av uppdraget skulle redovisas för uppdragsgivaren på pedagogiskt sätt så att denne kunde tillgodogöra sig informationen och som tillät honom/henne att dra rimliga och korrekta slutsatser av resultatet.²⁶⁸

På 90-talet expanderade rådgivaransvaret ständigt som en följd av att de dömande organen såg mycket strängt på rådgivares ansvar.²⁶⁹ Kleineman menade på rådgivaransvaret på 90-talet gjordes strängt till följd av det civilrättsliga informationsbehovet. Detta behov belystes ibland annat NJA 1987 s. 692 och NJA

²⁶⁷ Se NJA 1987 s. 692 jfr. NJA 2001 s. 878 under 3.3 Ansvarets ramar.

²⁶⁸ Se NJA 2001 s. 269 under 3.6.4 Övriga relevanta rådgivaransvar.

²⁶⁹ Se ovan under 5.3 Åsikter i doktrinen.

1994 s. 532. Kleineman menade att det krävdes att den skadelidandes beteende skulle vara en befogad följd av den förmedlade informationen och att skadevällaren måste varit vårdslös vid förmedlandet av informationen. För att avgöra det var man tvungen att beakta vilken möjlighet uppdragstagaren själv haft att bedöma informationsmottagarens möjligheter att korrekt uttolka de förmedlade resultaten. För ansvar krävdes att uppdragstagaren varit försumlig vid förmedlandet av informationen i ett pedagogiskt hänseende. Uppdragstagaren hade på så sätt brutit i sitt metodansvar även om uppdragstagaren hade iakttagit etiska normer i övrigt.²⁷⁰

HD lade i rättsfallet NJA 1997 s. 65 vikt vid en besiktningsmans informationsplikt och anförde att en plikt att utföra en riskanalys ingick i besiktningsmannens uppdrag. Denna plikt sågs särskilt strängt på hos besiktningsmän i jämförelse med andra rådgivare, se exempelvis skatterådgivarens underlåtenhet att avge en riskanalys i NJA 1994 s. 598. Stiegler menade i sin analys att besiktningsmannen för köparen av en fastighet skulle presentera risker med fel i fastigheten och vidare utredning klart och tydligt. Kleinemans slutsats av målet var 1997 att konsulter i framtiden skulle få lägga ner betydligt mer tid och ansträngningar på att formulera sina expertutlåtanden på sådant sätt att klienten kan dra rimliga och relevanta slutsatser av det. I Göta Hovrätts dom 1993-11-23 DT 1066 fastställdes besiktningsmannens ansvar genom att besiktningsmannen utfört besiktningen på ett sådant sätt att ett fel som ej var att anses dolt inte upptäckts måste besiktningsmannen ha ansetts gjort sig skyldig till skadeståndsgrundande oaktsamhet. De fel en besiktningsman genom en aktsam undersökning inte funnit skulle anses vara dolda och besiktningsmannen svarade därför inte för dessa fel då de senare upptäckes.

Mäklarens rådgivaransvar har stadgades i fastighetsmäklarlagen. Utöver det gjordes mäklaransvaret striktare i praxis, se NJA 1997 s. 127 I och II. Mäklaren hade en allmän plikt att agera enligt god fastighetsmäklarsed och hade enligt lagstiftningen (se 8 och 16 §§) en plikt att agera omsorgsfullt mot såväl köpare som säljare. Mäklaren ansågs inte skyldig att särskilt undersöka fastigheten mer ingående men skulle upplysa köparen om uppenbara fel som denne antingen känt till sedan tidigare eller som framgick vid en ytlig undersökning av fastigheten. Felets karaktär spelade ingen roll för mäklarens ansvarsbedömning, avgörande var istället om mäklaren på något sätt haft kännedom om felet. Mäklaren skulle enligt Jingryd för rådgivningspliktens uppfyllande så långt som möjligt säkerställa att parterna var införstådda med den problematik som kunde aktualiseras i den enskilda affären och skulle tydligt förklara innebörden av en friskrivningsklausul i köpehandlingen för köparen.²⁷¹ Mäklaren hade en särskilt sträng upplysningsplikt i

²⁷⁰ Se Kleineman under 3.5.1 Rådgivares skyldigheter.

²⁷¹ Se 3.6.2.2 Mäklares skyldigheter.

förhållande till båda parterna.²⁷² Jingryd ställde sig kritisk till det stränga ansvar som ställdes på mäklare, framför allt då en köpare förväntades finansiera köp av fastighet genom lån.²⁷³

Rådgivaransvaret gällde även för advokater, värderingsmän, revisorer och skatterådgivare. Skillnad mellan dessa förekom i lagstiftningen och andra vägledande regelverk men i stora drag var plikterna förenliga med besiktningsmännens och mäklarnas. Det ställdes högre krav på de som specialiserat sig på ett visst område. Praxis visade en tendens i NJA 1987 s. 692 att godkänna att det i rådgivaransvaret förelåg subjektiva bedömningsmoment men ställde höga krav på att rådgivarna tagit del av allt lättillgängligt underlag för att kunna göra en fullgod bedömning av uppdraget. För att undvika ansvar kunde en praktiserande jurist för exempelvis förse sitt yttrande med en förklaring över vad han/hon uppfattat var uppdragets omfattning med en förklaring av hur han/hon gått tillväga för att genomföra uppdraget samt försöka beskriva syftet med uppdraget för att för sin egen del avge en begränsning av uppdraget.

Rättsläget nu

Rådgivaransvaret består. Däremot lägger domstolarna inte lika stor vikt vid en bedömning om rådgivaren åsidosatt sin omsorgsplikt och genom det åsidosättandet varit vårdslös. I Profilgruppsdomen resonerar skiljenämnden istället ”med utgångspunkt i, inte främst hur klandervärd skadegöraren är utan med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som en rimlig riskavvägning”. I NJA 2017 s. 113 är istället vårdslöshetens art och grad av betydelse vid avgörandet i frågan om en friskrivningsklausul ska sättas åt sidan på grund av rådgivaransvaret eller inte. HD följer dock inte upp bedömningen om vårdslöshetens grad i NJA 2017 s. 113. HD hänvisar till hovrättens bedömningar gällande att felen var många och av allvarlig karaktär samt att de var lätta att upptäcka för en sakkunnig besiktningsman. HD gör bedömningen att grov vårdslöshet inte ensamt åsidosätta en ansvarsbegränsning.

NJA 2017 s. 113 stadgar precis som tidigare rättsutredning att det konsumentvänliga kontrollansvaret inte skulle gälla mellan parterna, en vårdslöshetsbedömning utifrån metodansvar, omsorgsplikt, lojalitetsplikt och informationsplikt ska istället göras genom ett vanligt vårdslöshetsansvar. Däremot tar HD i NJA 2017 s. 113 ingen uttryckt hänsyn till att en konsument är av underlägsen ställning gentemot en näringsidkare. I målet talar man istället om skyddsbehov som ställs mot varandra men väger där besiktningsmannens behov av att kunna förutse ansvaret mot köparnas konsumenträttsliga skyddsbehov.

²⁷² Se Hovrätten för övre Norrland T 61/89 och Kammarrätten i Sundsvall dom 1992-02-17 under 3.6.3 Andra rättsfall som berör mäklares och besiktningsmäns rådgivaransvar.

²⁷³ Se Jingryd under 3.6.2.2 Mäklares skyldigheter.

Det finns idag en mer liberal syn på rådgivarens ansvar. Det finns en ambition att låta överlåtelseavtalet uttömmande reglera parternas rättigheter vilket har ett lojalt syfte, skapar klarhet om rådgivarens ansvar och därmed minskar risken för kostsamma tvister. Det gör att förutsebarheten ökar för såväl köparen som säljaren vilket leder till att köparens incitament att skydda sig själv genom omsorgsfull undersökning före köpet samt genom avtalet ökar. På så sätt är rättsläget redan utrett då parterna ingår avtalet.²⁷⁴

Göta Hovrätts dom 1993-11-23 DT 1066 ska anses vara överspelad idag. Idag likställs inte besiktningsmannens undersökning med den som krävs av en köpare vid en fastighetsöverlåtelse enligt 4 kap 19 § 2 st. JB. Istället utgör köparens undersökningsplikt en utgångspunkt för besiktningsmannens ansvar idag.

Advokatens rådgivaransvar tas upp till bedömning i NJA 2018 s. 414. Där finner rätten att en advokat ska iaktta god advokatsed och ska vidare göra erforderliga undersökningar av saken rent rättsligt. En person som har sökt sig till en advokat ska kunna förlita sig på att de råd som advokaten lämnar är väl underbyggda. HD tar däremot i vårdslöshetsbedömningen upp samtliga omständigheter men tar särskild beaktning vid uppdragets omfattning, de sakliga och rättsliga frågornas komplexitet och svårighetsgrad, de värden som står på spel och slutligen klientens instruktioner. I bedömningen tas upp om advokaten varit tillräckligt omsorgsfull vid sina undersökningar och i sin analys av de faktiska omständigheterna, dels rättsläget och de processuella förutsättningarna att driva huvudmannens sak.

Sammanfattande synpunkt

Att rådgivaransvaret vid fel i fastighet ses särskilt strängt på är en rimlig utgångspunkt. Det rör sig om stora summor pengar för konsumenten vilket gör dem särskilt skyddsvärda. Rådgivarens uppdrag har däremot fått en annan roll i praxis. Denna görs även beroende på vem det är som är rådgivare. Rådgivarens omsorg är inte den primära faktorn för att avgöra hur långt rådgivarens ansvar ska sträcka sig i varken Profilgruppsdomen eller NJA 2017 s. 113. NJA 2017 s. 113 tar inte särskilt beaktande i om besiktningsmannen förfarit grovt vårdslöst. Det rörde sig i målet om allvarliga fel vilka besiktningsmannen inte antecknat i protokollet, köparna lidit skada beräknad till 1,8 miljoner kronor och dessa varit lätta för besiktningsmannen att upptäcka (vilket tyder på nonchalans) Det måste i målet därför motsvarat ett sådant handlande att besiktningsmannens agerande i målet måste rört sig om ett klandervärt beteende i enlighet med den grova vårdslöshet som krävdes i NJA 1992 s. 130 och NJA 1981 s. 400 där HD åsidosatte en ansvarsbegränsningsklausul då

²⁷⁴ Se Calissendorff under 5.3 Åsikter i doktrinen.

säljaren agerat särskilt klandervärt vid ett fastighetsköp. Ändå väljer rätten inte att bemöta denna frågan utan att nämna besiktningsmannens omsorgsplikt särskilt nämnvärt. Det till skillnad från NJA 2018 s. 414 där HD tar *särskild beaktning* vid uppdragets omfattning, de sakliga och rättsliga frågornas komplexitet och svårighetsgrad, de värden som står på spel och slutligen klientens instruktioner. I bedömningen tas upp om advokaten varit tillräckligt omsorgsfull vid sina undersökningar och i sin analys av de faktiska omständigheterna, dels rättsläget och de processuella förutsättningarna att driva huvudmannens sak. Det läggs alltså större vikt vid advokatens omsorgsplikt gentemot sin uppdragsgivare vid helhetsbedömningen i detta fall.

Den sakkunnige rådgivaren har genom sin ställning och funktion ett särpräglad förtroende. Uppdragsgivaren har skäl att vänta sig att uppdraget utförs på ett fackmässigt tillfredställande sätt. Rådgivaren borde då denne väsentligen åsidosatt sina förpliktelser enligt uppdraget som utgångspunkt för bedömningen ansvara fullt ut för den rena förmögenhetsskada denne åsamkat genom åsidosättandet. Att en konsument skulle bära kostnaden för uppdragstagarens oaktsamhet ser jag kritiskt på. Kleinemans slutsats i NJA 1994 s. 532, där han menar att den skadelidandes beteende ska vara en befogad följd av den förmedlade informationen och att skadevällaren måste varit vårdslös vid förmedlandet av informationen, ska gälla även på en köpares tilltro till ett besiktningsprotokoll då besiktningsmannen agerat vårdslöst vid själva utförandet av tjänsten. Det borde ställas höga krav för att rådgivaren ska ha ansetts uppnå sina pedagogiska skyldigheter. Köpare av en fastighet kan ha väldigt olika kompetens och kan därmed tolka felindikationer på olika sätt. Därför borde anses vara naturligt att utgångspunkten är att en köpare är helt okunnig. Jag drar här en parallell mellan Rambergs åsikter på rättens bedömning i Profilgruppsdomen och rådgivarens ansvar vid fastighetsöverlåtelser.²⁷⁵ En besiktningsman borde ha som utgångspunkt att köparen inte har någon kompetens alls gällande felbedömningar i fastighet och borde därför säkerställa att köparen tolkar besiktningsprotokollet på ett korrekt sätt genom att vid genomgången av det redogöra för uppdragets omfattning och karaktär. Då en besiktningsman går igenom ett protokoll med en köpare och denne genomför köpet som en följd av det som kommit fram vid genomgången ska köparens beteende anses vara befogat och en följd av den förmedlade informationen. Det borde enligt min uppfattning i NJA 2017 s. 113 ha resonerats kring en pedagogisk plikt för besiktningsmannen i enlighet med HD:s majoritet i NJA 1997 s. 65 och den omsorgsplikt som ställs upp för advokaten i NJA 2018 s. 414. Detta även om advokatens rådgivaransvar är en följd av lagstiftning. Jag ställer mig bakom den slutsats Kleineman drar där rådgivare i framtiden kommer få lägga

²⁷⁵ Se Ramberg under 5.3 Åsikter i doktrinen.

ner betydligt mer tid och ansträngningar på att formulera sina expertutlåtanden på sådant sätt att klienten kan dra rimliga och relevanta slutsatser av det men anser att det är rätt rimligt då rådgivaruppdrag ofta är rätt kostsamma för konsumenten.

Kleineman menar att man borde kunna göra en analogisk tillämpning av fastighetsmäklarlagen på andra rådgivaruppdrag.²⁷⁶ En stor skillnad gentemot besiktningsmannen är att mäklaren har en omsorgsplikt gentemot såväl köpare som säljare även om enbart en av dessa är uppdragsgivare i formell mening. Detta är enligt min mening en följd av att mäklarens uppdrag som mellanman är mer tydligt då ansvaret är stiftat i lag. Enligt min uppfattning bör det inte skilja så mycket mellan en mäklares och en besiktningsmans rådgivaransvar beträffande upplysnings- eller informationsplikten. En mäklare har en skyldighet att verka för villkor med förbehåll om att köparen får lån då det står klart att en köpare inte kommer finansiera ett köp av fastighet utan lån (se NJA 1997 s. 127 I och II). Borde inte en mäklare i samråd med en besiktningsman på liknande sätt kunna verka för villkorande att en fastighet måste bli godkänd vid en besiktning för att köpet ska gå igenom på de premisser som satts upp i det rådande köpehandlingarna? Det tror jag hade legat i riktning med det stränga krav som åläggs mäklaren vid fastighetsköp idag. Ett sådant incitament hade för en besiktningsman varit förenligt med småhusutredningen där propositionen anförde att mäklare tillsammans med säljare skulle verka för att en besiktning skulle ske i samband med köpet.²⁷⁷

6.3 Rådgivares friskrivningsklausuler

Kapitlet nedan ska besvara följande frågor. Hur görs den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler? Hur påverkas friskrivningsklausuler i rådgivaravtalet då uppdraget utförts grovt vårdslöst? Har rättsläget förändrats i och med Profilgruppsdomen men framför allt NJA 2017 s. 113?

Rättsläget då

Friskrivningsklausuler förekom ofta som ansvarsbegränsningar i standardutformade villkor. I tidigare praxis och doktrin kunde man urskilja en allmänt restriktiv inställning till friskrivningsklausuler. Redan på 1950-talet tolkades friskrivningsklausuler snävt i rätten. I praxis utgjordes kontrollen av friskrivningsklausuler av en dold kontroll. Enligt den dolda kontrollen tolkades friskrivningsklausuler restriktivt genom antingen en förhöjd avtalströskel för införlivandet av villkoret eller genom att tolka villkoret snävt eller i en inskränkande riktning. Friskrivningsklausuler kom senare att kontrolleras genom en öppen kontroll med

²⁷⁶ Se 3.2 Gällande rätt för rådgivare.

²⁷⁷ Se 3.6.1 Besiktningsmän.

stöd av 36 § avtalslagen. Denna kontroll ansågs vara mer flexibel och transparent än den dolda och gjordes efter en skälighetsbedömning utifrån samtliga föreliggande omständigheter i det aktuella fallet. HD visade sig obenägen att åsidosätta friskrivningsklausuler i kommersiella avtalsförhållanden men valde att åsidosätta en friskrivningsklausul genom en dold kontroll i NJA 1979 s. 483 till följd av att avtalsbalansen hade rubbats i det aktuella fallet med följderna att det inte var omöjligt att åsidosätta en friskrivningsklausul mellan näringsidkare då en part visade sig ha underlägsen ställning efter en helhetsbedömning.

Kleineman menade i en artikel från 1995 att det kunde ifrågasättas om en rådgivare skulle kunna friskriva sig från de etiska regler som styr uppdraget. Han menade däremot inte att åsidosättande av de etiska normerna direkt skulle leda till ett åsidosättande av friskrivningsklausulerna men att de borde ligga till grund för en culpabedömning.²⁷⁸

Den dolda kontrollen ledde till en princip i doktrinen att friskrivningsklausuler åsidosattes då en part agerat grovt vårdslöst i avtalsförhållandet. Det förekom också fall där ansvarsbegränsningsklausuler sattes åt sidan då den skadegörande parten handlat särskilt klandervärt eller uppsåtligt, se NJA 1981 s. 400 och NJA 1998 s. 390. I förarbetena till 1973 års konsumentköplag fanns förslag på en tvingande regel som gav konsumenten rätt till full ersättning då säljaren agerat grovt vårdslöst. Konsumentens höga skyddsbehov stod bakom bedömningen. Regeln infördes inte då en princip redan ansågs föreligga en rättslig princip att en friskrivningsklausul inte skulle vara giltig då skadevällaren agerat grovt vårdslöst. De internationella regelverken återspeglade delvis en sådan princip. Enligt exempelvis DCFR:s regler skulle ansvarsbegränsningar alltid anses vara oskäliga på vissa avtalsförhållanden.

Rättsläget nu

I fastighetsrätten förekommer fall från 2016 där HD tillämpat en restriktiv tolkning i enlighet med den dolda kontrollen av friskrivningsklausuler. I målet rörde det sig inte om en tydligt formulerad friskrivning i ett rådgivaravtal men om frågan om köparens rätt efter övertagandet av säljarens rättigheter i ett entreprenadavtal, vilket kan likställas med köparens övertagande av besiktningsbolaget i NJA 2017 s. 113. HD gjorde en restriktiv tolkning till köparens fördel med stöd i att klausulen inte införlivats korrekt i parternas avtal.²⁷⁹

HD har däremot tagit avsteg från den dolda kontrollen vid rådgivaravtal. I NJA 2017 s. 113 och Profilgruppsdomen ställs inte skäligheten av friskrivningsklausulen och rådgivarens ansvar i avtalsförhållandet upp utifrån bedömningen hur

²⁷⁸ Se Kleineman under 3.6.4 Övriga relevanta rådgivaransvar.

²⁷⁹ Se NJA 2016 s. 808 under 4.1 Friskrivningsklausuler vid fastighetsöverlåtelser.

klandervärt eller vårdslöst rådgivaren har agerat. Istället öppnar Profilgruppsdomen upp för ett nytt sätt att bedöma friskrivningsklausuler. Skiljenämnden utgår i målet ifrån vad som är en rimlig riskavvägning och om avtalsbalansen har rubbats. Detta trots att skiljenämnden uttalar att revisionsbolaget hade *fundamentalt åsidosatt sitt uppdrag*. HD följer upp denna bedömning i NJA 2017 s. 113 och gör bedömning utifrån om den får anses ge uttryck för en rimlig eller skälig omfördelning av risken mellan parterna, med stöd av enbart 36 § avtalslagen. HD menar att denna typ av bedömning stämmer väl överens med rättsläget internationellt och hänvisar till Unidroit Principles, DCFR och PECL.²⁸⁰

Utgångspunkten i NJA 2017 s. 113 var att enbart klausuler där en näringsidkare begränsar sitt ansvar så långt att en konsuments principiella rätt till påföljd blir till en formalitet utan praktiskt värde, ska anses vara i sig oskäligen.

Både Profilgruppsdomen och NJA 2017 s. 113 ställer upp möjligheterna för respektive part att skydda sig från oväntade kostnader genom försäkringar. Skulle ingen av parterna rådgivare och köpare av en fastighet för eget boende inneha försäkring eller ha möjlighet till sådan skulle det vara mer rimligt att näringsidkaren bär de ekonomiska konsekvenserna av sin oaktsamhet.²⁸¹

Kleineman utvecklar detta tankesätt och menar att rådgivarens ansvar bör beaktas i förhållande till parternas möjligheter att teckna försäkring idag. Han menar vidare att en klient ofta har ett stort behov av skydd i jämförelse med uppdragstagarens behov av att skydda sig från de ekonomiska konsekvenser rådgivaren får på grund av sitt eget oaktsamma handlande. Kleineman ser snarare att rådgivaren bör se ansvarsförsäkring som en beräknad kostnad i verksamheten till följd av att man sällan kan undvika att någon form av oaktsamhet uppstår i rådgivningssammanhang. Han menar att domstolarnas bedömning av ansvarsbegränsande klausuler bör göras i tre steg: genom att se till graden av oaktsamhet, till skadans storlek och skadans storlek i förhållande till tillgängligt försäkringsskydd. Konsumentens ekonomiska intressen bör tas i särskilt beaktande.²⁸²

Sammanfattande synpunkt

Har utgångspunkten att friskrivningsklausuler ska tolkas restriktivt helt åsidosatts genom NJA 2017 s. 113? Jag skulle dock vilja påstå att Profilgruppsdomen och NJA 2017 s. 113 inte helt gör att en skälighetsbedömning av friskrivningsklausuler i framtiden inte bör utesluta grov vårdslöshet som ett försvårande resonemang. Jag

²⁸⁰ Se HD:s domskäl under 5.2.1 Rättens bedömning.

²⁸¹ Se 5.1 Profilgruppsdomen samt 5.2.1 Rättens bedömning.

²⁸² Se Kleineman under 5.3 Åsikter i doktrinen.

tror att om införlivandet av avtalsvillkoret har skett på rätt sätt och en tolkning av villkoret i en snäv riktning skulle komma att komplettera en skälighetsbedömning och fråga om eventuell jämkning med stöd av 36 § avtalslagen. Grov vårdslöshet eller särskilt klandervärt beteende kanske inte som utgångspunkt bör åsidosätta en friskrivningsklausul men kan tillsammans med andra försvårande omständigheter verka för att ett åsidosättande av klausulen sker oftare än att klausulen jämkas. Oklarheten kan på så sätt gå ut över den part som författat villkoret utan att dold kontroll tillämpas självständigt, utan snarare som ett led i en helhetsbedömning?

En öppen kontroll av friskrivningsklausuler leder enligt min bedömning bidragit till ett mindre strängt rådgivaransvar. Den dolda kontrollen visade däremot inte tecken på transparens och flexibilitet.

Syftet med uppdraget måste ställas mot en rådgivares ovilja att åta sig ett långgående ansvar. Syftet för en köpare av en fastighet skulle jag vilja påstå är att skydda sig mot upptäckbara fel rent ekonomiskt då fel i fastighet kan leda till omfattande kostnader för köparen. Detta skyddsbehov borde ställas högt hos en underlägsen part som en konsument vid köp av fast egendom faktiskt är och då syftet med besiktningsmannens tjänst faktiskt är att upptäcka de fel som går att upptäcka. Detta ska ses i ljuset av att en näringsidkare som säljer fast egendom till en konsument inte får åberopa villkor som är till nackdel för konsumenten (4 kap. 19 d § JB).²⁸³ Som motpol till konsumentens skyddsbehov, ska en rådgivare som inte vill ha ett så omfattande ansvar som följer av dispositiv rätt, stå. Denne måste kunna begränsa sitt ansvar i överensstämmelse med säljarens ansvar för fel i fastighet. Utgångspunkten är att säljaren ansvarar för dolda fel i fastighet men att en säljare kan begränsa sitt ansvar genom friskrivningsklausuler och genom att upplysa köparen om fastighetens skick.²⁸⁴

Gällande HD:s bedömning utifrån att friskrivningsklausuler inte automatiskt åsidosätts vid grov vårdslöshet menar jag däremot att HD:s bedömning av de internationella regelverken är felaktig. Min uppfattning är att de internationella regelverken utgör stöd för att man ska kunna göra en helhetsbedömning utifrån 36 § avtalslagen. Däremot finns det regler som föreskriver att friskrivningsklausuler kan åsidosättas vid oaktsamhet. Reglerna är beroende av vem som är motparten. Det finns däremot även de avtalsförhållanden då friskrivningsklausuler alltid ska vara oskäligen då skadan uppkommit genom grov vårdslöshet. Det ställs enligt dessa regler inte heller krav på adekvat orsakssamband då dessa skador uppkommit. Att HD på denna

²⁸³ Se 4.1 Friskrivningsklausuler vid fastighetsförsäljning.

²⁸⁴ Se 2.3 Säljarens upplysningar och 4.1 Friskrivningsklausuler vid fastighetsförsäljning.

grund menar att grov vårdslöshet inte automatiskt ska åsidosätta en friskrivningsklausul är alltså felaktig.²⁸⁵

Kleineman menade 1995 att det kunde ifrågasättas om en rådgivare skulle kunna friskriva sig från de etiska regler som styr uppdraget. För mäklaren skulle det innebära en friskrivning från god fastighetsmäklarsed då denne agerat vårdslöst. Ingen liknande lagstiftning finns för besiktningsmän idag men en parallell borde kunna dras till om friskrivningen rör det primära syftet med uppdraget.

Jag ställer mig bakom såväl Ramberg som Kleinemans resonemang om försäkringsmöjligheten i förhållande till friskrivningsklausulers skälighet. Jag tror att vi kommer se en ytterligare utveckling i praxis där rådgivarens försäkringsmöjligheter i kontrast till konsumentens svårighet att teckna en fullgod försäkring kommer väga tungt för att inte jämka, eller i vart fall att domstolen inte är så frikostiga vid jämkningen, friskrivningsklausuler. Det tillsammans med förekomsten av ett särskilt klandervärt beteende och med särskilt beaktande av konsumenten och ansvarsbegränsningars ekonomiska konsekvenser torde leda till att rådgivaransvaret hålls inom ramarna för ett strängt näringsidkaransvar även i framtiden.

6.4 Avslutning

Avtalsfriheten är en allmän rättsprincip i Sverige. Parterna i ett avtalsförhållande får som utgångspunkt fritt tillsammans bestämma avtalets innehåll. För näringsidkare innebär det idag att friskrivningsklausuler enbart kommer att åsidosättas då avtalsbalansen ändrats väsentligen. Då en konsument istället är avtalspart görs en helhetsbedömning med konsumentens skyddsbehov i beaktande. I fastighetsrätten har tidigare en konsumentens skyddsbehov ställts högt som en följd av att de ekonomiska konsekvenserna för en oduglig fastighet kan bli enorma. Förhållandet mellan en köpare av en fastighet och en rådgivare som anlitas vid en fastighetsöverlåtelse baseras på en tillit med särprägel. De senaste åren har däremot rådgivarens ansvar gjort mindre strängt på fastighetens område i praxis. Rådgivaransvaret vid fastighetsöverlåtelser har förändrats i och med domen NJA 2017 s. 113. En mäklares omsorgsplikt föreligger i förhållande till såväl köpare som säljare vid en fastighetsöverlåtelse. Samma kan inte anses föreligga då en säljare anlitas en besiktningsman. En besiktningsmans omsorgsplikt, stadgas i målet, gäller enbart i förhållande till den faktiska uppdragsgivaren, även om uppdragets slutrapport överläts med en klausul där köparen ska överta säljarens rättigheter och skyldigheter.

²⁸⁵ Se 4.5 Friskrivning från grov vårdslöshet och uppsåt.

I och med rättsfallet läggs inte längre vikt på en bedömning utifrån om rådgivaren förfarit grovt vårdslös vid utförandet av tjänsten. Den tidigare uttryckta principen om att grov vårdslöshet skulle åsidosätta en friskrivningsklausul kan inte längre anses föreligga. Domstolen väljer att inte längre tillämpa den dolda kontrollen för att kontrollera friskrivningsklausuler. Den anses vara för ineffektiv och leder ofta till att skadestånd antingen ska dömas ut i sin helhet eller inte alls. Istället har en vårdslöshetsbedömning gjorts till en faktor som tillsammans med andra tungt vägande faktorer kan leda till att en friskrivningsklausul åsidosätts med stöd av 36 § avtalslagen. En följd av en tillämpning av 36 § avtalslagen leder till att friskrivningsklausuler inte åsidosätts i sin helhet utan jämkas hellre. Det i sin tur leder till ett mindre strängt rådgivaransvar.

Däremot undrar jag om HD vid iakttagandet av DCFR:s regler hade tagit ståndpunkten att friskrivningsklausuler som inte är oskäligen i sig inte heller ska anses vara oskäligen även vid förekomsten av grov vårdslöshet. Jag tror i alla fall att HD hade gått in på en mer omfattande bedömning av besiktningsmannens åsidosättande av sina skyldigheter enligt omsorgsplikten. Jag saknar vidare ett resonemang från HD kring besiktningsmannens rådgivaransvar då denne åsidosatt sin omsorgsplikt när han inte gett förslag till en mer ingående undersökning till köparen. Det torde trots allt ligga inom uppdragets omfattning för den immateriella tjänsten att göra det. HD verkar enbart ta upp den fysiska tjänstens utförande i sin oaktamhetsbedömning. I min mening rör sig det klandervärda utförandet av tjänsten inte enbart om ansvar för upptäckbara fel utan ansvar för att faktiskt ha utfört en tjänst utan tillbörlig omsorgsplikt och då framförallt lojalitetsplikt.

Med det sagt tror jag att en helhetsbedömning och riskavvägning med hjälp av den öppna kontrollen är ett steg i rätt riktning i praxis. Att hålla bedömningen så transparent som möjligt gör att en riskfördelning försöks göras i det enskilda fallet, oavsett om det rör sig om en konsument eller en näringsidkare som är beställare av uppdraget. Vidare finns det inget i varken Profilverdomen som HD:s avgörande i NJA 2017 s. 113 som talar om att principen om att uppsåt ska åsidosätta friskrivningsklausuler inte längre ska gälla. Inte heller uttrycks det på något sätt att det ska uteslutas att grov vårdslöshet kan väga tungt tillsammans med andra föreliggande omständigheter i det aktuella målet och därmed leda till att en friskrivningsklausul åsidosätts.

Att doktrinen understryker rådgivarens försäkringsmöjligheter i kontrast till konsumentens svårighet att teckna en fullgod försäkring tror jag kommer vara ett resonemang som utvecklas ytterligare i praxis. Framför allt då ansvarsförsäkringar verkar bli allt vanligare och mer täckande.

Som avslutning är min personliga åsikt är att en konsumentrådgivarlag hade varit att föredra för ett mer enhetligt rådgivaransvar. Däremot tror jag inte att en sådan lagstiftning hade gått att tillämpa på de vitt skilda rådgivaruppdrag som finns idag. Bara av de rättsfall som undersökts i denna uppsats ser man en stor skillnad beroende på vilken yrkeskategori rådgivaren tillhör men också vem uppdragsgivaren är. En helhetsbedömning har större möjlighet att se till exempelvis rådgivares möjligheter att teckna försäkring och konsumentens underlägsna ställning i just det fallet. En sådan bedömning utifrån samtliga omständigheter torde återspegla avtalets balans på ett mer rättvist sätt även då det skulle rörs sig om ett litet bolag som utför rådgivartjänster.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1974:83 *generalklausul i förmögenhetsrätten*

SOU 1979:36 *konsumenttjänstlag*

SOU 1981:102 *fastighetsförmedlingslag*

SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten*

SOU 1987:30 *delbetänkande av småhusköpsutredningen*

SOU 2008:6 *fastighetsmäklaren och konsumenten*

Propositioner

Prop. 1960:34 *dels angående godkännande av protokoll innebärande ändring av konvention rörande fastställande av vissa gemensamma bestämmelser i fråga om internationell luftbefordran, dels ock med förslag till lag om ändring i luftfartslagen*

Prop. 1970:20 *med förslag till ny jordabalk*

Prop. 1972:5 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.*

Prop. 1973:138 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till konsumentköplag m.m.*

Prop. 1975/76:81 *med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m. m.*

Prop. 1983/84:16 *om fastighetsmäklare*

Prop. 1983/84:92 *om avtalsvillkor mellan näringsidkare*

Prop. 1984/85:110 *om konsumenttjänstlag*

Prop. 1988/89:76 *ny köplag*

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

Prop. 1994/95:14 *ny fastighetsmäklarlag*

Prop. 2008/09:88 *ny kommissionslag*

Prop. 2010/11:15 *ny fastighetsmäklarlag*

Regelsamlingar

Advokatsamfundet - *Vägledande regler om god advokatsed*

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt 2*, 6., [uppdaterade] uppl., Juristförlaget, Lund, 2010

Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper 1: gåva, hyra av lös sak, lån, förvaring, entreprenadavtal, avtal om arbete på lös sak, sysslomansavtal och andra uppdrag*, 2. uppl., Norstedt, Stockholm, 1976

Bengtsson, Bertil, Ullman, Harald & Unger, Sven, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, Tredje upplagan, Jure, Stockholm, 2019

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, Nionde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018

Elfström, Jan & Ashton, Lars Erik, *Fel i fastighet*, 4., [omarb.] utg., Svensk byggtjänst, Stockholm, 2016

Elfström, Jan & Ashton, Lars Erik, *Konsultansvar*, 2., rev. utg., Svensk byggtjänst, Stockholm, 2012

Grauers, Folke, *Fastighetsköp*, 21., [rev.] uppl., Juristförlaget, Lund, 2016

Gullefors, Björn, *Ansvar & skadestånd: reglerna om ansvar för rådgivare, mäklare och andra konsulter*, 2. uppl., Björn Lundén information, Näsviken, 2002

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 1 Särskilda avtal*, 6., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2 Allmänna ämnen*, 6. omarb. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016

Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, Tionde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018

Karlgren, Hjalmar, *Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken*, Studentlitteratur, Stockholm, 1976

Korling, Fredric, *Rådgivningsansvar: särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning*, Jure, Diss. Stockholm: Stoc___s universitet, 2010, Stockholm, 2010

Källenius, Sten, *Entreprenadjuridik: kommentar till svenska teknologföreningens allmänna bestämmelser för entreprenader inom husbyggnads- samt väg- och vattenbyggnadsfacken*, Byggnadsindustrins förl. (distr.), Stockholm, 1960

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 9. [uppdaterade och omarb.] uppl., Iusté, Uppsala, 2016

Lehrberg, Bert, *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, Åttonde [uppdaterade] upplagan, Iusté, Uppsala, 2019

Lindsö, Åke, *Juridik för byggbranschen*, [Ny, omarb. och utök. uppl.], Svensk byggtjänst, Solna, 1996

Lundmark, Thorsten, *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd: särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom = [Exemption clauses] : [validity and scope] : [especially about exemption clauses in commercial contracts for the sale of goods]*, Iustus, Diss. Umeå : Univ.,Uppsala, 1996

Melin, Magnus, *Fastighetsmäklarlagen: en kommentar*, Fjärde upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017

Motiv AB 72: allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader AB 72 samt kontraktsformulär och anbudsformulär Svenska teknologföreningens formulär 18/72, 19/72, 20/72 och 21/72, 2. utg., utan bilagor, Sv. byggtjänst, Stockholm, 1985

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 10., omarb. och utök. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018

Samuelsson, Morten & Søgaard, Kjeld, *Rådgiveransvaret: erstatningsansvar og forsikring for professionelle rådgivere*, Forsikringshøjskolens Forlag, Rungsted Kyst, 1993

Stiegler, Anders, *Fel vid villaköp: [om besiktningsmannens och fastighetsmäklarens ansvar för fel i fastighet]*, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2000

Victorin, Anders & Hager, Richard, *Allmän fastighetsrätt*, 6., [uppdaterade och omarb.] uppl., Iustus, Uppsala, 2011

Victorin, Anders & Sundell, Jan-Olof, *Kompendium i allmän fastighetsrätt: för juristutbildningen vid Stockholms universitet*, 2., [rev.] uppl., Juristförl., Stockholm, 1996

Zacharias, Claude, *Besiktningsmannens ansvar vid överlåtelsebesiktningar*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2003

Artiklar

Asp, Peter, *Rättsvetenskap och lagstiftningsarbete*, SvJT 2002 s. 312

Bengtsson Bertil, *Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1997–2000*, SvJT 2002 s. 33

Bengtsson, Bertil, *Om skadestånd vid konsumenttjänster*, SvJT 2008 s. 262

Calissendorff, Axel, *Några reflektioner om friskrivningsklausuler*, i Edlund, Lars (red.), *Festskrift till Stefan Lindskog*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2018, s. 101 f.

Hellner, Jan, *Stulna diamanter*, *Juridisk Tidskrift*, 1998/1999, nr. 1, s. 150

Jingryd, Ola, *Fastighetsmäklaren och köpekontraktet*, *Juridisk Tidskrift*, 2015/16, nr. 3, s. 531

Kleineman, Jan, *Tekniska konsulter skadeståndsansvar för vilseledande information*, *Juridisk Tidskrift* 1994/1995, nr. 4, s. 702

Kleineman, Jan, *Vidgat rådgivaransvar?* i *Juridisk Tidskrift* 1996/1997, nr. 4, s. 997

Kleineman, Jan, *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*, i *Svensk Juristtidning*, 1998, s. 185

Kleineman, Jan, *Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans*, i *Juridisk Tidskrift*, 2001/2002, nr. 3, s. 625

Kleineman, Jan, *Professionsutövares ansvarsbegränsningar*, i Udsen, Henrik, Schans Christensen, Jan, Lau Hansen, Jesper, Iversen, Torsten & Nielsen, Lind (red.), *Festskrift til Mads Bryde Andersen*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København, 2018

Munukka, Jori, *Ansvarsbegränsningar och anspråk mot motparts kontrakt-medhjälpare* i Bratt, Stina, Chen, Kelly & Schultz, Mårten (red.), *Stockholm Centre for Commercial Law årsbok 9*, Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, Stockholm, 2018

Ramberg, Jan, *Ansvarsbegränsning – en fråga om skälighet eller praktikabilitet*, i Hellner, Jan & Nordenson, Ulf K. (red.), *Festskrift till Ulf K. Nordenson*, 1:a upplagan, Carlsson Law Network, Stockholm, 1999

Christina Ramberg, *Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*, i *Juridisk Tidskrift* 2010/2011 nr. 4, s. 918 ff.

Elektroniska källor

Elektronisk kommentar till köplagen:

Kihlman, Köplag (1990:931) 19 §, Lexino 2017-09-26

Tillgängligt på <karnov.se> via kurshemsidan (besökt 2019-03-01)

Rättsfallsförteckning

Fastighetsmäklarnämnden

FMN:s beslut 2001-11-21:2

Mäklarsamfundets Ansvarsnämnd

AN 2/86

AN 8/90

AN 12/95

Sveriges Fastighetsmäklarförbunds ansvarsnämnd

Sveriges Fastighetsmäklarförbunds ansvarsnämnd 1987-12-16 nr. 15, II

Hovrätterna

Hovrätten för Västra Sverige

Hovrätten för Västra Sverige dom 1985-06-11, RH 1986:152

Hovrätten för Västra Sverige dom 2012-03-27, RH 2012:69

Svea Hovrätt

Svea Hovrätts dom 1995-12-05, RH 1995:127

Svea Hovrätts dom 2001-05-03, mål nr. T 5600–00

Svea Hovrätts dom 2002-01-11, mål nr. T 5301–00

Svea Hovrätts dom 2011-01-08 mål nr. T 1085–11

Svea Hovrätts dom 2018-09-28 mål nr. T 7073–16

Hovrätten över Skåne och Blekinge

Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 1993-02-11 dom nr. DT 1028 mål nr. T 214/92

Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 1995-05-23, RH 1996:47

Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 1997-06-09 mål nr. T 347–95

Göta Hovrätt

Göta Hovrätts dom 1993-11-23 dom nr. DT 1066 mål nr. T 14–93

Göta Hovrätts dom 1994-05-06 dom nr. DT 2024 mål nr. T 124–93

Hovrätten för Övre Norrland

Hovrätten för Övre Norrland dom 1990-02-12, dom nr. DT 2015

Hovrätten för övre Norrland dom 1990-02-12, dom nr. DT 2015 mål nr. T 61/89

Kammarrätterna

Kammarrätten i Stockholm dom 2013-09-04 mål nr. 2015–13

Kammarrätten i Sundsvall disciplinärt prövningsförfarande dom 1992-02-17

Högsta domstolen

Prövningstillstånd

Prövningstillstånd meddelat 2015-12-03 mål nr. T 3034–15

Prövningstillstånd meddelat 2018-05-09 mål nr. T 2841–18

Nytt Juridiskt Arkiv

NJA 1951 s. 138

NJA 1954 s. 573

NJA 1959 s. 280

NJA 1966 s. 70

NJA 1975 s. 545

NJA 1978 s. 432

NJA 1979 s. 483

NJA 1980 s. 555

NJA 1981 s. 400

NJA 1981 s. 1091

NJA 1985 s. 274

NJA 1985 s. 871

NJA 1986 s. 61

NJA 1986 s. 670

NJA 1987 s. 692

NJA 1988 s. 230

NJA 1989 s. 346

NJA 1990 s. 24

NJA 1992 s. 130

NJA 1992 s. 243

NJA 1992 s. 502

NJA 1994 s. 532

NJA 1995 s. 693

NJA 1996 s. 118

NJA 1997 s. 65
NJÄ 1997 s. 127 I
NJÄ 1997 s. 127 II
NJÄ 1998 s. 390
NJÄ 1999 s. 408
NJÄ 1999 s. 629
NJÄ 2001 s. 269
NJÄ 2001 s. 878
NJÄ 2007 s. 86
NJÄ 2007 s. 962
NJÄ 2008 s. 733
NJÄ 2009 s. 672
NJÄ 2011 s. 600
NJÄ 2014 s. 272
NJÄ 2016 s. 237
NJÄ 2017 s. 113
NJÄ 2018 s. 414

Skiljedomar:

Skiljedomen ProfilGruppen AB ./. KPMG Bohlins AB, Datum för skiljedom:
2010-12-22 tillgänglig genom resning till Svea Hovrätt- dom 2011-01-08 mål nr. T
1085-11