



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Nils Fagrenius

Fel- eller undersökningsmetoden vid
tillämpning av JB 4 kap 19§ ?

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Thed Adelswärd

Fastighetsrätt

Termin 9

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| INNEHÅLL | 2 |
| SAMMANFATTNING | 1 |
| FÖRKORTNINGAR | 3 |
| 1.INLEDNING | 4 |
| 2.KORT HISTORIK | 8 |
| 2.1.Allmänt om rättsläget före nuvarande JB | 8 |
| 2.2.Fel- och relevansbedömningen | 8 |
| 3.ALLMÄNT OM FEL I FASTIGHET | 10 |
| 3.1.Felansvaret och påföljderna enligt JB 4 kap 11 och 12 §§ | 10 |
| 3.2.Felansvaret och påföljderna enligt JB 4 kap 19 § | 10 |
| 3.3.Reklamation, preskription och näringsidkares ansvar | 14 |
| 4.FEL- OCH UNDERSÖKNINGSMETODERNA | 16 |
| 4.1.Beskrivning av metoderna | 16 |
| 4.2.Processrätt | 18 |
| 5.VAD SOM TALAR FÖR FELMETODEN OCH EMOT UNDERSÖKNINGSMETODEN | 20 |
| 5.1.Grauers | 20 |
| 5.1.1.Felmetodens förenlighet med gällande rätt | 20 |
| 5.1.2.Ändamålsenligheten | 21 |
| 5.2.Övrig doktrin | 22 |
| 5.3.Praxis | 24 |
| 5.3.1.HD-fall | 25 |
| 5.3.2.Hovrättspraxis | 29 |
| 5.4.Två remissinstanser inför de senaste ändringarna av JB 4 kap 19 § | 30 |
| 6.VAD SOM TALAR FÖR UNDERSÖKNINGSMETODEN OCH EMOT FELMETODEN | 33 |
| 6.1.Olsen / Victorin | 33 |

| | |
|---|-----------|
| 6.1.1.Tolkningen av rådande rättsläge | 33 |
| 6.1.2.Ändamålsenligheten | 35 |
| 6.2.Övrig doktrin | 35 |
| 6.3.Praxis | 37 |
| 6.3.1.HD-praxis | 37 |
| 6.3.2.Ett hovrättsfall | 41 |
| 6.4.Förarbeten | 41 |
| 7.YTTERLIGARE OM DE BÅDA METODERNA | 44 |
| 7.1.Anmärkningar emot det som talar för undersökningsmetoden | 44 |
| 7.1.1.Grauers´ bemötande av Olsen / Victorin | 44 |
| 7.1.2.Övriga anmärkningar | 45 |
| 7.2.Ytterligare emot felmetoden | 48 |
| 7.3.Ett tredje synsätt | 48 |
| 7.4.Ett svårtolkat hovrättsfall | 51 |
| 7.5.Förhållandet mellan olika rättskällor etc | 52 |
| 8.SLUTSATSER | 54 |
| 8.1.Metodernas förenlighet med gällande rätt | 55 |
| 8.2.Ändamålsenligheten | 57 |
| SLUTORD | 62 |
| LITTERATURFÖRTECKNING | 63 |
| OFFENTLIGT TRYCK | 64 |
| RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 65 |

Sammanfattning

För att kunna göra gällande felansvar enligt JB 4 kap 19 § krävs det att avvikelse föreligger från vad som får anses utfäst eller från vad köparen med fog kunde förutsätta samt att felet inte borde ha upptäckts. Förutom dessa två moment, att avvikelse ska föreligga och att undersökningsplikten ska vara uppfylld, aktualiserar en prövning enligt JB 4 kap 19 § emellanåt ytterligare tre frågor; har reklamation meddelats i rätt tid och på rätt sätt, har preskription inträtt samt föreligger friskrivning som fritar säljaren från ansvar ?

Detta examensarbete handlar om i vilken ordning man ska pröva dessa olika moment. Enligt den metod som jag kallar felmetoden börjar man med vad som benämns felbedömningen och därefter följer den s k relevansbedömningen. Vid felbedömningen tar man ställning till om avvikelse föreligger enligt JB 4 kap 19 § 1 st. Om avvikelse anses vara för handen föreligger fel och därmed blir det nödvändigt att göra en relevansbedömning, varvid man prövar huruvida felet var upptäckbart och övriga moment. Den metod som i mitt arbete kallas undersökningsmetoden innebär istället att man först prövar om ett omtvistat förhållande var upptäckbart. Anses så inte vara fallet, prövar man sedan övriga moment och däribland om avvikelse föreligger enligt JB 4 kap 19 § 1 st.

Mitt arbete har, vilket framgår av inledningen, två huvudsakliga syften; att utreda dels om både fel- och undersökningsmetoderna är förenliga med gällande rätt och dels vilken av metoderna som är mest ändamålsenlig att arbeta med.

Uppsatsen går till stor del ut på att jag låter källorna tala. Rättskällorna är splittrade och i doktrinen finns det gott om argument för och emot respektive metod. Arbetets centrala kapitel är kapitel 5 och 6. I kapitel 5 redovisas vad som talar för felmetoden och emot undersökningsmetoden och i det sjätte kapitlet vad som talar för undersökningsmetoden och emot felmetoden. Först i det åttonde och avslutande kapitlet anger jag uttryckligen min syn på de behandlade frågorna. Där ger jag uttryck för den bestämda åsikten att båda metoderna är förenliga med gällande rätt och att felmetoden är den mest ändamålsenliga att använda.

Förutom de mest centrala kapitlen 5 och 6 ska jag kort sammanfatta de andra kapitlens innehåll. Det första kapitlet beskriver vad man behöver känna till beträffande det rättsläge som förelåg före nuvarande JB:s införande, medan det tredje behandlar rådande rättsläge. Det fjärde kapitlet beskriver de båda behandlade metoderna och tar itu med vissa processrättsliga frågor. Ett kapitel som är i det närmaste lika omfattande som det femte och sjätte är det sjunde. Där redovisas visst ytterligare material som har bedömts lämpligt att beröra för helhetens skull, bl a vissa

kompletterande argument för och emot respektive metod, ett tredje synsätt och till sist vilken betydelse man ska tillmäta olika rättskällor.

Förkortningar

| | |
|--------|-----------------------------------|
| A a, s | Anfört arbete, sidan |
| Avd | Avdelning |
| A u, s | Anförd utredning, sidan |
| HD | Högsta domstolen |
| HovR:n | Hovrätten |
| JB | Jordabalken |
| JT | Juridisk Tidskrift |
| LU | Lagutskottet |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv, avdelning 1 |
| Prop | Proposition |
| RH | Rättsfall från hovrätterna |
| SvJt | Svensk Juristtidning |
| TR:n | Tingsrätten |
| Uppl | Upplaga |
| ÄJB | Äldre Jordabalken |

1. Inledning

Detta examensarbete behandlar vilken metod man ska eller bör använda vid tillämpning av JB 4 kap 19 §. Detta lagrum är utan tvekan det mest centrala vad gäller fel i fastighet. För felansvar krävs det i korthet att en avvikelse föreligger från den standard som en köpare har rätt att kräva enligt paragrafens 1 st. Av samma paragrafs 2 st följer dock att man inte med framgång kan hävda felansvar om det förhållande man klagat på borde ha upptäckts vid en tillräckligt noggrann undersökning. Ofta uttrycks detta så att köparen har en undersökningsplikt. Därutöver måste flera ytterligare rekvisit vara uppfyllda, men för frågan vilken metod som ska eller bör användas är det uteslutande standardavvikelse och undersökningsplikt enligt JB 4 kap 19 § som är av intresse¹.

De båda metoderna handlar om i vilken ordning man ska bedöma olika moment. Den ena metoden, som i detta arbete kallas felmetoden, innebär att man först tar ställning till frågan om avvikelse enligt JB 4 kap 19 § 1 st föreligger. Besvaras frågan jakande, säger man att fel föreligger, vilket innebär att man går över till den sk relevansbedömningen. Vid denna bedömning tar man ställning till övriga rekvisit, varvid normalt undersökningsplikten aktualiseras. Enligt undersökningsmetoden bedömer man istället först om ett omtvistat förhållande borde ha upptäckts. Först därefter bedömer man om avvikelse föreligger².

Den som är bekant med det i detta arbete behandlade ämnet reagerar måhända på terminologin i stycket ovan. Grauers och de flesta andra kallar felmetoden för tvåstegsmetoden eller tvåstegsmodellen. Fram till för en kort tid sedan fanns det dock inte någon benämning på den metod som här kallas undersökningsmetoden, utan man benämnde den t ex den andra eller den alternativa metoden / modellen³. I en färsk avhandling betecknas den däremot som undersökningspliktmodellen. Denna beteckning ger på ett bra sätt en beskrivning av vad metoden går ut på. Dessvärre är dock ordet väl omständligt och långt. Därför har jag istället valt det något kortare beteckningen undersökningsmetoden. Att jag betecknar felmetoden som jag gör beror på att jag anser att den beteckningen tydligare åskådliggör skillnaden mellan metoderna. Ett annat viktigt skäl till att jag inte använder samma terminologi som t ex Grauers är att det kan uppfattas som att jag från början tar ställning för den av honom förfäktade metoden, i synnerhet som författaren kallar undersökningsmetoden för den alternativa metoden /

¹ Grauers, Folke, Fastighetsköp, 14 uppl, Lund 1998, s 179 ff och Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1 häftet, Särskilda avtal, 3 uppl, Stockholm 1996, s 53.

² Elfström, Jan, Fel i fastighet, 2 uppl, Stockholm 1996, s 230 f och Grauers, 1998, a a, s 125 ff.

³ Se Grauers, 1998, a a, s 127 Grauers, Folke, Fel i fastighet – fel eller rätt metod? i JT 1991/92, s 785.

modellen, vilket antyder att felmetoden är huvudmetoden som man normalt tillämpar.

Syftet med detta arbete är att försöka besvara följande två frågor: Är både fel- och undersökningsmetoderna förenliga med gällande rätt? Vilken metod är den mest ändamålsenliga att arbeta med? Den första frågan handlar om huruvida relevanta rättskällor avvisat någon av metoderna på ett sådant sätt att den inte får tillämpas. Den andra frågan syftar till att utreda vilken metod som medför största möjliga chans att leda till ett riktigt materiellt resultat. Vad jag försöker klarlägga är vilken metod som är enklast att arbeta med om man vill undvika att lägga för lite vikt vid eller rent av förbise ett viktigt moment. Den andra frågan kan verka beroende av att den första besvaras jakande. Så är dock inte fallet. Den enda skillnaden är att vid jakande svar på första frågan aktualiseras en diskussion *de lege lata*, medan diskussionen vid nekande svar förs *de lege ferenda*.

Vilken eller vilka metod/er som är förenlig/a med gällande rätt är det väl självklart värdefullt att försöka bringa klarhet i. Inte minst gäller detta eftersom tveksamhet finns på flera håll inom litteraturen⁴, vilket är olyckligt, då diskussionen tar sin utgångspunkt i en av civilrättens mest centrala bestämmelser.

Jag har förståelse för om läsarens första intryck är att den andra frågan syftar till att utreda något som närmast framstår som en tvist om påvens skägg. Beaktar man tvisternas komplexitet, som det väldiga antalet rättsfallshänvisningar under JB 4 kap 19 § vittnar om, förstår man dock att det kan vara särskilt viktigt att klargöra vilken metod som är den enklast möjliga att arbeta med. På denna punkt synes jag få medhåll från samtliga de författare som diskuterar metodproblematiken. Mycket pekar också på att många tvister har hamnat i domstol helt i onödan, bara för att ett ombud har förbisett eller för lite uppmärksammat något moment. I rättstillämpningen finns det, vilket framgår av detta arbete, gott om exempel på otydlighet och begreppsförvirring.

Som källa till detta arbete är den debatt i JT som ägde rum på början av 1990-talet mellan Olsen och Victorin å den ena och Grauers å den andra sidan särskilt intressant⁵. Även andra författare framför dock åsikter av intresse. Vissa, närmare bestämt Elfström och Kihlman, beskriver uttryckligen de båda metoderna och diskuterar för och emot dem⁶. Utan att nämna själva begreppen finns det dock flera ytterligare författare som mer eller mindre direkt berör metodproblematiken. Viktiga författarnamn är här

⁴ Se t ex Elfström, a a, s 222 ff, Grauers 1998, a a, s 125 ff och Olsen, Lena, Victorin, Anders, Recension av Folke Grauers' Fastighetsköp, 12 uppl 1991 i JT 199/92, s 355 ff.

⁵ JT 1991/92, s 355 ff och 783 ff.

⁶ Elfström, a a, s 222 ff och Kihlman, Jon, FEL. Särskilt vid köp av lös och fast egendom, Stockholm 1999, s 171 ff.

t ex Carbell och Rodhe⁷.

Naturligt nog bygger litteraturen sin analys på lagtext, praxis och förarbeten. Det gör även jag. Beträffande praxis refererar jag dels till samtliga de fall som anförts i litteraturen och dels till vissa andra NJA- och RH-fall som jag funnit relevanta. Det vanliga med rättspraxis är att den måste tolkas. Så är även fallet beträffande den praxis som är av intresse för detta arbete. Därför redovisar jag i anslutning till rättsfallen även hur de tolkats i doktrinen.

Flera uttalanden i förarbetena har återopas i litteraturen och även i ett antal rättsfall. Detta arbete behandlar också dessa uttalanden och hur de har tolkats på olika håll. Mest intressanta är prop 1970:20 A och prop 1989/90:77. Beträffande den senare av de två propositionerna är även den reaktion som man där kan utläsa från remissinstansernas sida av intresse. Även SOU 1987:30, som föregick prop 1989/90:77, berörs.

Detta arbete innehåller sex kapitel förutom inledning och slutsatser. Det andra kapitlet redogör kortfattat för viss historik som är nödvändig för den fortsatta utredningen. Kapitel 3 behandlar tämligen komprimerat vad som krävs för att en säljare ska kunna göras ansvarig för fel i fastighet. I kapitlet berörs även vilka påföljder som kan göras gällande och kort vissa andra paragrafer som har ett samband med JB 4 kap 19 §. Kapitlet därefter beskriver fel- och undersökningsmetoderna och deras förhållande till processrätten.

De två huvudkapitlen är kapitel 5 och 6. Kapitel 5 återger, som rubriken antyder, det som kan anses tala för felmetoden och emot undersökningsmetoden, medan det rakt motsatta gäller det sjätte kapitlet. De båda kapitlen bygger i huvudsak på samma disposition. Först behandlas befintlig litteratur. Därefter följer i nämnd ordning en redogörelse av praxis och förarbeten. Båda kapitlen syftar till att ge en relativt heltäckande bild av vad som kan utläsas av källorna för och emot respektive metod.

Det sjunde kapitlet är vad man skulle kunna kalla ett uppsamlingskapitel. Där görs vissa ytterligare anmärkningar beträffande metoderna. Därutöver har jag dock ansett det nödvändigt att för fullständighetens skull lyfta fram ett tredje synsätt som klart avviker från både fel- och undersökningsmetoden. Som framgår av denna uppsats är de olika rättskällorna inte helt samstämmiga och därför avslutas det sjunde kapitlet med en redogörelse för olika rättskällors tyngd och inbördes förhållande till varandra. Denna redogörelse bygger på Pezzeniks behandling av dessa frågor⁸.

⁷Rodhe, Knut, Obligationsrätt, Lund 1956 och Carbell, Leif, Felbegreppet och undersökningsplikten enligt 4:19 JB i Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984.

⁸ Pezzenik, Aleksander, Juridikens teori och metod, uppl 1:1, Stockholm 1995, s 35 ff.

Även om min uppfattning om svaret på de två frågorna möjligen kan ans på vissa ställen i detta arbete, ger jag inte mitt definitiva svar på de ovan ställda frågorna förrän i det åttonde kapitlets slutsatser. Kapitel 8 inleds med att jag kort sammanfattar vad som framkommit hittills i uppsatsen och återupprepar kärnan i de olika argument som framskyntat för och emot både metodernas förenlighet med gällande rätt och deras ändamålsenlighet. Därefter ger jag min syn på dessa arguments giltighet och tyngd, vilket slutligen leder fram till att jag besvarar frågeställningarna.

I det avslutande kapitlet berörs inget nytt material och det är huvudsakligen i det kapitlet mina egna tankar redovisas. Från kapitel 2 till 6 är det mest källorna som talar, men på talrika ställen förekommer det i dessa kapitel att jag själv tolkar olika uttalanden. Dessutom görs även vissa egna uttalanden, vilka har begränsad koppling till källorna, i kapitel 2 till 6. Det sjunde kapitlet bygger även det till stor del på andra källor, men där förekommer fler egna reflektioner, vilket har bedömts lämpligt för att få ett bättre flyt i det sista kapitlet.

Till sist i denna inledning vill jag påpeka att det råder oenighet om flera frågor rörande JB 4 kap 19 §. Bland alla dessa frågor har jag valt att utreda fel- och undersökningsmetodernas förenlighet med rådande rättsläge och deras ändamålsenlighet. Mycket annat av det som är oklart finns det dock inte utrymme att grundligt utreda i denna uppsats. Detta problem löser jag i ett par fall genom att helt enkelt ta en av två ståndpunkter som utgångspunkt för den fortsatta behandlingen. Det förfarandet innebär dock inte att jag tar definitiv ställning för endera åsikten.

2.Kort historik

Skillnaden mellan nuvarande rättsläge och det som gällde innan 1970 är stor, men som kommer framgå av detta arbete är det till god hjälp att ha en grundläggande förståelse. Detta gäller inte minst beträffande undersökningsplikten och metodvalet.

2.1.Allmänt om rättsläget före nuvarande JB

Innan JB:s ikraftträdande var felansvaret vid fastighetsköpet ytterst begränsat. Enligt ÄJB fanns ingen lagregel som en köpare direkt kunde åberopa. Den enda möjligheten att göra gällande fel var om ett missförhållande innebar en avvikelse från en utfästelse. Denna utfästelse måste enligt det då gällande stränga formkravet dessutom vara intagen i köpehandlingen. En säljare var dock även ansvarig enligt 3 kap Avtalslagen, förutsättningsläran och andra avtalsrättsliga ogiltighetsregler. På vissa håll menade man att en uppmjukning från det hårda formkravet skedde de sista åren innan 1970 och att rättsläget även i övrigt blev mer gynnsamt för köparen. I vart fall i någon mån torde dessa iakttagelser vara riktiga. Det fanns bl a en upplysningsplikt som gick åtminstone något längre än vad som följde av den allmänna avtalsrätten.

I vilket fall som helst innebar JB:s införande en kraftig förändring till köparens fördel. Undersökningsplikt talade man även om enligt äldre rätt. Denna gick inte ut på att köparen var förpliktad att undersöka fastigheten⁹, som uttrycket antyder, utan snarare att det var klokt av denne att noggrant undersöka fastigheten innan köpet, eftersom han bar risken för alla fastighetens brister¹⁰.

2.2.Fel- och relevansbedömningen

Det var Knut Rodhe som 1956 banade vägen för felmetoden. I den första upplagan av dennes Obligationsrätt introduceras nämligen en systematik som går ut på att man skiljer mellan fel- och relevansbedömning. Vid felbedömningen prövar man om det i en tvist på någon grund föreligger en avvikelse från vad köparen har rätt att kräva. Om en sådan avvikelse är för handen säger man att fel föreligger.

Även om fel föreligger innebär det dock inte alltid att köparen kan göra några påföljder gällande. Vad parterna på båda sidor kände till eller borde ha känt till kan innebära att felet inte kan åberopas. Här kommer bl a undersökningsplikten in. Likaså kan en friskrivningsklausul innebära att

⁹ Inte heller idag är köparen i egentlig mening förpliktad att undersöka fastigheten. Se nedan kapitel 3.2.

¹⁰ Karlgren, Hjalmar, Felansvaret vid fastighetsköp enligt Jordabalken, Lund 1976, s 7 ff och 21.

påföljder inte kan göras gällande. Vid dessa och vissa andra förhållanden sägs felet inte vara relevant och när de här redogjorda omständigheternas betydelse avgörs genomför man följaktligen en relevansbedömning. Enligt författarens systematik krävs dock förutom att fel ska föreligga samt att det ska vara relevant, att reklamation skett på rätt sätt och inom rätt tid.

Något annat nödvändigt krav förutom de som följer av relevansbedömningen nämner inte Rodhe. Boken behandlar allmän obligationsrätt och därför nämns även en del annat som kan påverka relevansbedömningen som är av mindre intresse för denna uppsats, t ex om avhjälpande har skett¹¹. Denna påföljd finns nämligen inte i JB, även om det i princip är fritt fram att avtala om en sådan påföljd¹².

¹¹ Rodhe, a a, s 214, 216 och 267 ff. Se nedan kapitel 4.1 angående denna systematiks samband med felmetoden.

¹² Se nedan kapitel 3.3.

3. Allmänt om fel i fastighet

Denna uppsats behandlar uteslutande ansvaret för fel enligt JB 4 kap 19 §. Innan jag närmare analyserar det lagrummet anser jag det dock lämpligt att kort beskriva dess samband med vissa andra paragrafer. Detta kapitel behandlar därför förutom förutsättningarna för felansvar enligt JB 4 kap 19 § samma kapitel 11 och 12 §§. Vidare redogör jag för de påföljder som kan aktualiseras samt de reklamations- och preskriptionsfrister som gäller. Något sägs även om förhållandet mellan näringsidkare och konsument.

3.1. Felansvaret och påföljderna enligt JB 4 kap 11 och 12 §§

Felansvaret enligt JB regleras i 4 kap 11, 12 och 19 §§. 11 § 1 st stadgar en riskfördelning för det fallet att fastigheten skadas eller försämras efter köpet, t ex p g a brand. Om det sker medan säljaren fortfarande har fastigheten i sin besittning, är det han som bär ansvaret. Detta gäller dock inte om besittningen beror på att köparen är i dröjsmål med tillträdet. Regleringen innebär att fel föreligger om något händer i tiden mellan köpet och tillträdet. Även 12 § handlar om ansvaret för skada eller försämring som uppstått efter köpet. Bestämmelsen innebär att säljaren är ansvarig för sådana skador även om de uppstår efter tillträdet om de är en följd av säljarens vanvård eller vållande.

Påföljden som ett fel enligt 4 kap 11 § leder till enligt dess 2 st är normalt prisavdrag¹³. Är felet av väsentlig betydelse har köparen även rätt till hävning. De båda påföljderna återfinns också i 4 kap 12 §. Talan om hävning måste enligt båda paragraferna väckas inom ett år. Vad gäller 12 § kan dock talan väckas senare om säljaren ”handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder”. Vid fel enligt 12 § kan även skadestånd aktualiseras¹⁴.

3.2. Felansvaret och påföljderna enligt JB 4 kap 19 §

Den utan tvekan centrala bestämmelsen vad gäller fel i fastighet återfinns i JB 4 kap 19 §. Av paragrafens 1 st 1 men följer enligt en stor del av doktrinen en indelning i konkreta och abstrakta fel. Konkreta fel är avvikelser från vad som ”följer av avtalet”. Abstrakta fel är standardavvikelser från ”vad man med fog kunnat förutsätta” som kan göras

¹³ Lagtexten använder istället det äldre uttrycket “avdrag på köpeskillingen”. I linje med den moderna terminologin använder jag dock uttrycket prisavdrag. Jfr KöpL 30 §.

¹⁴ Hellner, a a, s 51.

gällande oberoende av om de följer av avtalet¹⁵. I fortsättningen utgår jag från att lagtexten ger uttryck för en indelning i konkreta och abstrakta fel. För felansvar förutsätts det att fel föreligger vid köpetillfället. Uppkommer en defekt därefter svarar säljaren inte för den och inte heller är han ansvarig för följdskador till ett fel¹⁶.

Lagtexten ger ingen närmare beskrivning av vad som är ett abstrakt fel enligt JB 4 kap 19 §. Paragrafen behandlar främst fysiska avvikelser, men den fungerar också, i vart fall i viss utsträckning, som en uppsamlingsregel för avvikelser som inte omfattas av reglerna om rättsliga fel och rådighetsfel enligt 4 kap 16 och 17 respektive 18 §§¹⁷. I praxis finns det gott om exempel på faktiska fel. Vanligast i NJA är fukt- och mögelproblem. Även installationsfel är vanliga. Andra exempel på fel är angrepp av skadedjur, trafikstörningar, radonförekomst och bristfälliga markförhållanden¹⁸.

Det ska understrykas att fel föreligger endast om en defekt innebär en avvikelse från vad man med fog kunnat förutsätta. Varje brist utgör inte fel. Starkt förenklat innebär detta att man inte kan åberopa t ex en fuktskada som får anses normal för en fastighet av det i fallet aktuella slaget. Givetvis kan därför en köpare av en bostadsfastighet kräva mer om han förvärvar en fastighet med ett helt nytt hus än om han förvärvar en med ett äldre hus. Vad som förekommit vid köpet kan också påverka vad man har rätt att förutsätta. Om fel föreligger är ofta svårt att fastställa och får avgöras från fall till fall. Man torde därvid kunna dra vissa försiktiga analogier till Köplagen 17 §¹⁹.

För att en avvikelse ska kunna göras gällande som fel kräver JB 4 kap 19 § 2 st att köparen fullgjort sin undersökningsplikt. Var en avvikelse upptäckbar kan en köpare inte göra några påföljder gällande. Undersökningsplikten är som nämnts ett sätt att fördela risken mellan köpare och säljare. Även om gällande rätt ålägger säljaren ett i jämförelse med tidigare rättsläge långtgående ansvar, anses fortfarande utgångspunkten vara att ”köparen må akta sig” (cavaet emptor). Att så är fallet följer, förutom av att många defekter inte faller under JB 4 kap 19 § 1 st, till stor del av undersökningsplikten, som inte är obetydlig. Var gränsen för om en avvikelse är upptäckbar går får, i likhet med vad som gäller för rekvisitet ”med fog kunnat förutsätta”, avgöras från fall till fall. Gränsen är, också i likhet med nämnda rekvisit, mycket svår att fastställa, vilket inte minst de senaste decenniernas många rättsfall visar.

¹⁵ Se t ex Elfström, a a, s 222 f, Grauers, 1998, a a, s 130 ff och Lind, Johan, Fel i fastighet i Festskrift till Ulf K Nordenson, uppl 1:1, Stockholm 1999, s 278. Jfr dock Lagrådet i prop 1989/90, s 75 och Olsen, Lena / Victorin, Anders, Recension av Folke Grauers’ Fastighetsköp, 12 uppl, 1991 i JT 1991/92 s 357.

¹⁶ Grauers, 1998, a a, s 185.

¹⁷ Grauers, 1998, a a, s 218 f samt NJA 1980 s 398 och NJA 1981 s 894. Båda fallen berörde planbeslut.

¹⁸ Se t ex NJA 1984 s 3, 1988 s 3, 1978 s 307, 1985 s 871, 1976 s 217, 1981 s 894, 1986 s 670 I och II, 1989 s 117 samt Elfström a a, s 11 f.

¹⁹ Grauers, 1998, a a, s 183 ff och Hellner, a a, s 54 ff.

Vissa tumregler förtjänar dock uppmärksamhet. I prop 1989/90:77 sägs det att det normalt räcker med en ”normalt erfaren och på området bevandrad köparens undersökning”²⁰. Denna formulering ska dock tolkas mycket försiktigt. För det första kan man fråga sig hur många fastighetsköpare som har någon erfarenhet att tala om och för det andra har det i praxis t o m hänt att en avvikelse ansetts upptäckbar trots att en sakkunnig utfört besiktning på köparens uppdrag²¹. Av lagtexten framgår det att fastighetens skick och vad man kan förvänta sig av fastigheten med hänsyn till med den jämförliga fastigheter har betydelse. Detta innebär bl a att om det finns en byggnad på fastigheten är undersökningsplikten omfattning beroende av byggnadens ålder. Ju äldre byggnaden är desto större är undersökningsplikten, medan den är mindre om byggnaden är yngre²².

Grauers talar om reducerad, normal och utökad undersökningsplikt. Normal undersökningsplikt innebär enligt författaren att man måste genomföra en tämligen noggrann besiktning, krypa in i kryputrymmen etc, men i princip ska man klara sig utan professionell hjälp. Är plikten utökad måste däremot en sakkunnig i regel anlitas. Då kan det dessutom ofta krävas t ex att man bryter upp golv, tak och väggar eller gräver för att kontrollera dräneringen eller en brunn, vilket inte är nödvändigt under normala förhållanden. Utökad undersökningsplikt föreligger framför allt om felsymtom föreligger eller om säljaren gett varnande besked. Reducerad undersökningsplikt innebär att en viss avvikelse som normalt betraktas som upptäckbar inte omfattas av undersökningsplikt i ett konkret fall. Reduceringen föranleds vanligen av säljarens beteende²³. Det ska påpekas att undersökningsplikten även gäller vid konkreta fel²⁴, men den praktiska betydelsen av det är såvitt man kan förstå nära nog obefintlig²⁵.

Föreligger det någon upplysningsplikt? Grauers menar, med stöd i förarbetena till 1990 års ändringar²⁶, att en generell sådan inte finns. Hellner antar däremot, med hänvisning till NJA 1961 s 137 och 1981 s 815, att säljaren har en viss upplysningsplikt. Detta skulle enligt författaren dessutom följa av att köparen erhåller skadestånd om ett fel eller en förlust beror på att säljaren varit försumlig och därför måste köparen även ha möjligheten att kräva prisavdrag i dessa fall. Grauers menar att äldre praxis som gäller upplysningsplikt är ointressant idag och tolkar 1981 s 815 annorlunda²⁷. Hellners andra argument har jag svårt att förstå. Vad 4 kap 19 § 1 st 2 men säger är ju att om man funnit att ett dolt fel föreligger, så kan

²⁰ NJA 1998 s 407.

²¹ Elfström, a a, s 298 f och Hellner, a a, s 57.

²² Hellner, a a, s 56 f, Grauers, 1998, a a, s 191f och NJA 1985 s 871.

²³ Grauers, 1998, a a, s 191 ff.

²⁴ Grauers, 1998, a a, s 126.

²⁵ I RH 1994:136 där man fann att avvikelse från vad som fick anses följa av avtalet förelåg fördes dock en inte helt kort diskussion om undersökningsplikten var uppfylld.

²⁶ Prop 1989/90:77, s 61.

²⁷ Grauers, 1998, a a, s 190 och Hellner a a, s 59. Emot den generella upplysningsplikten kan även LU 1989/90:36, s 7 och Lind, a a, s 273 anföras.

skadestånd utdömas om säljaren varit försumlig²⁸. Det är enligt min mening svårt att i lagrummet hitta någon antydning om att försumlighet, t ex underlåtenhet att lämna upplysning, skulle ha någon betydelse vid själva felbedömningen.

En ytterligare förutsättning för att en köpare ska kunna göra fel gällande är att det inte finns någon friskrivningsklausul i köpekontraktet. En friskrivning kan ha olika innebörd, men vanligast torde vara att man friskriver sig från felansvar överhuvudtaget, vilket innebär att även om ett dolt fel i och för sig föreligger, är säljaren fri från ansvar. Det krävs dock att friskrivningsklausulen är klar och tydlig. Den får inte vara alltför allmänt hållen. Både Hellner och Grauers tar upp att svek och avtalslagrens 36 §²⁹ kan innebära åsidosättande eller jämkning av en friskrivningsklausul.

Vidare är de båda författarna här överens om att underlåtenhet att lämna upplysning om kända brister kan innebära att man bortser från en friskrivning. Det är viktigt att påpeka att Grauers' syn på upplysningsplikten vid tvist om en friskrivnings giltighet inte står i strid med dennes syn på vad han kallar den generella upplysningsplikten. Huruvida Grauers och Hellner menar att det finns en särskild fastighetsrättslig regel om upplysningsplikt, eller om denna plikt följer av avtalsrättens allmänna ogiltighetsregler, framgår inte klart³⁰. Ingen av författarna tar upp några av de andra ogiltighetsreglerna som finns i den allmänna avtalsrätten, t ex de som följer av avtalslagens tredje kapitel och förutsättningsläran. Självklart är dock dessa relevanta även vid fastighetsköp³¹.

Påföljderna som kan göras gällande enligt 4 kap 19 § 1 st 1 men är prisavdrag och hävning. Hänvisningen till samma kapitel 12 § innebär att hävning bara får ske vid ett väsentligt fel, och om de i lagrummet nämnda tidsfristerna iakttas. Vid beräkning av prisavdrag används enligt JB 4 kap 19 c § den s k proportionella metoden som går ut på att säljaren får betala den minskning i marknadsvärdet som felet innebar vid tillträdet. I praktiken gör dock ofta domstolen en skönsmässig bedömning som i allmänhet tar sin utgångspunkt i reparationskostnaderna. Det händer dock att prisavdraget inte är stort nog för att täcka kostnaderna. Då kan köparen i vissa fall kräva skadestånd. Sådant utgår enligt 4 kap 19 § 1 st 2 men, dels om säljaren varit försumlig och dels i de s k utfästelsefallen. Utfästelsefallen innefattar såväl uttryckliga som underförstådda utfästelser. Därutöver finns ett begränsat men omdebatterat ansvar vid avsaknad av en s k "kärnegenskap"³². Det ska även tilläggas att parterna kan avtala om andra påföljder än de som följer av lagstiftningen³³.

²⁸ Se nedan.

²⁹ Beträffande denna paragraf; se nedan kapitel 3.3.

³⁰ Grauers, 1998, a a, s 190 f, 209 ff och Hellner, a a, s 60 f.

³¹ Jfr Karlgren, a a, s 8 ff; i synnerhet s 11.

³² Se NJA 1978 s 307 och 1989 s 117.

³³ Hellner a a, s 62 ff.

3.3.Reklamation, preskription och näringsidkares ansvar

Föreligger dolt fel och finns det ingen friskrivningsklausul, återstår det ytterligare två förutsättningar för att köparen framgångsrikt ska kunna göra påföljder gällande. Den ena är att köparen reklamerat i enlighet med JB 4 kap 19 a § och den andra att preskription inte föreligger enligt 4 kap 19 b §.

Reklamation ska enligt 4 kap 19 a § 1 st ske ”inom skälig tid”. Detta torde inte innebära att man omgående måste vända sig till säljaren när man upptäckt ett fel. Tiden mellan upptäckten och reklamationen borde i många fall få vara så lång att en okunnig fastighetsinnehavare hinner anlita en sakkunnig som kan fastställa om den upptäckta bristen, t ex en vattenläcka, är sådan att det är någon mening att rikta krav mot den förra ägaren. I vissa fall kan det tänkas att en reklamation skett samma dag som ett fel upptäckts, men trots det är för sen. Så är fallet om felet *borde* ha upptäckts tidigare. Om säljaren handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder kan han inte freda sig med 4 kap 19 a § 1 st. Detta följer av samma paragrafs 2 st.

I svensk rätt är den vanliga preskriptionsfristen tio år (se preskriptionslagen 2 §) och att det gäller även vid fastighetsköp erinrar 4 kap 19 b § om. Lagrummet stadgar också att fristen börjar löpa från tillträdet³⁴.

Det vanligaste torde vara att en fastighetstvist föreligger mellan två privatpersoner, men i vissa fall, oftast när ett byggföretag sålt ett hus, händer det att tvist uppkommer mellan en näringsidkare och en privatperson. För dessa fall stadgar JB 4 kap 19 d § att 4 kap 11 – 19c §§ är tvingande till köparens fördel. Detta innebär bl a att säljaren inte kan han freda sig med en friskrivningsklausul om han är näringsidkare, eller avtala om mindre förmånliga påföljder³⁵.

Sammanfattningsvis ska följande omständigheter vara för handen för att få en säljare ansvarig enligt JB 4 kap 19 §.

- 1.En avvikelse
 - a.från vad som följer av avtalet, eller
 - b.från vad man annars ”med fog kunnat förutsätta” föreligger.
- 2.Köparen borde inte ha upptäckt avvikelsen vid en tillräcklig undersökning.
- 3.Reklamation har skett i tid.

³⁴ Grauers, 1998, a a, s 105 f och 145 f samt Hellner a a, s 61 f. Det rättspolitiska motivet till att en säljare ska behöva vänta i tio långa år innan han kan andas ut, medan han bara behöver vänta i två år om det handlar om en lös egendom (se köplagen 32 § 2 st), finns det enligt min mening anledning att fundera över. Inför ändringarna 1990 föreslogs det att köparen bara skulle få tre år på sig. Det förslaget fanns med hela vägen från SOU:n t o m lagrådsremissen, men till slut fastnade man likväl för en tioårsfrist, utan någon egentlig motivering. Syftet med ändringarna 1990 sades inte minst vara att man skulle minska antalet tvister. Hade man infört tre års preskriptionstid hade man möjligen bättre lyckats uppnå det syftet.

³⁵ Hellner, a a, s 69 f.

4.Preskription föreligger inte.

5.Giltig friskrivning beträffande avvikelserna finns inte.

4. Fel- och undersökningsmetoderna

4.1. Beskrivning av metoderna

Detta arbete behandlar vad jag kallar felmetoden och undersökningsmetoden. Dessa handlar om i vilken ordning man ska eller bör pröva de olika förutsättningarna för felansvar.

Felmetoden innebär att man först gör en felbedömning, varvid man tar ställning till frågan om det föreligger en avvikelse antingen från vad som anses avtalat eller från köparens befogade förväntning (se JB 4 kap 19 § 1 st). Kommer man därvid fram till att en avvikelse är för handen säger man att fel föreligger. Nästa steg blir då en relevansbedömning, vid vilken förutsättningarna i övrigt för att kunna göra påföljder gällande prövas. De frågor man då tar ställning till är om undersökningsplikten iakttagits, om reklamation meddelats på rätt sätt och i rätt tid, om preskription inträtt eller inte (se 4 kap 19 § 2 st – 19 c §) och om giltig friskrivning finns. Ett fel anses relevant om *åtminstone en* påföljd kan göras gällande. Kommer man fram till att fel inte föreligger, behöver däremot ingen relevansbedömning göras³⁶.

Grauers och Olsen / Victorin synes vara överens om att Rodhe introducerade felmetoden 1956³⁷. Som denna definierats här, med utgångspunkt från Grauers, torde det dock vara felaktigt att sätta likhetstecken mellan felmetoden och Rodhes systematik. Visserligen talar den äldre författaren om fel- och relevansbedömning, men som Kihlman påpekar ingår här inte reklamationsplikten i relevansbedömningen och möjligen inte heller vissa andra moment, vilket ju är fallet enligt felmetoden³⁸. Enligt min mening råder det dock ingen tvekan om att Rodhe med sin fel- och relevansbedömning lade en avgörande grund för felmetoden.

Undersökningsmetoden tar inte sin utgångspunkt i om en defekt eller brist på en fastighet utgör en avvikelse enligt JB 4 kap 19 § 1 st. Dess utgångspunkt är istället, som benämningen antyder, undersökningsplikten. Först efter att man funnit att en omtvistad företeelse inte var upptäckbar, ska man göra bedömningen om ett, antingen konkret eller abstrakt, fel föreligger. Kommer man däremot i sin utredning fram till att, t ex, förekomsten av husbock eller en fuktskada borde ha upptäckts behöver man inte gå vidare i sin utredning. Av det faktum följer nämligen att det inte

³⁶ Grauers, 1998, a a, s 125 f.

³⁷ Grauers, 1998, a a, s 125, JT 1991/92, s 357 och 784.

³⁸ Rodhe, a a, s 214, 216 och 280 samt ovan kapitel 2.2. Kihlman, a a, s 172.

spelar någon roll om en sådan avvikelse föreligger som JB 4 kap 19 § 1 st kräver. Det eventuella felet var ju tydligen ändå inte dolt i den mening som JB 4 kap 19 § 2 st avser³⁹. Huruvida undersökningspliktens uppfyllande och möjligen de andra omständigheterna anses ingå som led i själva felbedömningen är en, i och för sig uteslutande terminologisk, men ändå inte oväsentlig, fråga som det inte verkar finnas något entydigt svar på⁴⁰.

Inget klart besked finns i litteraturen om när övriga moment ska komma in i bedömningen enligt de två modellerna. Efter att Grauers har tagit ställning för att man först ska fastställa om fel föreligger och att man därefter ska göra en relevansbedömning, säger han inget om i vilken ordning momenten reklamation, preskription och friskrivning ska prövas. Inte heller nämns det om undersökningsmetoden säger något om detta. Att man fokuserar på förhållandet mellan undersökningsplikten och felbedömningen får man väl anta beror på att dessa frågor är de som vållat tveklöst flest tvister, medan det torde vara av mindre praktisk betydelse att fastställa i vilken ordning man ska pröva reklamation, preskription och friskrivning.

Av kapitel 3.2 ovan framgår det att det är tveksamt om det finns någon generell upplysningsplikt. Vid tillämpning av de båda metoderna, kan man enligt min mening inte annat än spekulera i på vilket stadium upplysningsplikten skulle komma in. I litteraturen har jag inte hittat någon diskussion om detta. Det torde dock framgå av Grauers' framställning att denne skulle hänföra upplysningsplikten till relevansbedömningen, då man enligt författaren i denna ska ta upp omständigheter "som parternas vetskap och handlande"⁴¹. Denna slutsats understryks enligt min mening också av att det skulle förefalla ologiskt om upplysningsplikten ingick i själva felbedömningen. Beträffande undersökningsmetoden förefaller det likaledes ologiskt att upplysningsplikten skulle komma före frågan om undersökningsplikten. Detta understryks i viss mån av uttalandena i vissa NJA-fall att det är "köparens undersökningsplikt som bildar utgångspunkten för bedömningen av säljarens felansvar"⁴².

Grauers' understryker att samtliga jurister berörs av metodvalet⁴³. Olsen och Victorin verkar ha samma utgångspunkt, även om de mer koncentrerar sig på domaren, men menar att det är olyckligt att Grauers i Fastighetsköp påstår att hans metod bör användas i rättstillämpningen. De båda författarna accepterar att Grauers med en pedagogisk ambition väljer att beskriva reglerna i sin lärobok enligt felmetoden, men menar att det är en annan sak

³⁹ Grauers, 1998, a a, s 125 ff och JT 1991/92, s 355.

⁴⁰ Se nedan kapitel 5.1.2 och JT 1991/92, s 786. Jfr dock en remissinstans' syn på frågan i prop 1989/90:77, s 131 samt nedan kapitel 5.4.

⁴¹ Grauers, 1998, a a, s 126.

⁴² Formuleringen finns bl a i NJA 1985 s 871. Man kan möjligen redan här ana sig till dessa uttalandes betydelse för denna uppsats. Uttalandena är intressanta även för såväl kapitel 6 som 7.

⁴³ Se JT 1991/92, s 790 f och vad som framgår av Grauers, 1998, a a, s 125 ff.

att rättsligt hantera dem enligt nämnda metod⁴⁴. En fråga som synes vara obesvarad är om metodvalets tillämplighet i en domstol är beroende av om det råder tvist om bedömningen enligt både 1 och 2 st i JB 4 kap 19 §. Enligt min mening borde det i alla fall krävas att oenighet finns om avvikelse enligt 1 st⁴⁵.

Mitt arbete hämtar mycket näring från den ovanligt heta debatten mellan Grauers å den ena sidan och Olsen och Victorin å den andra i JT 1991/92. Debatten, som i och för sig rörde även andra frågor, var t o m så het att den förstnämnde tog till uttryck som ”osakligt” och ”vetenskaplig ohederlighet”⁴⁶ för att beskriva motståndarnas kritik av honom. Vidare menade han att ”de kommit med mycket allvarlig kritik i sakfrågorna utan att ha ordentligt på fötterna”⁴⁷. Det man diskuterat är om felmetoden är förenlig med gällande svensk rätt och vilken av de båda metoderna som är lämpligast att arbeta med⁴⁸.

4.2.Processrätt

Vad som ska uppmärksammas är även processrättens inverkan på de i denna uppsats diskuterade frågorna. Tvister om fel i fastighet är dispositiva, vilket innebär att RB 17 kap 3 § 2 men gäller. Detta lagrum stadgar att en domstol inte får grunda sin dom på en omständighet utan att part har åberopat den. Vad som ska beaktas är inget annat än det som parterna dragit fram. Det är m a o de som bestämmer vad som blir processmaterial. Det ska dock påpekas att domarens materiella processledning ibland kan medföra att part åberopar omständighet som denne eller dennes ombud inte har tänkt på⁴⁹.

Applicerat på fastighetstvister borde detta betyda t ex att om en svarande bara har invänt att undersökningsplikten inte iakttagits, är rätten förhindrad att pröva om fel verkligen föreligger. I ett sådant fall aktualiseras inte det metodval som detta arbete behandlar. Det aktualiseras bara i de fall där tvist råder *både* om avvikelse enligt JB 4 kap 19 § *och* om undersökningsplikten. Är metodvalet irrelevant i domstolsprocessen torde det dock i många fall ha varit av betydelse för ombudet på ett tidigare stadium. Har ombudet valt att inte invända i felfrågan, kan ju det bero på att han i sin rättsutredning, i vilken han använt sig av någon av metoderna, har funnit att ett omtvistat förhållande på en fastighet tveklöst utgör fel enligt felmetodens terminologi och att invändningen därför är meningslös⁵⁰.

⁴⁴ Se nedan kapitel 6.1.1 och JT 1991/92, s 357.

⁴⁵ Jfr vad som sägs nedan i kapitel 5.2 respektive 5.3.1 in fine om vilka HD-fall Grauers tar upp och inte tar upp som exempel på när felmetoden eller snarlik metod följts samt hur det möjligen kan tolkas.

⁴⁶ JT 1991/92, s 790.

⁴⁷ JT 1991/92, s 792.

⁴⁸ Se JT 1991/92, s 355 ff respektive 783 ff.

⁴⁹ Boman, Robert, Ekelöf, Per-Olof, Rättegång, andra häftet, uppl 8:2, Stockholm 1996, s 125 ff.

⁵⁰ Grauers, 1998, a a, s 129 samt JT 1991/92, s 786 och 790 f.

Det framgår i kapitlet nedan att Grauers menar att det inte spelar någon roll för det slutliga materiella resultatet i en tvist enligt JB 4 kap 19 § om man använder fel- eller undersökningsmetoden⁵¹. Beträffande tvister i domstol skulle detta, såvitt jag kan förstå, betyda att ett avfärdande av någondera metodens förenlighet med gällande rätt, innebär att gällande rätt ger uttryck för en processrättslig regel som säger att en domstol först måste pröva ett visst moment. Är t ex endast undersökningsmetoden förenlig med gällande rätt, innebär det att en domstol inte får pröva standardavvikelse innan den tagit ställning till undersökningsplikten. Det normala är annars inom processrätten, vilket Grauers och Olsen / Victorin synes vara överens om att olika moment får prövas av en domstol i den ordning den önskar⁵².

⁵¹ Se Grauers, 1998, a a, s 127, JT 1991/92, s 785 f och nedan kapitel 5.1.2.

⁵² JT 1991/92, s 357 respektive 390.

5. Vad som talar för felmetoden och emot undersökningsmetoden

Felmetoden, eller i alla fall en systematik som nära anknyter till denna, lanserades för länge sedan⁵³ och den som torde vara den främsta förespråkaren för denna är numera Grauers. Flest argument för metoden finner man hos denne. I detta kapitel går jag därför under egen rubrik först igenom denna författares argumentation för felmetoden samt emot undersökningsmetoden och därefter redogör jag för övrig doktrin i ämnet. Därefter uppmärksammas i nämnd ordning intressant material från rättspraxis och förarbeten.

5.1. Grauers

5.1.1. Felmetodens förenlighet med gällande rätt

Felmetoden har enligt Grauers varken avvisats i förarbeten eller i praxis. Han medger i och för sig att flera NJA-fall talar för undersökningsmetoden, men hävdar också att felmetoden ”eller metod som liknar denna”⁵⁴ i vissa fall använts. Följande fall ges som exempel: NJA 1975 s 545, 1979 s 790, 1981 s 894, 1983 s 865, 1986 s 670 I och II samt 1989 s 117⁵⁵. Det antyds också att RB 17 kap 3 § kan ha medfört att val av metod många gånger inte aktualiserats i domstolarna⁵⁶. Visserligen beklagas det att lagstiftaren i samband med ändringarna 1990 inte förespråkade felmetoden, men förarbetena anses ändå inte tala emot författarens ställningstagande⁵⁷.

Att felmetoden står i överensstämmelse med gällande svensk rätt ser Grauers som självklart. Metoden handlar enligt honom bara om i vilken ordning man ska pröva de olika gällande rättsreglerna och resultatet blir oavsett metod detsamma. Detta innebär t ex att en läroboksförfattare lika riktigt beskriver rättsläget om han använder felmetoden som om han använder undersökningsmetoden. Stöd för sin ståndpunkt finner författaren vidare i det faktum att undersökningsplikten enligt JB 4 kap 19 § står

⁵³ Se ovan kapitel 2 och 4.1.

⁵⁴ Grauers, 1998, a a, s 128

⁵⁵ Grauers, 1998, a a, s 128. Beträffande fall som talar för undersökningsmetoden, se nedan kapitel 6.3

⁵⁶ Jfr ovan kapitel 4.2.

⁵⁷ Grauers, 1998, a a, s 128 f och JT 1991/92, s 786 f. Se dock nedan, kapitel 6.3, 6.4 och 7.3.

inskriven i stycket efter och inte i stycket före det som behandlar vad som är fel i rättslig mening⁵⁸.

5.1.2. Ändamålsenligheten

Grauers använder sig av ett enkelt exempel med dräneringsrör som är för högt placerade för att åskådliggöra skillnaden mellan de båda metoderna. Används felmetoden konstaterar man först att de för högt placerade rören utgör fel. Därefter ska man fastställa om felet är relevant, varvid, bl a, frågan om felet var upptäckbart ska besvaras. Vid användande av undersökningsmetoden blir istället den första frågan ”[o]m ’felet’ var upptäckbart”. Därefter ska man avgöra om det dolda ”felet” är ett fel⁵⁹.

Genom att beskriva metoderna på detta sätt vill författaren visa att en fördel med felmetoden är att den fungerar smidigare terminologiskt. Den retoriska frågan han ställer beträffande undersökningsmetoden är ungefär vad det är som inte borde ha upptäckts och därmed är dolt. Är svaret ordet fel måste man, vilket exemplet med dräneringsrören visar, sätta ordet inom citationstecken. Man har ju nämligen ännu inte konstaterat att ett fel i rättslig mening föreligger. Författaren menar att man tvingas använda termen fel innan man tagit ställning till om fel verkligen föreligger.

Den terminologiska oreda som undersökningsmetoden påstås skapa anses drabba även konklusionen. Frågan som ställs är hur man ska uttrycka det språkligt när man kommit fram till att säljaren inte är ansvarig enligt JB 4 kap 19 § p g a att undersökningsplikten inte var uppfylld, när man inte först har tagit ställning till om fel föreligger. Även här skulle man kunna tänka sig lösningen att sätta citationstecken kring fel. Ett annat sätt att tackla problemet kan vara att konkludera att svaranden inte ansvarar för ”företeelsen”, eller att i ett domslut uttrycka sig mer intetsägande. Ytterligare en variant är att man säger att fel inte föreligger, varvid man bakar in undersökningsplikten i själva felbegreppet. Samtliga dessa alternativ torde dock enligt Grauers vara osmidigare än de alternativ man har om man använder sig av felmetoden. Då blir konklusionen antingen att fel inte föreligger, eller att fel i och för sig är för handen, men att det inte är relevant eftersom det var upptäckbart.

Vad gäller idén att baka in undersökningsplikten i felbegreppet riktas invändningen att den skapar dålig struktur, i och med att det inte torde vara aktuellt att förfara likadant med de övriga förutsättningarna. Vad som avses är väl att det låter avigt att t ex säga att det inte föreligger något fel därför att det finns en friskrivningsklausul, eller för att preskription har inträtt. Istället är det mer naturligt att säga att felet inte kan åberopas p g a friskrivningen eller preskriptionen. Med den av Grauers förfäktade metoden reserveras

⁵⁸ Grauers, 1998, a a, s 125 samt JT 1991/92, s 783 f och 787.

⁵⁹ Grauers, 1998, a a, s 127 och JT 1991/92, s 785.

begreppet fel just till frågan om avvikelser föreligger från konkret eller abstrakt standard, vilket han menar leder till bättre tankereda⁶⁰.

Ett annat argument för felmetoden, som hänger nära ihop med det om tankereda, är enligt Grauers att den ”fungerar som en slags ’checklista’”⁶¹, vilket anses vara en klar fördel med metoden. Den rättstillämpare som använder sig av listan riskerar nämligen inte att glömma någon av de omständigheter som grundar felansvar enligt JB 4 kap 19 §. Farhågan är att man inte ger den ofta svåra frågan om fel föreligger enligt JB 4 kap 19 § 1 st tillräcklig uppmärksamhet. Denna farhåga har, hävdas det, besannats. I flera fall i otryckt praxis har det, enligt vad som påstås, hänt att köparombuden ”varit märkligt vaga när det gällt vad själva felet som sådant består i”⁶². Ofta förefaller det enligt författaren som om många tvister inte hade blivit av om köparombudet tänkt sig för lite beträffande frågan om fel verkligen var för handen⁶³.

Med hjälp av två fall från Svea HovR⁶⁴ åskådliggör Grauers vikten av att inte heller som säljare stirra sig blind på undersökningsplikten. Båda fallen rörde samma fastighet och samma påstådda fel. I det första fallet väckte köparna talan om prisavdrag på. Svarandena invände att köparna inte uppfyllt sin undersökningsplikt. Både TR:n och HovR:n fann dock denna invändning grundlös och biföll käromålet. Intressant är TR:ns formulering efter att den funnit att köparna fullgjort sin undersökningsplikt: ”[D]å annan grund för bestridandet inte har åberopats är [köparna] berättigade till prisavdrag”⁶⁵. I det andra fallet var svarandena i det första fallet käre. Talan väcktes emot dem som tidigare sålt huset till dem. Dessa säljare hävdade dock att fel i rättslig mening inte förelåg vid köpet. Denna invändning godtogs av både TR:n och HovR:n och käromålet ogillades⁶⁶.

5.2. Övrig doktrin

Långt ifrån all doktrin som behandlar fel i fastighet nämner något om fel- och undersökningsmetoderna. Redogörelsen i detta delkapitel handlar om de argument som ändå förekommit för felmetoden och emot undersökningsmetoden. Även de författare som inte uppmärksammar metodvalet explicit kan sägas passivt ta ställning för någon av metoderna. Den som redogör för reglerna i samma ordning som Grauers har, menar jag, de facto valt felmetoden, även om det väl i och för sig är möjligt att vederbörande överhuvudtaget inte känner till de båda metoderna.

⁶⁰ Grauers, 1998, a a, s 127 ff och JT 1991/92, s 785 f.

⁶¹ Grauers, 1998, a a, s 129.

⁶² Grauers, 1998, a a, s 129.

⁶³ Grauers, 1998, a a, s 127 ff och JT 1991/92, s 783 ff.

⁶⁴ Svea HovR:s dom DT 36/87 (avd 14) i mål T 1029/86 och 95/91 (avd 14) i mål T 767/90.

⁶⁵ Svea HovR:s dom DT 36/87 (avd 14) i mål T 1029/86.

⁶⁶ JT 1991/92, s 791.

Visserligen medger jag att det faktum att man valt samma framställningsätt inte behöver betyda att man anser att en praktiskt verksam jurist bör eller ens får ta ställning till 4 kap 19 § 1 st före dess 2 st, men det torde ändå ge en viss fingervisning.

Ett bra exempel utgör Carina Iggstrand Larssons behandling av felansvaret. Hon behandlar detta i samma ordning som Grauers och det verkar enligt min mening som att hon till stor del utgår från dennes terminologi i övrigt. Hon skriver t ex att "[f]elet inte är relevant då köparen har märkt eller borde ha märkt det vid en undersökning" och att det är "svårt att dra gränsen mellan dolda fel och andra faktiska fel"⁶⁷. Jag tolkar även Ulf Cervin så att denne inte verkar ha något att invända emot felmetoden. Han talar om att "fel som kunnat upptäckas ... inte kan göras gällande"⁶⁸.

Även Hellner tigger om metodproblemen, men jag anser att hans disposition i huvuddragen anknyter till Grauers'. Han behandlar de olika reglerna för felansvar i följande ordning: "a) vad följer av avtalet ? b) vad har köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet ? c) har köparen fullgjort sin undersökningsplikt d) har säljaren fullgjort en upplysningsplikt⁶⁹ ? och e) har säljaren giltigt friskrivit sig från ansvar för felet?". Det intressanta med denna ordning är att den motiveras med dess anknytning till lagtexten. Denna motivering kan jämföras med ett av Grauers' argument för felmetoden. Detsamma gäller Hellners andra motivering; att ordningen i viss mån anknyter till grundläggande praxis⁷⁰.

Vad som möjligen är ägnat att förvåna är att samme Victorin som tillsammans med Olsen kraftigt ifrågasätter felmetoden, tillsammans med Jan-Olof Sundell i läroboken Allmän fastighetsrätt presenterar JB:s felregler efter ett mönster som liknar Grauers'. Detta skulle kunna tolkas som att Victorin ändrat uppfattning sedan artikeln i JT 1991/92. Så behöver dock inte vara fallet. I den artikeln synes nämligen Olsen / Victorin acceptera att Grauers' sätt att *beskriva* reglerna som han gör. Vad man däremot ifrågasätter är dennes ambition att föreskriva felmetoden för den dömande verksamheten⁷¹. Det ska dock påpekas att det råder en total tystnad om metodvalet i Allmän fastighetsrätt. Denna tystnad indikerar möjligen att Victorins inställning numera är mer vacklande⁷².

Leif Carbell behandlar i en festskriftsartikel från 1984 undersökningsplikten. Inte heller han dryftar fel- och undersökningsmetoderna, men på en punkt anknyter hans argumentation likväl till dessa. Han ifrågasätter nämligen det

⁶⁷ Iggstrand Larsson, Carina, Felansvaret vid fastighetsköp, utgåva 2, Bromma 1992, s 16 ff.

⁶⁸ Cervin, Ulf, Cervin, Johan, Fastighetsköpet, upplaga 6:1, Malmö 1994, s 53 ff.

⁶⁹ Jag vill påminna om att utgångspunkten i denna uppsats är att övrig doktrins avfärdande av upplysningsplikten är riktigt. Se ovan kapitel 3.2.

⁷⁰ Hellner, a a, s 53. Den praxis som anges är NJA 1975 s 545 och 1976 s 217. Fallen refereras i kapitel 5.3.

⁷¹ JT 1991/92, s 357 f.

⁷² Sundell, Jan-Olof, Victorin, Anders, Allmän Fastighetsrätt, 3 uppl, Stockholm 1999.

lämpliga i att, som HD gjort i t ex NJA 1980 s 555 och 1984 s 3⁷³, betona undersökningsplikten och försumma att försöka bringa klarhet i den svårbedömda frågan om en sådan avvikelse föreligger som JB 4 kap 19 § (numera 1 st) kräver.

Visserligen tar denna kritik sikte på att undersökningsplikten, till skillnad från felansvaret, vid författandet av artikeln inte framgick av lagtexten. Den tar dock även sikte på de pedagogiska nackdelar som HD:s rättstillämpning medför. Författaren understryker att även om en köpare inte alls genomfört någon undersökning, kan han likväl göra gällande fel i fastighet. Han synes mena att HD:s formuleringar kan leda till missförståndet att man måste verkställa undersökning för att ha en chans att senare göra påföljder gällande, vilket ju inte är fallet⁷⁴.

Även Elfström behandlar felreglerna i ungefärlig förenlighet med Grauers´ disposition. Han uppmärksammar dessutom metodvalet, men refererar uteslutande till andra författare. På ett ställe ger han dock sitt principiella stöd för felmetoden under antagandet att denna leder till ett enhetligare felbegrepp. Av intresse är det även att han konstaterar att praxis är vacklande och att HD inte slutgiltigt bestämt sig för vilken metod som gäller. Enligt min uppfattning innebär dessa konstateranden att författaren åtminstone inte avfärdar felmetoden. Som exempel på fall där HD först tagit ställning till om en abstrakt avvikelse föreligger för att därefter bedöma om undersökningsplikten är uppfylld nämns NJA 1975 s 545, 1979 s 790 och 1981 s 894⁷⁵.

Det senaste arbetet som uppmärksammar de båda metoderna är den färska avhandlingen Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom, skriven av Jon Kihlman. I denna avhandling avfärdas undersökningsmetoden⁷⁶ som logiskt oförenlig med lagtexten. Författaren menar också att fokuseringen på undersökningsplikten medför att föremålet för undersökningen hamnar i bakgrunden. Han ger vidare ett ironiskt svarsförslag på Grauers´ fråga om vad det är som ska upptäckas om man inte har fastställt att fel föreligger: ”Det som köparen inte upptäckt och inte heller borde ha upptäckt är ett fel under förutsättning att det är ett fel.”⁷⁷

5.3. Praxis

I litteraturen hänvisas det till flera rättsfall från HD där felmetoden använts. Nedan följer en redogörelse för dessa fall. Därefter för jag in ett antal

⁷³ En närmare beskrivning av dessa fall återfinns i kapitel 6.3.

⁷⁴ Carbell, a a, s 176 f och 190.

⁷⁵ Elfström, a a, s 229 ff. Referat av fallen följer i nästa delkapitel. Se ytterligare om Elfström nedan i kapitel 7.3.

⁷⁶ Kihlman, a a, s 171 f. Även felmetoden avfärdas dock på samma grund; se nedan kapitel 6.2, liksom överhuvudtaget regleringen i JB 4 kap 19 §; se nedan kapitel 7.3.

⁷⁷ Kihlman, a a, s 174.

hovrättsfall, vilka samtliga enligt min uppfattning är av intresse för den som argumenterar för felmetoden.

5.3.1.HD-fall

I NJA 1975 s 545 väcktes talan om prisavdrag p g a av fuktskador som påstods bero på ett antal byggnadstekniska brister, men i HD handlade tvisten endast om avsaknaden av en diffusionsspärr i ett slutet vindsrum. Domstolen konstaterade att avsaknaden av diffusionsspärr lett till fuktskador och att denna brist, med hänsyn till vad man kunde förvänta sig av fastigheter av det i målet aktuella slaget, innebar att det förelåg en sådan avvikelse från normal standard att fel förelåg enligt JB 4 kap 19 §. Därefter hänvisade man till HovR:ns domskäl och konstaterade att ”felet icke [var] av den art att det bort av [käranden] upptäckas”⁷⁸. Till sist ställdes frågan om säljaren likväl kunde komma undan ansvar för det dolda felet p g a en friskrivningsklausul. Den frågan besvarades jakande.

I fallet prövade alltså HD omständigheterna 1 b), 2) och 5) i den uppräknings som återfinns i slutet på detta arbetes kapitel 3.3, d v s om avvikelse från abstrakt standard förelåg, om den var upptäckbar samt om det förelåg en giltig friskrivning. De olika omständigheterna bedömdes efter det mönster som följer av felmetoden. Först tog HD ställning till frågan om fel förelåg enligt JB 4 kap 19 § 1 st. Efter att man funnit att fel förelåg gick man, med Grauers´ terminologi, över till relevansbedömningen.

NJA 1979 s 790 handlade om en underdimensionerad sjunkbrunn som var nergrävd i jord med dålig vattengenomsläpplighet, vilket medförde nedsatt funktionsduglighet. Denna brist ledde till hälsofarlig förorening av färskvattenbrunnen på gården. I domskälen räknade HD upp dessa omständigheter och refererade sedan till dem som ”[d]etta fel”⁷⁹. Därefter diskuterades det om felet förelåg vid tillträdet, vilket man ansåg. Till sist berördes frågan huruvida felet borde ha upptäckts. Eftersom det handlade om en nergrävd anläggning och något särskilt skäl inte föranledde annan bedömning, fann HD att felet inte borde ha upptäckts. Prisavdrag utdömdes.

Här kom de olika momenten in enligt Grauers´ önskemål. Det är dock, anser jag, viktigt att understryka att HD egentligen inte alls tog itu med frågan om fel enligt felmetodens terminologi förelåg, d v s om de olika bristerna i fallet konstituerade en sådan avvikelse som JB 4 kap 19 § 1 st talar om. Att så var fallet var, får man intrycket av, ett odiskutabelt faktum som inte krävde någon utredning. Knäckfrågorna i HD rörde istället undersökningsplikten och bevisfrågan om felet förelåg vid tillträdet.

I NJA 1983 s 865 hade en kommun sålt en bostadsfastighet till två privatpersoner. En tid efter köparnas tillträde upptäckte dessa svårartade röt-

⁷⁸ Referatet, s 553

⁷⁹ Referatet, s 800.

och insektsangrepp i bjälklagren mellan bostadens bottenvåningsgolv och källaren. Köparna väckte talan om prisavdrag och hävdade att det angripna bjälklagret utgjorde en avvikelse från vad som fick anses utfäst, bl a p g a innehållet i en annons och vissa påstådda uttalanden från kommunens företrädare. I vart fall ansågs en abstrakt standardavvikelse föreligga. Kommunen bestred att fel på någon av grunderna förelåg och hävdade att även om så var fallet borde felet ha upptäckts. Även om dolt fel förelåg ansåg sig kommunen fri från ansvar p g a en friskrivningsklausul.

HD drog först slutsatsen att någon utfästelse inte förelåg. Därefter konstaterades det att de omtvistade skadorna innebar en avvikelse från vad man ”haft fog att räkna med”⁸⁰. Då ingrepp hade varit nödvändiga för att upptäcka skadorna konkluderade man i nästa steg att undersökningsplikten dessutom var uppfylld. Till sist togs friskrivningsklausulen upp till bedömning, varvid domstolen konstaterade att friskrivningen i och för sig täckte även det i målet åberopade felet. Man fann dock klausulen oskälig och bortsåg från den enligt avtalslagens 36 §.

Grauers menar att HD:s majoritet i detta fall använder sig av ett ”renodlat tvåstegsresonemang”⁸¹. Jag har dock svårt att se att resonemanget i NJA 1975 s 545 är mindre renodlat. Vad som möjligen avses är att HD i det tidigare fallet hänvisade till HovR:ns domskäl, medan man i senare gjorde en självständig bedömning⁸².

NJA 1986 s 670 I och II handlade om radonhalten i bostadshus. Radon är ett cancerogent ämne och enligt kändarna i båda fallen var halterna så höga att de var förenade med allvarliga hälsorisker. Därför yrkades prisavdrag motsvarande nödvändiga saneringskostnader. HD:s motivering i fall I var ganska lång och tog sin utgångspunkt i parternas argumentation om olika gränsvärden etc. Den radonhalt som HD fann utredd var så hög att fastigheten ansågs vara behäftad ”med en bristfällighet av beskaffenhet att påverka dess värde”⁸³. Sedan avfärdades kort en svarandens invändning att denne friskrivit sig från ansvar. Slutligen förde domstolen en diskussion om undersökningsplikten och kom fram till att radonproblem vid köpet 1978 var så pass lite uppmärksammade att de inte omfattades av nämnda plikt. I fall II bedömde HD om avvikelse i JB:s mening förelåg. Det ansågs inte visat och därmed ogillades käromålet. Undersökningsplikten behövde man därför inte gå in på.

Det synes vara en riktig iakttagelse att HD närmast följde felmetoden. Det ska även påpekas att jag beträffande NJA 1986 s 670 I svårligen kan se att felmetoden används mindre ”renodlat” än i NJA 1983 s 865⁸⁴. Visserligen klämde man in frågan om friskrivning förelåg innan man bedömde

⁸⁰ Referatet, s 873.

⁸¹ Dennes benämning på felmetoden är tvåstegs- modellen / metoden (se kapitel 1 ovan).

⁸² Grauers, 1998, a a, s 128. Jfr strax nedan vad som sägs om NJA 1986 s 670.

⁸³ Referatet, s 679.

⁸⁴ Grauers, 1998, a a, s 128. Jfr strax ovan med vad som sagts om NJA 1975 s 545.

undersökningsplikten, men ett sådant förfarande står inte i strid med nämnda metod. Det intressanta är att man först gör en felbedömning och sedan en relevansbedömning. Vilket led i den sistnämnda bedömningen man först bedömer tar ju inte nämnda metod ställning till⁸⁵. Vad som möjligen kan sägas innebära att man i NJA 1986 s 670 inte använde felmetoden lika renodlat är att man aldrig tog ställning till den omtvistade undersökningsplikten.

Det omdebatterade fallet NJA 1989 s 117 handlade om en fastighet vid Göta älv på vilken ett hus var beläget. Efter tillträdet erfor man att huset stod på osäker grund och riskerade att rasa ner i älven, vilket föranledde att huset måste utrymmas. HD hänvisade till JB 4 kap 19 § och fann att fel förelåg. Om köparna levt upp till sin undersökningsplikt bedömdes inte bara efter denna slutsats, utan även efter diskussionen om förutsättningarna för skadeståndsskyldighet. Denna disposition är onekligen något klumpig. Jämför man med metoddiskussionen kan en jämförelse mycket väl göras med den av Grauers' förfäktade metoden, dock med den skillnaden att förutsättningarna för en viss påföljd sprängdes in mittemellan fel- och relevansbedömningen.

Hellners disposition, som i stort torde anknyta till felmetoden, motiveras med dess någorlunda anslutning till rättspraxis, varvid NJA 1975 s 545 och 1976 s 217 nämns⁸⁶. Det förstnämnda fallet har redan berörts. Det andra fallet handlade om en fastighet vars hus besvärades av råttor. Under golvet i huset fann man så mycket råttspillning att en sakkunnig som hördes som vittne sade sig "aldrig [ha] sett en sådan mängd"⁸⁷. Käranden hävdade rätt till både prisavdrag och skadestånd enligt JB 4 kap 12 och 19 §§ och menade att säljaren känt till förekomsten av råttor. Till sitt fredande anförde svaranden att fel inte förelåg, att han i vart fall inte svarade för ett eventuellt fel på en friskrivning och att han inte märkt av de påtalade problemen.

Det framstår som klart att TR:n i detta fall använde sig av felmetoden. Först prövade den om det förelåg avvikelse från abstrakt standard och kom fram till att sådan var för handen. Käromålet ogillades likväl då domstolen i ett andra led i sin bedömning konkluderade att köparen borde ha upptäckt felet. Friskrivningsklausulen togs ej upp till prövning. TR:n förbisåg RB 17 kap 3 §. Av stycket ovan framgår ju nämligen att svaranden inte hade påstått att felet i vart fall var upptäckbart.

HovR:n uppmärksammade dock den tidigare instansens miss och gav svaranden tillfälle att ta med även undersökningsplikten i sin talan, vilket denne dock avböjde⁸⁸. I HovR:ns domskäl diskuterades detta först. I denna

⁸⁵ Se ovan kapitel 4.1.

⁸⁶ Se ovan kapitel 5.2 och Hellner, a a, s 53 f.

⁸⁷ Referatet, s 219.

⁸⁸ Grauers, a a, s 128. Det kan vid en första anblick framstå som märkligt att svarandens ombud inte återopade den grund som fått TR:n att helt ogilla käromålet. Mer förståelig framstår däremot den taktiken enligt min mening om man utgår från att svaranden ville ge

instans bifölls käromålet eftersom fel ansågs föreligga och friskrivningsklausulen enligt domstolens avtalstolkning endast ansågs omfatta byggnadstekniska brister. Då HovR:n ansåg sig förhindrad att pröva undersökningsplikten aktualiserades inte metodvalet.

HD konstaterade att det var ostridigt att rättproblemen utgjorde en sådan avvikelse som JB 4 kap 19 § (numera 1 st) talar om. Därefter konstaterade man att parterna dessutom var ense om att felet inte borde ha upptäckts. Den fråga man sedan gick in på var om den ännu i den högsta instansen omtvistade klausulen innebar att köparen ändå inte kunde göra gällande några påföljder. Denna fråga besvarades jakande. I domskälen diskuterades precis som i det ovan beskrivna NJA 1989 s 117 förutsättningarna för skadestånd innan alla förutsättningar för fel bedömts. Min gissning är att förklaringen i fallet från 1976 var att man ville skapa ett fylligare prejudikat.

Annars kan man säga att Hellner har fog för åsikten att HD:s disposition följer hans. Grauers har dock inte tagit upp fallet som ett som följer felmetoden. Anledningen till det är sannolikt att han anser att metodvalet endast är relevant om det *råder tvist* om både standardavvikelse och undersökning och det gjorde det ju inte i fallet. Det ska dock även påpekas att författaren bara gör anspråk på att ge exempel i sin uppräknings av NJA-fall⁸⁹.

Två HD-fall till förtjänar dock enligt min mening uppmärksamhet; NJA 1983 s 858 och NJA 1996 s 584. I det förstnämnda fallet hade en av säljarna och en mäklare uppgivit en viss areal som också framgick av fastighetsbeskrivningen. Några månader efter tillträdet erfor dock köparna att arealen var mindre. Därför väckte de talan under påstående om avvikelse från vad som kunde anses utfäst, eller i vart fall från vad de haft anledning att räkna med. Svarandena invände att utfästelse inte förelåg och att köparna inte iakttagit sin undersökningsplikt. HD fann först att utfästelse förelåg och då inga andra omständigheter talade i motsatt riktning, var köparna därför befriade från sin undersökningsplikt. På denna grund bifölls talan.

Fallet torde kunna tolkas till felmetodens fördel. Först, skulle man kunna hävda, konstaterade HD att avvikelse från utfästelse förelåg och sedan ställde man sig frågan om undersökningsplikt ålåg köparen. Eftersom det handlade om avvikelse från utfästelse hade det krävts någon särskild omständighet, för att denna plikt skulle existera. Någon sådan omständighet förelåg inte och därför bifölls käromålet⁹⁰.

största möjliga tyngd åt sitt påstående att han inte känt till rättproblemen. Hade domstolen funnit styrkt att säljaren känt till dessa kanske både skadestånd och åsidosättande av friskrivningsklausulen hade aktualiserats och om köparen borde ha upptäckt problemen vid ett besök på fastigheten, kan man ju fråga sig om det är trovärdigt att som säljare påstå att man aldrig sett en enda rätta under alla år man ägt fastigheten.

⁸⁹ Jfr kapitel 5.2 ovan och Grauers, 1998, a a, s 128.

⁹⁰ Denna tolkning kan dock ifrågasättas; jfr kapitel 6.3 och 7.1.2.

NJA 1996 s 584 handlade om en fastighet vars avloppsanläggning ansågs behäftad med ett eller flera konstruktionsfel, vilket eller vilka ledde till att avloppsvattnet nådde så höga nivåer att det bl a förorenade färskvattnet. Käranden krävde såvitt här är av intresse prisavdrag och hävdade att avvikelser förelåg från vad hon med fog kunnat förutsätta. Svarandena menade att så inte var fallet och i vart fall att käranden inte uppfyllt sin undersökningsplikt. TR:n konstaterade först att det rörde sig om ett konstruktionsfel på det sättet som käranden hävdade, men ogillade käromålet på den grunden att undersökningsplikten inte var uppfylld. Undersökningsplikten ansågs nämligen långtgående, eftersom huset på den vid anläggandet av avloppet endast var avsett för fritidsändamål och inte för åretruntbruk som senare blev fallet. HovR:n fastställde TR:ns domslut efter att ha prövat de olika momenten i samma ordning.

HD biföll däremot käromålet och fann det med hänvisning till underrätterna ”styrkt att bristerna i avloppsanläggningen förelegat redan vid tiden för köpet”⁹¹, men fastslog därefter att de åtgärder som hade krävts för uppfyllande av undersökningsplikten inte hade lett till någon upptäckt av bristerna. Därför bifölls käromålet.

Det förefaller vara en rimlig tolkning att samtliga tre instanser använde sig av en metod som ligger nära felmetoden. Något annat som kan noteras är att fallet kan vara ett exempel på ett fall där svaranden, kanske inte stirrat sig blind på, men i alla fall i för stor utsträckning koncentrerat sig på undersökningsplikten. De skäl som TR:n stödde sig på när den fann att denna plikt inte var uppfylld, kunde enligt min mening likaväl åberopats av svaranden som stöd för att avvikelser inte förelåg från vad köparen med fog kunde förutsätta. Svaranden hade fr a kunnat hävda att i och med att avloppsanläggningen var anlagd för fritidsändamål, kunde inte köparen förvänta sig att den skulle klara den klart hårdare belastning som ett åretruntbruk innebär.

5.3.2.Hovrättspraxis

Ett hovrättsfall som enligt min tolkning är ett exempel på ett fall där felmetoden använts är RH 1994:36. Fallet handlade om en brunn på en fastighet som i objektsbeskrivning innan köpet benämndes trekammarbrunn. När köparna tillträtt fastigheten märkte de att brunnen inte alls var en trekammarbrunn. Därför väcktes talan om prisavdrag under påstående att avvikelser från vad som fick anses utfäst förelåg. Hovrätten ansåg med hänsyn till att säljarna granskat den av mäklaren upprättade beskrivningen och därvid endast ändrat byggåret för fastighetens byggnad från 1939 till 1942, att det följde av avtalet att brunnen skulle vara en trekammarbrunn. Därefter tog rätten ställning till om undersökningsplikten eftersatts, vilket man med hänsyn till uppgiftens precision inte ansåg och därför utdömdes prisavdrag.

⁹¹ Referatet s 589.

Ett annat fall är RH 1997:22. Detta fall handlade om ett åtminstone 170 år gammalt hus med ett rötskadat bottenbjälklag, vilket föranledde köparna att kräva prisavdrag för dolt fel. Parterna lade ner stor möda på frågan om undersökningsplikten var uppfylld och på ömse sidor sökte man stöd hos sakkunniga som talade om hur lätt respektive svårt det var att upptäcka de omtvistade skadorna. Hovrätten konstaterade att en köpare har rätt att kräva en standard som får anses normal ”hos den typ av fastighet som köpet gäller”⁹², men eftersom huset var minst 170 år ansågs inte skadorna tillräckligt allvarliga och något annat förhållande som kunde ändra på denna bedömning ansågs inte visat. Därför konkluderade domstolen att kärandena inte ”styrkt sitt påstående att fastighetens skick avvikit från vad de med fog kunnat förutsätta”⁹³ och därför ogillades talan.

Jag tolkar fallet så att HovR:n i detta fall använde sig av felmetoden. Därvid fann man att fel inte förelåg i enligt 4 kap 19 § 1 st och därför behövde man inte göra någon relevansbedömning. I detta fall gick man tillväga på det sättet som Juridiska fakultetsstyrelsen vid Uppsala universitet som remissinstans i prop 1989/90:77 anser att HD borde ha gjort i ”kryptrymmesfallet”, NJA 1980 s 555. Författaren till det remissyttrandet skulle säkert uppskatta RH 1997:22, vilket säkert även författaren till HovR:ns över Västra Götaland yttrande i samma lagstiftningsärende och andra förespråkare skulle göra. Inte minst Grauers borde vara belåten med fallet⁹⁴. Om fallet menar jag nämligen att man skulle kunna säga att parterna ägnade undersökningsplikten oproportionerlig uppmärksamhet, medan HovR:n visade hur smidigt det gick om man istället koncentrerade sig på det som enligt felmetoden kallas felbedömningen. Vad som kan noteras är hänvisningarna till rättsfall i referatet. Förutom NJA 1983 s 865 finns hänvisningar till NJA 1980 s 555 och 1984 s 3; fall som anses stödja undersökningsmetoden⁹⁵. Dessa fall hindrade dock tydligen inte HovR:n från att tillämpa felmetoden.

5.4. Två remissinstanser inför de senaste ändringarna av JB 4 kap 19 §

Två juridiskt tunga remissinstanser, HovR:n för Västra Sverige och Juridiska fakultetsstyrelsen vid Uppsala universitet, argumenterar i prop 1989/90:77 för felmetoden och emot undersökningsmetoden⁹⁶.

⁹² Referatet, s 104.

⁹³ Referatet, s 105.

⁹⁴ Referat av NJA 1980 s 555 återfinns i kapitel 6.3. Beträffande de båda remissinstanserna; se nedan kapitel 5.4 samt prop 1989/90:77, s 118 f och 135 ff, i synnerhet s 137. Beträffande Grauers; se ovan kapitel 5.1.1 och Grauers, 1998, a a, s 128 ff och JT1991/92, s 790 f.

⁹⁵ Se nedan kapitel 6.3.

⁹⁶ Se fr a prop 1989/90:77, s 118 och 138.

HovR:n för Västra Sverige använder flera argument för felmetoden som påminner om Grauers'. Av yttrandet framgår bland annat att man anser felmetoden vara ett mer praktiskt och överskådligt sätt att angripa frågor om fel i fastighet på. Skulle den oftare tillämpas, synes remissinstansen mena att måltillströmningen skulle minska, eftersom metoden gör det enklare för parter och ombud att avgöra om en tvist verkligen är fruktbar. Här kommer varianter in på vad som lyfts fram ovan i denna uppsats om tankereda, pedagogiska fördelar och att man vid användande av felmetoden tvingas sortera de olika momenten. Man pekar vidare på undersökningsmetodens terminologiska klumpighet⁹⁷.

I yttrandet åberopar man inte ovan nämnda författare annat än i en fotnot och på vissa punkter skiljer sig argumenten åt. Vid användande av undersökningsmetoden "bakas undersökningsplikten så att säga in i felbegreppet" enligt remissinstansen. Här avviker man från Grauers, som endast ser detta synsätt som ett bland flera alternativ⁹⁸. Vidare synes man än mindre benägen att acceptera användandet av undersökningsmetoden i vissa enkla fall, då ett sådant förfarande leder till både en oenhetlig felbedömning och en oenhetlig bedömningsmall. Problemet med den oenhetliga felbedömningen anses inte minst vara att identiska defekter bedöms annorlunda från köpeobjekt till köpeobjekt. Frågan om fel föreligger blir, såvida undersökningsmetoden tillämpas, beroende av t ex säljarens eventuella uttalanden och förekomsten av symtom. Ett enhetligt felbegrepp påstås man istället få om man, som vid tillämpning av felmetoden, utgår från frågan om avvikelse föreligger från den standard man har rätt att kräva⁹⁹.

I SOU 1987:30 lägger man tyngdpunkten på undersökningsmetoden. För att försöka visa hur förvirrande det kan bli om man använder sig av denna och inte ger olika begrepp *en* specifik betydelse återger HovR:n för Västra Sverige i sin helhet en sammanfattning av vad utredningen kommit fram till i nämnda SOU.

Sammanfattningen har följande lydelse: "Beträffande fel som *bort upptäckas* är utgångspunkten att fastigheten säljs "sådan den är". Köparen skall iaktta sin undersökningsplikt. Då det i sådant fall inte är fråga om dolda fel i egentlig bemärkelse, löper köparen stor risk att få tåla inte bara sådana fel som normalt återfinns på äldre byggnader – dvs. sådana som ej avviker från normal standard - utan även sådana som går därutöver och utgör fel i abstrakt mening. Är felet annorlunda, dvs. sådant att det *inte bort upptäckas* ens vid en noggrann undersökning, behöver köparen endast tåla avvikelser, vilka ligger inom ramen för det normala. För sådana avvikelser som går utöver det normala svarar säljaren."¹⁰⁰

⁹⁷ Prop 1989/90:77, s 119 och 130 ff.

⁹⁸ Jfr ovan kapitel 5.1.2 och JT 1991/92, s 786.

⁹⁹ Prop 1989/90:77, s 129 ff.

¹⁰⁰ SOU 1987:30, s 47. De kursiverade orden är kursiverade i utredningen, men inte i remissinstansens citat; se prop 1989/90:77, s 127.

HovR:n för Västra Sverige uppmärksammar att man i betänkandet använder termen fel i både vardaglig och rättslig bemärkelse och att det är omöjligt att avgöra i vilken bemärkelse begreppet används t ex i citatets fjärde mening. Vidare anses det mindre lyckat att tala om fel som inte avviker från det normala och avvikelser som ligger inom ramen för det normala. HovR:n anser att man inte ska använda termerna avvikelse eller fel om en brist är normal för en viss fastighet. Man tolkar även betänkandet så att det ger uttryck för två typer av dolda fel, upptäckbara och icke upptäckbara, vilket man också vänder sig emot. Remissinstansen menar att termen fel bör reserveras för brister som innebär avvikelse från vad man har rätt att kräva och att fel alltid kan åberopas om det är dolt¹⁰¹.

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Uppsala universitet anser att det är farligt att utgå från undersökningsplikten. Man uppmärksammar att de flesta omständigheterna som är relevanta vid den abstrakta felbedömningen enligt JB 4 kap 19 § 1 st, även är relevanta vid bedömningen av undersökningsplikten. Av NJA 1980 s 555¹⁰², ”kryputrymmesfallet”, framgår det att undersökningsplikten är omfattande och i vissa fall kan det vara så att man är tvungen att bryta upp golv, eller gräva i marken för att kontrollera dräneringen. I fakultetsstyrelsens yttrande sägs det att denna fixering vid undersökningsplikten är olycklig. Det hävdas att man i t ex NJA 1980 s 555, kunde stött sig på samma omständigheter för att konstatera att avvikelse inte förelåg från vad man kunnat förvänta sig, som man i fallet gjorde för att konstatera att undersökningsplikten inte var uppfylld¹⁰³.

¹⁰¹ Prop 1989/90:77, s 127 f. Se ytterligare om utredningens sammanfattning nedan i kapitel 7.1.2.

¹⁰² Referat och närmare beskrivning av fallet finns i kapitel 6.3 nedan.

¹⁰³ Prop 1989/90:77, s 135 ff.

6. Vad som talar för undersökningsmetoden och emot felmetoden

Som påpekades i detta arbetes kapitel 4.1 var debatten relativt upprörd mellan Grauers å ena sidan och Olsen / Victorin å den andra. I de sistnämndas recension av Fastighetsköps 12:e upplaga kritiserar de båda författarna kraftfullt felmetoden och ifrågasätter dess förenlighet med gällande rätt. I detta kapitel känns det naturligt att inleda med att referera till denna recension¹⁰⁴. Därefter berör jag övrig litteratur, relevanta rättsfall och förarbeten.

6.1. Olsen / Victorin

6.1.1. Tolkningen av rådande rättsläge

Olsen och Victorin anser det mindre lämpligt att en läroboksförfattare ensam förespråkar en systematik utan stöd i befintliga rättskällor eller någon annan litteratur¹⁰⁵. En sida längre fram i artikeln ifrågasätter författarna Grauers´ presentations förenlighet med gällande rätt. De menar att presentationen tar sin utgångspunkt i praxis, men att de senaste förarbetena inte beaktas. Det konstateras att det i Fastighetsköp visserligen finns citat av relevanta förarbetsuttalanden, men att bokens författare inte synes ta något intryck av uttalandena. Dessa anses nämligen innebära att felmetoden avvisas. Av ett av uttalandena framgår det, menar man, uttryckligen att man inte behöver ta ställning till frågan om standardavvikelse innan frågan om det påstådda felet anses upptäckbart¹⁰⁶. Recensenterna hävdar dessutom att tillämpningen i rättsfall av den i boken förfäktade metoden varit mer slumpmässig¹⁰⁷.

De uppmärksammar förvisso det problematiska i att lagstiftaren i propositionen förklarar att ändringarna i lagtexten inte innebär någon materiell ändring vad gäller felbegreppet. Eftersom man anser att lagtexten fått en klarare utformning i anslutning till förarbetsuttalandena anses dock uppfattningen där betydligt mer auktoritativ än Grauers´. Möjligheten att se den uppfattning som kommer fram i förarbetena och den som förespråkas i Fastighetsköp som två alternativa tolkningar av rättsläget ställer sig Olsen /

¹⁰⁴ JT 1991/92, s 355 ff.

¹⁰⁵ JT 1991/92, s 355.

¹⁰⁶ JT 1991/92, s 356. Angående uttalandet; se nedan kapitel 6.4 och prop 1989/90:77, s 40.

Jfr Grauers tolkning av uttalandet i kapitlet 7.1.1 nedan och JT 1991/92, s 787.

¹⁰⁷ JT 1991/92, s 357.

Victorin skeptiska till. Man menar att rättsläget stabiliserats i och med ändringarna och att en läroboksförfattare borde rätta sig efter en sådan stabilisering. Så har dock inte skett, vilket beklagas¹⁰⁸.

Man menar att hur felreglerna ska framställas är en viktigare fråga än vad man kanske först tänker sig. Apropå det ställningstagandet säger man att ”[i] flertal fall kan man säkert också komma fram till en *likartad* bedömning med de båda synsätten”¹⁰⁹. Orden är kursiverade av mig, eftersom jag menar att de understryker att det är Olsens och Victorins uppfattning att resultatet påverkas av vilken metod man väljer. Om de i likhet med Grauers ansett att resultatet blir detsamma oavsett metodval, hade de rimligen istället för ”i flertal fall”, t ex skrivit ”i samtliga fall” och istället för ”likartad” ”samma”.

Recensenterna vänder sig emot den recenserades sätt att kritisera lagstiftare och domstolar för att de inte tagit till sig den metod han föreslagit. Ambitionen att på ett pedagogiskt sätt förklara de komplicerade felreglerna accepteras, men inte kritiken mot lagstiftare och tillämpare, eftersom denna anses innebära att den pedagogiska ambitionen skjuter över målet. Olsen / Victorin är av åsikten att domaren själv bör få bestämma i vilken ordning han prövar olika för honom sidoställda moment. De påpekar också att en domstol måste kunna avgöra saken med hänsyn till vad som förekommit i målet och därför kan man inte föreskriva ett visst analyschema som måste följas. Istället ligger det närmast till hands att grunda en dom på det faktum som är lättast att konstatera¹¹⁰.

Man menar att den recenserade boken på flera ställen är allt annat än konventionell och denna åsikt gäller inte minst propagerandet för felmetoden. Man säger om Grauers att denne ”finner att lagstiftaren ’dessvärre’ inte accepterat [felmetoden]” och att HD oftast använt undersökningsmetoden. Detta, hävdar recensenterna, ”förefaller han dock inte bry sig om. Det förhållningssätt som lärs ut är följaktligen att lagen är vad man själv gör den till”. Olsen och Victorin håller med om att pedagogiska ambitioner är bra, men att en läroboks på universitetsnivå främsta målsättning måste vara att riktigt återge vad som följer av relevanta rättskällor. Författarna drämmer på slutet till med det smått bombastiska argumentet om vikten av att lära ut en arbetsmetod ”baserad på grunderna i ett demokratiskt samhälle”¹¹¹. Fastighetsköp anses innehålla inre motsättningar av flera slag¹¹².

¹⁰⁸ JT 1991/92, s 357.

¹⁰⁹ JT 1991/92, s 357.

¹¹⁰ JT 1991/92, s 357 f.

¹¹¹ JT 1991/92, s 359.

¹¹² JT 1991/92, s 358 f.

6.1.2. Ändamålsenligheten

De inre motsättningar som finns i Fastighetsköp och den ambivalens som anses finnas i framställningens förhållande till lagtext, förarbeten och rättspraxis skapar oklarheter enligt Olsen / Victorin. Författarna bekymrar sig för den splittring som hävdandet av felmetoden riskerar skapa inom juristkåren, vilket i sin tur inbjuder till missförstånd. De studenter som läser Grauers' bok antas bli förvirrande, vilket inte vore fallet om författaren istället accepterat den av recensenterna som gängse betraktade undersökningsmetoden. Av dessa skäl sägs felmetoden vara opedagogisk; kanske inte metoden i sig, men åtminstone hävdandet av den under rådande omständigheter. Det idoga hävdandet anses nämligen bara leda till att det finns två alternativa tolkningar helt i onödan¹¹³.

6.2. Övrig doktrin

Olsen har även skrivit en egen artikel där metodvalet kort diskuteras. Nytt i denna artikel är att hon konstaterar att Grauers vid hävdandet av felmetoden hänvisar till ett antal NJA-fall. Som exempel anges i artikeln NJA 1983 s 865. I detta fall medger författaren i och för sig att HD först tog ställning till frågan om avvikelse förelåg från den standard som köparen hade rätt att kräva. Eftersom domstolen först vid bedömningen av undersökningsplikten använde ordet "fel" om avvikelsen, anses man dock inte desto mindre kunna ifrågasätta huruvida felmetoden verkligen tillämpades i fallet¹¹⁴.

I linje med denna åsikt skulle man enligt min mening kunna hävda att egentligen inget NJA-fall tillämpar felmetoden. Visserligen benämner HD bristerna som "fel" i de flesta fall som referats i detta arbetes kapitel 5.3, men det förekommer inte i något fall att domstolen gör några explicita uttalanden i stil med att t ex "avvikelse föreligger från vad käranden med fog kunnat förutsätta och därmed föreligger fel i JB:s mening".

Elfström refererar till rättsfall och förarbeten som anses stödja undersökningsmetoden¹¹⁵. Förutom det finns ett uttalande i dennes bok som förtjänar uppmärksamhet i detta kapitel. Sedan författaren konstaterat att man inte får något säkert svar från förarbeten och rättsfall på frågan om vilken metod som gäller, fastslår det att det är viktigt att belysa problemet eftersom "det kan ha en avgörande betydelse för målets utgång vilken metod som används"¹¹⁶. Intrycket jag får av detta uttalande är att Elfström tvärtemot Grauers, men förmodligen i likhet med Olsen / Victorin, menar att det slutliga utfallet kan skilja sig åt beroende på vilken metod man använder. En annan tolkning av uttalandet skulle dock kunna vara att det

¹¹³ JT 1991/92, s 357 och 359.

¹¹⁴ Olsen, Lena, Några frågor i anslutning till fastighetssäljares felansvar, JT 1992/93 s 343 f.

¹¹⁵ Elfström, a a, s 233.

¹¹⁶ Elfström, a a, s 222.

ligger i linje med Grauers' och de i kapitel 5.4 behandlade remissinstansernas rädsla för att utfallet blir fel om man använder undersökningsmetoden, då denna lättare för med sig att man missar ett avgörande moment.

En jämförelse kan här göras med en olycklig formulering av Grauers i JT 1991/92, när denne menar att ”främst vägen fram till resultatet” skiljer metoderna åt¹¹⁷. Det är jag som kursiverat ordet ”främst”, eftersom det ger vid handen att även nämnda författare menar att det slutliga resultatet i viss mån kan påverkas av vilken metod man tillämpar. I Grauers' fall anser jag dock att det tydligt framgår av den övriga behandlingen att han inte anser att så är fallet. Beträffande denna författare kan jag dock här passa på att påpeka att inte heller han förnekar att många rättsfall ger uttryck för undersökningsmetoden och att man i förarbetena till JB har uttalat ”att utgångspunkten för säljarens felansvar är köparens undersökningsplikt”¹¹⁸.

Emot felmetoden anför Elfström att det kan bli svårt att genomföra enhetlighet i praktiken, eftersom domstolarna måste rätta sig efter den bevisning parterna har dragit fram och då främst vad olika sakkunniga har sagt. Mellan olika sakkunniga finns det ofta skiftande uppfattningar. Skulle felmetoden lagfästas befarar författaren att domstolarnas sammansättning måste ändras så att tekniskt sakkunniga ingår i domstolen¹¹⁹.

En tolkning är att Elfström här tänker på de processuella begränsningar som finns, en annan att han menar att det på grund av komplexitet blir svårt att avgöra om fel föreligger enligt en enhetlig mall. Resonemangen bygger möjligen till viss del på att propagerandet för felmetoden innebär att man alltid först måste avgöra frågan om standardavvikelse föreligger, t ex oavsett vad parterna har åberopat. Så uppfattar jag dock inte felmetodens förespråkare¹²⁰. Argumentationen verkar också sikta in sig på att koncentration på det som felmetoden benämner felbedömningen kan leda till att sakkunniga får för stort inflytande på juristernas bekostnad.

Kihlman anser att det är ett allvarligt problem med felmetoden att den leder till inkonsekvens inom den svenska köprätten, i det att felbegreppet vid köp av fast egendom skiljer sig från det vid lös egendom. För att visa på denna inkonsekvens tar författaren som exempel ett 50 år gammalt skepp som säljs och som sedermera visar sig vara rötskadat. Då det handlar om lös egendom hävdas det att en domstol vid ogillad talan skulle konkludera att fel inte

¹¹⁷ JT 1991/92, s 785.

¹¹⁸ Grauers, 1998, a a, s 126 och 128 f samt JT 1991/92, s 787 och 790. Se de två delkapitlen nedan beträffande rättsfall och förarbeten. Grauers' förhållande till förarbeten diskuteras närmare i kapitel 6.4, 7.2 och 7.3. Citatet är hämtat från Grauers, 1998, a a, s 126.

¹¹⁹ Elfström, a a, s 225 f och 236. Närmare om praxis och förarbeten; se de två följande kapitlen.

¹²⁰ Jfr uppmärksammandet av processrättsliga aspekter i Grauers, 1998, a a, s 128 och i JT 1991/92, s 786 samt ovan kapitel 4.2 och 5.2.

föreligger. Skulle båten istället vara en fastighet med lika omfattande rötskador, förmodas domstolen, vid tillämpning av felmetoden, dra slutsatsen att fel förvisso föreligger, men att det inte kan åberopas, då skadorna borde ha upptäckts¹²¹.

Enligt min uppfattning ger dessa åsikter vid handen att avhandlingens utgångspunkt är att undersökningsplikten enligt undersökningsmetoden bakas in i felbegreppet¹²². Ett ytterligare problem påstås vara att metoden inte går att förena logiskt med lagtexten¹²³. Även Kihlman pekar ut ett antal rättsfall där undersökningsmetoden använts och finner stöd för den i förarbeten¹²⁴.

Från äldre doktrin märks Karlgren som menar att både lagrådet och departementschefen i prop 1970:20 A säger att undersökningsplikten utgör utgångspunkten för bedömningen av säljarens felansvar¹²⁵. Författaren hänvisar även vidare till Westerlinds Kommentar till Jordabalken som än tydligare fastslår att det är undersökningsplikten som utgör felbedömningens utgångspunkt. Att just denna författare ger stöd åt undersökningsmetoden torde vara av särskilt intresse, eftersom han var tongivande i de utredningar som föregick JB¹²⁶.

6.3. Praxis

Nedan redogör jag i kronologisk ordning för de rättsfall som är av intresse. De författare som uppmärksammar metodvalet påpekar att HD ofta använt undersökningsmetoden. Inte bara undersökningsmetodens företrädare, utan även dess motståndare inom litteraturen gör det. De fall som nämns är NJA 1978 s 301, 1980 s 555, 1981 s 815, 1984 s 3, 1985 s 274, 1985 s 871¹²⁷. Därutöver diskuteras NJA 1983 s 858 och refereras ett hovrättsfall av intresse.

6.3.1. HD-praxis

NJA 1978 s 301 handlade om att köparna efter tillträdet, med hjälp av laboratorieundersökning, fann att vattnet från den sålda fastighetens brunnar var otjänligt som dricksvatten. Köparna väckte talan om prisavdrag och påstod att utfästelse om vattnets kvalitet förelåg eller fick anses föreligga. I

¹²¹ Kihlman, a a, s 173.

¹²² Denna utgångspunkt ansluter till HovR:ns för Västra Sverige remissyttrande i prop 1989/90:77, s 131; se ovan kapitel 5.4.

¹²³ Denna invändning riktas dock även emot undersökningsmetoden; se kapitel 5.2 ovan. Även själva lagtexten anses logiskt oförsvarbar, se nedan, kapitel 7.3.

¹²⁴ Kihlman, a a, s 174. Se de två följande kapitlen beträffande praxis och förarbeten.

¹²⁵ Karlgren, a a, s 21. Beträffande propositionen; se kapitel 6.4.

¹²⁶ Westerlind, Peter, Kommentar till Jordabalken 1 – 5 kap., Stockholm 1971, s 396.

¹²⁷ Carbell, a a, s 174 och 190, Elfström, a a, s 233, Grauers, 1998, a a, s 126 och 128 samt Kihlman, s 174.

vart fall hävdade man avvikelser från befogade förväntningar. Svaranden vitsordade att vattnets beskaffenhet utgjorde faktiskt fel, men att det uppstått efter kärandenas tillträde. Utfästelse hade inte lämnats av något slag, undersökningsplikten var eftersatt och i vart fall förelåg friskrivning.

Svaranden hade vid visning av fastigheten sagt att vattnet var ”utmärkt” och ”friskt och kallt”. Med hänsyn till övriga omständigheter, bl a att vattnet på sin väg mot brunnen flöt igenom en 500 meter lång iakttagbar bäck och att säljaren på mäklares fråga svarade att han aldrig utfört några prover på vattnet, fann HD att utfästelse inte förelåg. Därför var köparna i fallet inte befriade från den undersökningsplikt, ”vilken...enligt förarbetena till JB utgör utgångspunkten för bedömningen av säljarens felansvar”¹²⁸.

Detta fall är centralt när man diskuterar vad en utfästelse är. I litteraturen får denna fråga sin största uppmärksamhet vid redogörelse av rekvisitet vad som följer av avtalet¹²⁹, men i HD:s domskäl fick frågan istället avgörande betydelse för frågan om vattnets beskaffenhet var upptäckbar. Hade HD följt felmetoden, får man anta att den hade konstaterat att det inte följde av avtalet att vattnet skulle vara drickbart. Därefter hade man varit tvungen att ta ställning till om abstrakt avvikelser förelåg vid köpet. Hade man funnit att så var fallet hade man sedan varit tvungen att som ett tredje moment avgöra undersökningsplikten. Ett sådant förfarande hade varit betydligt mer omständligt. Därför lutade man sig istället tillbaka på undersökningsplikten och valde därmed, med sin tolkning av förarbetena i ryggen, det faktum som på enklaste sätt ledde fram till ett ogillande av käromålet¹³⁰. Doktrinens uppfattning att undersökningsmetoden användes, synes med andra ord ha fog för sig.

NJA 1980 s 555, ”kryputrymmesfallet”, torde få säljarombud missa att uppmärksamma. Detta fall anses nämligen visa hur omfattande undersökningsplikten är. Fallet handlade om ett fritidshus som var cirka 30 år gammalt vid köpet. I HD rörde tvisten endast rötskador som fanns under husets golv. Skadorna var endast iakttagbara om man kröp in under ett kryputrymme under huset. Med beaktande av byggnadens ålder och att det framgick att köparna noterat vissa andra brister på fastigheten, ansåg HD att defekterna var i rättslig mening upptäckbara. På denna grund ogillades käromålet.

Domskälens inledning är intressant. Domstolen fastslog att JB 4 kap 19 § bygger på att fastigheten säljs sådan den är och att köparen därför har en undersökningsplikt som sätter en gräns för säljarens ansvar för brister i fastigheten. Enligt denna grundtanke, fortsatte man, är ”utgångspunkten för bedömningen av säljarens felansvar”¹³¹ köparens undersökningsplikt.

¹²⁸ Referatet, s 307. Prop 1970:20 A, s 396. Se kapitel 6.4 nedan.

¹²⁹ Se t ex Elfström, a a, s 315 f, Grauers, 1998, a a, s 142 f, Hellner, a a, s 54 och Sundell / Victorin, a a, s 210.

¹³⁰ Jfr JT 1991/92, s 358 och ovan kapitel 6.1.1.

¹³¹ Referatet, s 568 f. Beträffande förarbetena hänvisade HD till Prop 1970:20 A, s 220.

NJA 1981 s 815 handlade om en fastighet med ett husbocksangripen cirka 100 år gammalt hus. Husbocksangreppen upptäcktes av köparen några månader efter tillträde. Köparen väckte talan om fel i fastighet. Svaranden ansåg sig dock inte ansvarig för felet, utan hävdade, med hänsyn till att det handlade om ett 100 år gammalt före detta torp, att angreppen fick anses ligga inom det normala och att de borde ha upptäckts vid en tillräcklig undersökning. Samtliga instanser ogillade käromålet.

HD inledde sina domskäl med att referera till en uppfattning i förarbetena till JB 4 kap 19 § att köparen i allmänhet är den som ska bära risken för ett fel och att han därför måste trygga sig genom en undersökning. Därefter konstaterade man, särskilt med hänvisning till NJA 1980 s 555, att denna uppfattning godtagits i praxis. Med hänsyn till byggnadens ålder fann HD att undersökningsplikten inte var uppfylld. Den mycket ytliga besiktning som företagits ansågs långt ifrån tillräcklig. Insektsangreppen borde ha upptäckts och därför ogillades talan¹³².

Twist rådde i fallet både om avvikelse och om undersökningsplikt. HD valde att först avgöra om angreppen borde ha upptäckts. Man fann att så var fallet och därför är det en rimlig tolkning att undersökningsmetoden användes.

Ett viktigt fall är NJA 1984 s 3 som handlade om en fastighet på vilken det stod en vid köpet troligen knappt 70 år gammal men renoverad byggnad som påstods ha bristfällig dränering och ett rötskadat innertak. Kärandena yrkade prisavdrag. Då utredningen beträffande dräneringen var ofullständig ogillade HD talan i den delen. Rötskadorna och de konstruktionsbrister som de var en följd av kunde upptäckas inifrån ett slutet vindsutrymme.

Undersökningsplikten i fallet ansågs inte så omfattande att köparna borde ha brutit sig in i utrymmet. Därför bifölls talan.

Precis som i NJA 1980 s 555 inledde domstolen sin motivering med mer allmänna synpunkter och konstaterade: ”Av förarbetena till JB och av rättspraxis, se särskilt NJA 1980 s 555, framgår att köpare av fastighet i allmänhet har att själv bära risken för fel, som han väl inte känt till men bort upptäcka vid en med tillbörlig omsorg och sakkunskap företagen undersökning av fastigheten. Det är således omfattningen av *köparens undersökningsplikt som bildar utgångspunkten för bedömningen av säljarens felansvar.*”¹³³

Även i detta fall är det svår att hävda något annat än att man finner stöd för undersökningsmetoden. Det visar inte minst de kursiverade orden.

¹³² I fallet menade käranden att säljaren försummat sin upplysningsplikt och att det skulle medföra felansvar. Det ansåg inte HD. Domskälen i denna del kan helt klart tolkas på olika sätt. Grauers anser inte att fallet innebär att det finns någon generell upplysningsplikt, vilket han anser bekräftas av de senaste förarbetena. Hellner är av en annan uppfattning. Se ovan kapitel 3.2.

¹³³ Min kursivering.

Beträffande fallet kan dock den anmärkningen göras att domstolen inte bedömde om en sådan standardavvikelse förelåg som JB 4 kap 19 § kräver. Detta berodde, såvitt jag kan utläsa av referatet, på att svaranden inte påstod att rötskadorna inte utgjorde avvikelse enligt nämnda lagrum¹³⁴. Med tanke på att det handlade om ett gammalt hus hade jag nog som ombud för svaranden i målet inte avstått från ett sådant påstående¹³⁵.

NJA 1985 s 274 handlade om ett gammalt trähus och, precis som flera andra i denna uppsats refererade fall, om rötskador i ett golvs bjälklag. I målet var det ostridigt att skadorna var omfattande och till sitt fredande anförde svaranden att käranden borde ha upptäckt skadorna. Inte heller i detta fall förnekade svaranden att det handlade om en sådan standardavvikelse som lagstiftningen kräver. Med hänsyn till olika synliga symptom, buktande golv etc, och vad som förekommit vid köpet drog HD slutsatsen att köparen borde ha besiktigat även inte direkt tillgängliga utrymmen, varvid hon hade upptäckt skadorna.

Förutom att ordet ”av” inte stod med innan ordet rättspraxis och att man efter NJA 1980 s 555 lade till 1984 s 3 var formuleringen i början av domskälen helt identisk med citatet ovan från NJA 1984 s 3. Även i förevarande fall gav med andra ord HD uttryck för undersökningsmetoden.

NJA 1985 s 871 handlade om bristfälliga elinstallationer. I detta fall väcktes talan om i första hand skadestånd, under påstående om utfästelse eller avsaknad av kärnegenskap. I andra hand yrkades prisavdrag, varvid käranden hävdade att ”felen inte var besiktningsbara och att fastigheten därför avvek från vad han med hänsyn till omständigheterna hade anledning att räkna med”¹³⁶. Förstahandsyrkandet ogillades då utfästelse inte ansågs föreligga. Andrahandsyrkandet ogillades då ”felen hade bort upptäckas”¹³⁷.

Domskälen rörande andrahandsyrkandet inleddes i detta fall med precis samma formulering som i det ovan refererade fallet, förutom att man i uppräknningen av rättsfall lade till även det fallet. Formuleringen blev därmed en standardformulering för HD.

NJA 1985 s 571 torde vara det senaste fallet där just den återgivna inledningen användes och sedan det fallet har jag inte lyckats hitta något avgörande från högsta instansen där undersökningsmetoden använts.

Ett ytterligare fall ska dock diskuteras. I kapitel 5.3.1 refererade jag till NJA 1983 s 858 som ett fall som kunde tolkas till felmetodens fördel. Man skulle dock även kunna hävda att undersökningsmetoden användes i fallet.

¹³⁴ Ytterligare om fallet; se kapitel 7.1.2.

¹³⁵ Vid tiden för tvistens avgörande, var det dock troligen inte aktuellt att anlita mig som ombud. Jag gick då nämligen i första klass och var strängt upptagen med att lära mig att utläsa ”mor rar” och ”far är rar”.

¹³⁶ Referatet, s 872.

¹³⁷ Referatet, s 12.

Förutom att man i domskälen inte hänvisade till att förarbetena innebär att undersökningsplikten utgör felbedömningens utgångspunkt, påminner nämligen domskälen om de i NJA 1978 s 301. Om utfästelse förelåg eller inte var därför enligt vad man skulle kunna hävda avgörande för undersökningsplikten och inte för frågan om avvikelse förelåg. Enligt min uppfattning är det omöjligt att utesluta någon av tolkningarna¹³⁸.

6.3.2. Ett hovrättsfall

RH 1988:37 handlade om en fastighet vars areal och vars gäststugas boyta var mindre än vad som framgick i en annons och i en handling upprättad av mäklaren som kontrollerats av säljarna. Därför hävdade kärandena avvikelse från utfästelse eller från vad som fick anses utfäst och yrkade prisavdrag. Svarandena menade att utfästelser utöver vad som framgick av köpekontraktet inte förelåg. TR:n ogillade talan. De skäl som angavs var att köparna kunde kontrollerat arealen i lantmäterihandlingar eller i fastighetsregister och att fastighetens ungefärliga omfattning lät sig bedömas redan vid en översiktlig bedömning. Uppgifterna i annonsen och den andra handlingen sammantaget innebar enligt TR:n inte utfästelse av något slag. Därför var köparna inte befriade från sin undersökningsplikt. Domen fastställdes av HovR:n. I målet tog alltså domstolarna sin utgångspunkt i undersökningsplikten och därför torde man kunna hävda att undersökningsmetoden tillämpades¹³⁹.

6.4. Förarbeten

Det har redan framgått att flera författare hänvisar till såväl yngre som äldre förarbeten som kan anses stödja undersökningsmetoden¹⁴⁰ och beträffande äldre uttalanden gäller detsamma SOU 1987:30 samt flera rättsfall¹⁴¹.

I bl a NJA 1980 s 555, som flera andra fall hänvisat till, menade man att det var i enlighet med förarbetena att ta sin utgångspunkt i undersökningsplikten. Det uttalande man synes ha tagit intryck av är det som säger att "[u]tgångspunkten är att fastigheten säljes sådan den är och att följaktligen köparen för att trygga sig får verkställa undersökning"¹⁴². I NJA 1978 s 301 uttalade HD t o m att det "enligt förarbetena till JB" är undersökningsplikten som utgör utgångspunkten vid felbedömningen. Det

¹³⁸ Se även kapitel 7.1.2.

¹³⁹ Enligt min uppfattning borde dock inte metodvalet aktualiserats i fallet. Som jag tolkar parternas talan, var frågan endast om konkret fel förelåg eller inte. Svarandena påstod inte att köparna brustit i sin undersökningsplikt och därför grundade domstolarna i strid mot RB 17 kap 3 § sina domar på ett icke åberopat rättsfaktum. Jfr ovan kapitel 4.2.

¹⁴⁰ Se ovan kapitel 6.1 och 2 samt Elfström, a a, s 225 f, Grauers, 1998, a a, s 129 f, Kihlman, a a, s 174 och JT 1991/92, s 356.

¹⁴¹ Se ovan kapitel 6.3.1 och NJA 1978 s 301, 1980 s 555, 1981 s 815, 1984 s 3, 1985 s 274 och 1985 s 871 samt a u, s 91 f.

¹⁴² Prop 1970:20 A, s 220.

uttalande man därvid verkar ha fastnat för återfinns på ett annat ställe i propositionen, men skiljer sig bara från det nyss citerade i det att det istället för ”är” efter ”utgångspunkten” står ”skall vara”¹⁴³. Även Karlgren och Westerlind hade sannolikt de här återgivna uttalandena i åtanke, när de uttalade att felbedömningen enligt förarbetena utgår från undersökningsplikten¹⁴⁴.

Frågan man dock måste ställa sig är om man kan lägga någon vikt vid de gamla uttalandena efter ändringarna 1990. Svaret torde bli jakande. Vad gäller frågor med anknytning till undersökningsplikten var nämligen inga materiella förändringar avsedda¹⁴⁵.

Även förarbetena inför de senaste ändringarna av JB 4 kap 19 § har åberopats som stöd för undersökningsmetoden. I SOU 1987:30 konstateras utan reservation att frågan om undersökningsplikten är den mest centrala när man avgör felansvaret enligt JB 4 kap 19 §¹⁴⁶. Man torde också kunna spåra ett ställningstagande för undersökningsmetoden i uttalandet att undersökningsplikten ”är principiell utgångspunkt” för felreglerna¹⁴⁷. Därför förefaller HovR:n över Västra Götaland och Juridiska fakultetsstyrelsen vid Uppsala universitet ha fog för sina tolkningar att utredningen tagit ställning för undersökningsmetoden¹⁴⁸, vilket ytterligare understryks av att man i SOU:n inte synes ha något att erinra mot de rättsfall man refererar till, vilka ger uttryck för nämnda metod¹⁴⁹. Man kan dessutom av den följande propositionen utläsa att ingen remissinstans förutom de två nyssnämnda har något att erinra emot utredningen i här relevanta delar¹⁵⁰.

I den allmänna motiveringen i prop 1989/90:77 fastslår man att en domstol ”normalt inte är tvungen att ta ställning till om fastigheten avviker från normal standard innan domstolen tagit ställning till om köparen borde ha upptäckt det påstådda felet vid en undersökning av fastigheten”¹⁵¹. Det är detta uttalande Olsen / Victorin hänvisar till som stöd för att felmetoden har avfärdats av lagstiftaren¹⁵². På ett ställe i nämnda proposition finns även ett uttalande som i sak ger uttryck för ungefär samma syn på köparens undersökning som förekommer i de äldre förarbetena¹⁵³. Vad som möjligen starkast kan sägas stödja undersökningsmetoden är det sätt på vilket propositionen beskriver den föregående utredningens förslag:

¹⁴³ Prop 1970:20 A, s 396.

¹⁴⁴ I alla fall hänvisar båda författarna till s 396; se Karlgren, a a, s 21 och Westerlind, a a, s 394 och 396. Se även ovan kapitel 6.2. Annorlunda tolkning av de äldre förarbetena redovisas i kapitel 7.1.2.

¹⁴⁵ Kihlman, a a, s 169 f och prop 1989/90:77, s 61 f.

¹⁴⁶ A u, s 36 och 70.

¹⁴⁷ A u, s 91.

¹⁴⁸ Se ovan kapitel 5.4 samt prop 1989/90:77, s 127 f och 137.

¹⁴⁹ A u, s 25 ff.

¹⁵⁰ Prop 1989/90:77, s 38, 40 och 118 ff.

¹⁵¹ prop 1989/90:77, s 40.

¹⁵² Prop 1989/90:77, s 40. Beträffande Olsen / Victorin; se ovan kapitel 6.1.1.

¹⁵³ Prop 1989/90:77, s 39.

”Utgångspunkten för bedömningen av om fastigheten är felaktig är att köparen före köpet har att göra en sådan undersökning av fastigheten som påkallas” med hänsyn till olika omständigheter¹⁵⁴. Delar av detta citat uppmärksammas av Grauers som uppfattar dem som departementschefens egna ord¹⁵⁵. Ett annat uttalande av intresse återfinns i specialmotiveringen. Här sägs nämligen apropå undersökningsplikten att den är ”en utgångspunkt för säljarens felansvar”¹⁵⁶

¹⁵⁴ Prop 1989/90:77, s 40.

¹⁵⁵ Grauers, 1998, a a, s 129.

¹⁵⁶ Prop 1989/90:77, s 61. Se även Kihlman, a a, s 174. Ytterligare diskussion om de yngre förarbetena förs nedan i kapitel 7.1.

7. Ytterligare om de båda metoderna

7.1. Anmärkningar emot det som talar för undersökningsmetoden

7.1.1. Grauers' bemötande av Olsen / Victorin

I sitt debattinlägg uttalar Grauers att Olsens och Victorins påståenden om felmetodens strid mot gällande rätt är ”så anmärkningsvärda att de helt enkelt inte får stå oemotsagda”¹⁵⁷.

Att det skulle följa av de senaste förarbetena att felmetoden avvisats av lagstiftaren kan enligt Grauers klart uteslutas av den ordning som lagtexten tar upp olika moment i. Det stället i den senaste propositionen som recensenterna hänvisar till säger enligt författaren inte annat än att domstolen inte behöver ta ställning till frågan om standardavvikelse innan man avgör om ett omtvistat förhållande var upptäckbart. Dessutom påpekas det att Olsen och Victorin till synes inte noterar det viktiga ordet ”normalt” i det uttalande som de stöder sig på och som finns återgivet i detta arbetes kapitel 6.4¹⁵⁸. Detta ord anses tydligt visa att departementschefens uttalande inte är så kategoriskt som det framstår som i recensenternas tappning. Grauers' intryck är därför att hans mening motståndare inte är särskilt nogräknade med hur de hanterar uppgifter från förarbetena”¹⁵⁹.

Beträffande de processrättsliga frågor som recensenterna berör, menar Grauers att det faktum att RB 17 kap 3 § förhindrar att en domstol använder felmetoden knappast är en slagkraftig invändning mot den. Om ett ombud inriktat sin talan på t ex bara undersökningsplikten, kan han ju mycket väl ha tillämpat metoden på stadiet innan tvisten hamnade i domstol och därvid kommit fram till att andra rekvisit var meningslösa att argumentera utifrån. Grauers understryker att metodvalet inte bara berör domare. Att en domstol har rätt att koncentrera sig på den omständighet som är lättast att konstatera håller Grauers med om, men han påpekar att såväl domare som ombud och andra jurister sällan kan hitta någon enkel lösning på en fastighetstvist och att det därför är lämpligt att konsekvent pröva samtliga moment enligt den checklista som felmetoden skapar. Annars finns det en stor risk att något avgörande moment förbises. Därför anses den pedagogiska ambitionen knappast skjuta över målet som recensenterna hävdar¹⁶⁰.

¹⁵⁷ JT 1991/92, s 784

¹⁵⁸ Se citatet i nämnda kapitel och prop 1989/90:77, s 40.

¹⁵⁹ JT 1991/92, 787.

¹⁶⁰ JT 1991/92, s 786 och 790 f.

7.1.2. Övriga anmärkningar

Vad gäller Olsen / Victorin vill jag uppmärksamma ett problem som inte Grauers uppmärksammar. Som framgått ovan är det recensenternas åsikt att felmetoden inte är förenlig med rådande rättsläge. Samtidigt hävdas åsikten att en domstol måste få ha rätt att pröva olika moment i den ordning den önskar¹⁶¹. Enligt min mening är dessa två åsikter inte logiskt förenliga med varandra och därmed säger författarna emot sig själva. Den sistnämnda åsikten innebär rimligen att domstolen även måste få pröva momenten i den ordning som följer av felmetoden, om den så önskar, vilket inte kan vara tillåtet om den förstnämnda åsikten är riktig.

Bland de fall som i litteraturen sägs stödja undersökningsmetoden nämns bl a NJA 1984 s 3 och 1985 s 274. I dessa två fall anser jag dock att det måste poängteras att man med fog kan argumentera för att metodvalet egentligen inte aktualiserades, eftersom tvist inte förelåg beträffande standardavvikelse i något av de båda fallen.

Angående det både i 5.3.1 och 6.3.1 diskuterade fallet NJA 1983 s 858 kan ytterligare en anmärkning till felmetodens fördel göras. Om den tolkningen till undersökningsmetodens fördel som tidigare anförts stämmer, måste det enligt min uppfattning innebära att HD egentligen har missat att bedöma det nödvändiga rekviritet avvikelse som ju var omtvistat i fallet. Annorlunda var situationen i NJA 1978 s 301. I detta fall *ogillades* ju talan p g a undersökningsplikten.

Apropå praxis förtjänar även vad som anförts emot de fall, t ex NJA 1983 s 865, som anses stödja felmetoden¹⁶² en kommentar. Det torde vara ovanligt att HD ordagrant anammar en åsikt i doktrinen och enligt min uppfattning är det viktigaste att man i fallen gör en prövning av olika moment i den ordning som följer av felmetoden. I vilket fall som helst menar jag att man inte kan förneka att man i fallen använder sig av en metod som ligger betydligt närmare felmetoden. Detta mitt konstaterande är särskilt intressant om man tar del av Westerlinds artikel i SvJt, där denne räknar upp ett antal HD-fall som enligt författaren ”till punkt och pricka levandegör lagstiftarens viljeinriktning”¹⁶³. Även NJA 1983 s 865 finns med i denna uppräknning. I och för sig gäller uttalandet i princip bara bedömningen av undersökningspliktens räckvidd¹⁶⁴, men hade Westerlind haft några invändningar mot ordningen som de olika momenten prövades i i nämnda fall, hade han, skulle man kunna hävda, sannolikt passat på att rikta dessa invändningar, när han ändå diskuterade praxis kring JB 4 kap 19 §.

¹⁶¹ Se ovan kapitel 6.1.1 ovan och JT 1999/92, s 356 ff.

¹⁶² Se de första två styckena i kapitel 6.2 och JT 1992/93, s 343 f.

¹⁶³ Westerlind, Peter, Tankar kring den nya jordabalken, SvJt 1984, s 750 f.

¹⁶⁴ SvJt 1984, s 749 f.

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Uppsala universitet ifrågasätter som remissinstans i det senaste lagstiftningsärendet den gängse tolkningen av de tidigare förarbetena och menar att betoningen av köparens undersökningsplikt är svårförenlig med Lagrådets uttalande i prop 1970:20 A att: ”Utgångspunkten är att fastigheten säljs sådan den är och att följaktligen köparen för att trygga sig¹⁶⁵ får verkställa undersökning.”¹⁶⁶ Mer förenligt med bl a detta uttalande vore det att ta med frågan om felets upptäckbarhet som ett justerande andra led¹⁶⁷.

Jag håller med om att de ord som remissinstansen kursiverat klart antyder att tolkningen av de äldre förarbetena, vilken en i det närmaste enig doktrin, även Grauers¹⁶⁸, och flera NJA-fall verkar stå bakom, förefaller tveksam. Än mer tveksam blir tolkningen om man ser de åberopade uttalandena i deras fullständiga sammanhang. Propositionens text slutade nämligen inte efter de återgivna uttalandena, som man kan få intrycket av när man tar del av praxis och doktrin. Istället fortsatte såväl Lågrådet som departementschefen och fastslog att utgångspunkten till trots är säljaren ansvarig för vad som kan anses utfäst och för annan avvikelse från vad köparen har rätt att kräva, om inte avvikelsen borde ha upptäckts vid en undersökning¹⁶⁹. Man får intrycket att de flesta läsare av propositionen möjligen har lagt för stor vikt vid ordet ”utgångspunkten”. Enligt min mening måste dessutom uttalandet ses i sin historiska kontext. Min tolkning är att lagstiftaren vill understryka att trots de ändringar som JB från 1970 skulle innebära, principen alltså är att fastigheten säljs sådan den är, men att JB 4 kap 19 § innebär att denna princip väger betydligt lättare på g a säljarens utökade felansvar för avvikelser från både, med detta arbetes terminologi, konkret och abstrakt standard.

Stöd för dessa alternativa tolkningar finns i Carbells festskriftsartikel. Han tolkar i motsats till HD i NJA 1978 s 301 och 1980 s 555 rättsläget så att utgångspunkten att en fastighet säljs ”sådan den är” gäller sådana fel som borde ha upptäckts. Utgångspunkten för inte upptäckbara brister och defekter anses däremot vara att de går på säljarens risk, om de innebär avvikelse från den normala standarden för jämförbara fastigheter¹⁷⁰. Ramberg går ett steg längre än så och menar att utgångspunkten inte alls är att fastigheten ”säljs sådan den är, utan i det skick som köparen ’med fog kunnat förutsätta vid köpet’”¹⁷¹.

Med visst stöd av de tre nyss anförda källorna hävdar jag att man egentligen kan tala om två undersökningsplikter. Den ena, som fanns även innan 1970 och då var mer omfattande, innebär att en köpare för att trygga sig gör klokt

¹⁶⁵ Fakultetsstyrelsens kursivering.

¹⁶⁶ Prop 1970:20 A, s 220.

¹⁶⁷ Prop 1989/90:77, s 137 f.

¹⁶⁸ Grauers, a a, s 126.

¹⁶⁹ 220 f och 396.

¹⁷⁰ Carbell, a a, s 177.

¹⁷¹ Ramberg, Jan, Den nya konsumentskyddslagstiftningen, 2 uppl, Stockholm 1990.

i att undersöka fastigheten beträffande brister som inte utgör avvikelser i enligt JB 4 kap 19 § 1 st, varvid det inte har någon rättslig betydelse hur dold en viss brist är. Undersökningsplikten uttrycker i detta fall en rekommendation till köparen att han noggrant bör leta efter de brister som går på dennes risk och som är av betydelse för honom. Plikten enligt JB 4 kap 19 § 2 st, som är en följd av säljarens kraftigt utökade felansvar, är däremot rättsligt relevant. Den innebär ju nämligen att en avvikelse enligt paragrafens 1 st inte får åberopas som fel om den borde ha upptäckts. Denna undersökningsplikt är ofta långtgående men inte obegränsad.

Faktum är att det jag hävdar här gör den i kapitel 5.4 återgivna sammanfattningen i SOU 1987:30 mer begriplig. Detta betyder dock inte att jag inte håller med HovR:n för Västra Sverige i dess kritik. Jag anser nämligen också att man inte borde ge samma uttryck skiftande innebörder samt att användningen av olika begrepp är rörig och mångtydig¹⁷².

De uttalanden i prop 1970:20 A som olika författare och rättsfall förefaller ha fastnat för tar enligt min tolkning sikte på den äldre numera mindre omfattande typen av undersökningsplikt. Först någon mening längre fram talas det enligt min tolkning om den undersökningsplikt som kan medföra att man inte kan göra gällande felansvar, trots att det i och för sig föreligger avvikelse enligt JB 4 kap 19 § 1 st. I det sammanhanget anser jag att varken Lagrådet eller departementschefen säger något om vilken utgångspunkten för felbedömningen ska vara¹⁷³. För diskussionen om man ska använda fel- eller undersökningsmetoden är det enligt min mening endast den undersökningsplikt som är rättsligt relevant och följer av 4 kap 19 § 2 st som är av intresse.

Beträffande de senaste förarbetena bör det understrykas, som redan antytts, att det som Grauers refererar till som departementschefens uttalande egentligen är utredningens förslag som det uppfattas i propositionen. Departementschefens egna formuleringar verkar inte ligga lika nära ett förespråkande av undersökningsmetoden som utredningens förslag¹⁷⁴. Ett annat uttalande som har påtalats i samband med undersökningsmetoden är det i specialmotiveringen som säger att undersökningsplikten är ”en utgångspunkt för säljarens felansvar”¹⁷⁵. Beträffande detta uttalande skulle man dock kunna hävda att det istället stöder felmetodens förespråkare. Specialmotiveringen talar nämligen inte om undersökningsplikten som ”utgångspunkten”, utan om som ”en utgångspunkt”¹⁷⁶, vilket mycket väl kan antyda att man inte tar ställning för någon av metoderna, utan att det finns en eller flera ytterligare sidoställda utgångspunkter som tillämparen kan utreda i vilken ordning som helst.

¹⁷² Se ovan kapitel 5.4, prop 1989/90:77, s 127 och a u, s 47.

¹⁷³ Se prop 1970:20 A, s 220 f och 396 f.

¹⁷⁴ Prop 1989/90:77, s 40 ff och Grauers, 1998, a a, s 129.

¹⁷⁵ Prop 1989/90:77, s 61. Se ovan kapitel 6.4 och Kihlman, a a, s 174.

¹⁷⁶ Min kursivering.

Som framgått ovan finns det tydligaste stödet för undersökningsmetoden i SOU 1987:30. Om denna utredning antyder dock remissinstansen HovR:n för Västra Sverige att den kunde hållit en högre kvalitet. Remissinstansen uppmärksammar nämligen att det material som utredningen grundas på är alltför knapphändigt. I utredningens litteraturlista står t ex varken Grauers' bok eller Carbells festskriftsartikel med. Inte heller återfinns några offentliga tryck i litteraturlistan. Dessutom handlar endast tre av de fem böcker som finns med direkt om fel i fastighet och av dessa tre är två, Westerlinds kommentar och Karlgrens bok tämligen ålderstigna, medan den tredje, Hellners bok, är av mer översiktlig karaktär. Det anförda antas förklara och stödja remissinstansens åsikt att utredningens redogörelse av rättsläget är ofullständig¹⁷⁷.

7.2. Ytterligare emot felmetoden

Beträffande Grauers' bemötande av Olsen / Victorin skulle man kunna hävda att han gör sig skyldig till en självmotsägelse. Först konstaterar han att de förarbetsuttalanden som hans meningsmotståndare åberopar inte innebär något annat än att felmetoden inte behöver tillämpas och sedan påstås det att det av ordet "normalt" följer att departementschefen inte är så kategorisk som recensenterna vill göra gällande¹⁷⁸. Motsägelsen i detta ligger som jag uppfattar det i att påståendet att departementschefen inte är så kategorisk indikerar att Grauers ändå utgår från att uttalandet innebär ett principiellt ställningstagande för undersökningsmetoden.

Ett annat inte helt oproblematiskt faktum är att samme författare i sin bok refererar till vad som ses som departementschefens uppfattning i prop 1989/90:77 att utgångspunkten "för bedömningen av om fastigheten är felaktig är att köparen före köpet har att göra en sådan undersökning..."¹⁷⁹. Beträffande detta citat säger Grauers sedan att om det följts upp konsekvent borde det stycke i JB 4 kap 19 § som handlar om undersökningsplikten stå före det som handlar om avvikelser. Dagens lagtext ligger enligt författaren istället närmare felmetoden¹⁸⁰. Det problematiska i detta anser jag är att Grauers, i motsats till i JT, närmast synes medge att den senaste propositionen stöder undersökningsmetoden¹⁸¹.

7.3. Ett tredje synsätt

Det har redan i kapitel 5.2 och 6.2 framgått att Kihlman avfärdar båda de i denna uppsats diskuterade metoderna. Han betecknar dem som "tämligen

¹⁷⁷ Prop 1989/90:77, s 119.

¹⁷⁸ Se ovan och JT 1991/92, s 787.

¹⁷⁹ Prop 1989/90:77, s 40.

¹⁸⁰ Grauers, 1998, a a, s 129.

¹⁸¹ JT 1991/92, s 787.

komplicerade”¹⁸². Han vänder sig emot att båda metoderna tar som sin utgångspunkt att undersökningsplikten är ett självständigt moment vid bedömningen av säljarens felansvar. Författaren anser att det är en logisk omöjlighet att ge både avvikelser från befogad förväntning och undersökningsplikt rättsverkan.

Därmed avfärdar han även de båda styckena i JB 4 kap 19 § som oförenliga med varandra och menar att det ena måste konsumera det andra. Det är nämligen samma omständigheter som beaktas när man tar ställning till avvikelser som när man tar ställning till undersökningsplikten. När man inom köprätten talar om undersökningsplikt innebär detta att en köpare gör klokt i att undersöka köpeobjektet, *eftersom* han bär risken för obefogade förväntningar. Avvikelser från befogade förväntningar behöver han däremot inte upptäcka. Detta resonemang låter sig inte förenas med att avvikelser enligt JB 4 kap 19 § 1 st inte får åberopas på att det handlar förhållanden som borde ha upptäckts. Det, hävdar Kihlman, innebär ju att man konkluderar att en befogad förväntning inte är befogad¹⁸³.

På detta sätt förklarar han sin ståndpunkt att de två styckena i JB 4 kap 19 § konsumerar varandra och därför är logiskt ohållbara. På vilket sätt de båda metoderna är logiskt oförenliga med lagtexten synes man dock inte få någon förklaring till. Snarare får man intrycket att författarens åsikt är att de är ologiska av samma skäl som lagtexten, vilket, som jag uppfattar det, innebär att metoderna är logiska *i förhållande till lagtexten*, även om de i sig är ologiska.

De redovisade tankarna verkar bygga på en föreställning om undersökningsplikten som känns igen från hur rättsläget var tidigare¹⁸⁴. Möjligen kan Kihlmans idéer vara intressanta ur ett de lege ferenda-perspektiv, men eftersom både lagtext, förarbeten, rättspraxis och övriga rättskällor, som framgått ovan, uppenbarligen utgår från att det finns ett avvikelser- och ett undersökningsrekvisit torde författarens kritik inte sikta in sig på att det är en missuppfattning av rättsläget att anta att båda rekvisiten existerar. Snarare torde kritiken gå ut på att rättsläget är svårbegripligt och att det därmed inte är så underligt att de båda metoderna är komplicerade.

Åsikten att samma omständigheter kan vara relevanta för båda rekvisiten är tänkbar och till stor del riktig. Att så är fallet torde ingen förneka. Det finns exempel på flera fall där en domstol diskuterar vissa omständigheter och där man först alldeles på slutet får klart för sig om dessa hänför sig till frågan om avvikelser eller undersökningsplikten¹⁸⁵. Å andra sidan kan man enligt min mening klart förutse situationer där avvikelser från vad man med fog kunde förutsätta är för handen, men där avvikelserna borde ha upptäckts. Även fall i vilka ett förhållande inte borde ha upptäckts, men ändå inte utgör

¹⁸² Kihlman, a a, s 170.

¹⁸³ Kihlman, a a, s 167 ff.

¹⁸⁴ Se ovan kapitel 2 och mina resonemang i delkapitlet ovan.

¹⁸⁵ Ett illustrativt exempel utgör TR:ns domskäl i NJA 1996 s 584.

avvikelse enligt JB 4 kap 19 § 1 st är enligt min mening tänkbara. Här följer ett par fiktiva och tillspetsade exempel.

1.A köper en fastighet med ett fem år gammalt hus av B. Redan vid tiden för köpet luktade det skarpt av mögel i husets hall och de från början vita väggarna var kraftigt missfärgade. A, som tycker det är för jobbigt att åka och titta på kåken, skriver under köpeavtalet utan att ha tittat på huset innan. När han väl tillträder huset märker han de mycket allvarliga mögelskadorna, vilket föranleder honom att bums kräva prisavdrag.

2.C köper ett hus av D. En tid efter tillträdet läser hon om helt nya forskarrön i tidningen som pekar på att ett visst ämne i den målarfärg som väggarna i huset är målade med kan vara hälsofarliga. C förstår genast varför hon lidit av yrsel och illamående på senaste tiden och inser att väggarna snarast måste saneras, men också att hon inte har några pengar. Därför stämmer hon nu D enligt JB 4 kap 19 §. D bestrider dock käromålet och försvarar sig med att de flesta forskare starkt ifrågasätter de nya rönen.

I båda dessa exempel menar jag att det är omöjligt att kräva prisavdrag för fel i fastighet. I fall 1 torde det bero på att det mögelskadorna visserligen klart utgör avvikelse från vad A hade rätt att kräva av ett endast fem år gammalt hus, men att avvikelserna borde ha upptäckts vid en tillräckligt noggrann undersökning. Det hade ju i fallet räckt att A bemödat sig med att stiga över tröskeln till huset vilket torde kunna krävas av honom trots att huset bara var fem år gammalt. I fall 2 faller istället käromålet på att det finns för lite vetenskapligt stöd för att ämnet i målarfärgen skulle vara hälsofarligt, vilket innebär att avvikelse i vart fall inte kan styrkas. Det omtvistade förhållandet, ämnet i färgen, torde dock i och för sig inte vara upptäckbart i JB:s mening.

Fall 2 påminner om NJA 1986 s 670 I. Det fallet berörde ju radonproblem som man fann utgjorde abstrakt avvikelse. Eftersom HD fann att radon var ett så pass lite uppmärksammat problem vid köpet ansågs förekomsten av ämnet inte heller omfattas av köparens undersökningsplikt och därför bifölls käromålet. Jämför man med mitt fiktiva fall framstår det som klart att ämnet i färgen inte omfattas av undersökningsplikten, eftersom det tydligen handlar om nya forskningsresultat som var helt okända vid köpet. Skillnaden ligger istället i att avvikelse i detta fall inte föreligger. Därför hade inte D:s käromål bifallits. I NJA 1986 s 670 II ogillades käromålet p g a att den radonhalt man fann utredd var för låg för att innebära avvikelse. Hade halten varit lika låg i NJA 1986 s 670 I, hade därmed käromålet ogillats på samma grund, trots att undersökningsplikten i fallet tydligen var uppfylld. Dessutom: Hade en köpare idag krävt prisavdrag p g a förekomst av radon, torde det framgå motsatsvis av NJA 1986 s 670 I att han inte hade fått någon framgång. Alltjämt torde radonförekomst vara att betrakta som en avvikelse, men den anses *numera*, med den kunskap en köpare förväntas ha idag, upptäckbar.

För att ytterligare understryka min ståndpunkt att avvikelseundersökningsrekvisiten inte konsumerar varandra gör jag här om ett par rättsfall som jag referat till ovan. NJA 1975 s 545 handlade om avsaknaden av en difusionsspärr i ett slutet vindsutrymme. Hade utrymmet inte varit slutet, hade troligen den omtvistade avvikelser omfattats av köparens undersökningsplikt och i så fall hade käromålet ogillats, trots att avsaknaden av difusionsspärr tydligen utgjorde avvikelse enligt JB 4 kap 19 §. Ett annat fall man kan roa sig med att göra om är NJA 1989 s 117. Hade rasrisken varit mer omtalad i medier etc vid tiden för köpet, hade den sannolikt ansetts upptäckbar, men någon anledning att anta att det hade gjort någon skillnad för avvikelsebedömningen finns det, menar jag, inte.

7.4. Ett svårtolkat hovrättsfall

Ett fall som aktualiserade bedömning av både standardavvikelse och undersökningsplikt var RH 1983:136. Detta fall visar enligt min mening hur viktigt det är med den tidigare i uppsatsen omtalade tankeredan och att man håller isär begreppen. Fallet handlade om en fastighet med ett ca 130 år gammalt hus, vars avloppssystem visade sig odugligt. Kärandena yrkade, under påstående om fel i fastighet och att säljaren lämnat utfästelse om ett fungerande avloppssystem, i första hand skadestånd p g a fel i fastighet. I andra hand yrkades prisavdrag, då avvikelse från vad köparna haft anledning att räkna med ansågs föreligga.

I den av HovR:n fastställda TR-domen inledde man med konstaterandet att det var ostridigt att ”fel i fastigheten förelåg vid köpets ingående”¹⁸⁶. Därefter konstaterade man att inte någon garanti lämnats, varför förstahandsyrkandet ogillades. Sedan tog man ställning till andrahandsyrkandet, d v s om en abstrakt avvikelse förelåg. Efter att ha uppmärksammat husets ålder samt vissa andra omständigheter kom man fram till att undersökningsplikten inte var uppfylld och *därför* kunde inte fastigheten ”sägas avvika från vad en köpare under rådande omständigheter haft anledning att räkna med”¹⁸⁷.

Detta fall skulle kunna åberopas som stöd för att undersökningsmetoden används av domstolarna. Å andra sidan skulle samma fall kunna användas för en motståndare till samma metod, som en illustration på hur svårtydda domskälen kan bli om man använder den, i synnerhet om man betänker hur lagtexten numera är utformad. När man läser domskälen förstår man först alldeles på slutet att de förutsättningar som diskuteras hänför sig till frågan om undersökningsplikten var uppfylld. Fallet visar också att det vore bra att reservera termen fel åt rättsligt fel i JB:s mening, så att termen endast används när man väl kommit fram till att en sådan standardavvikelse föreligger som JB 4 kap 19 § 1 st kräver. Det är onekligen något förvirrande

¹⁸⁶ Referatet, s 279.

¹⁸⁷ Referatet, s 279.

när en domstol först fastslår att det är ostridigt att fel förelåg vid köpet för att sedan konstatera att fel inte förelåg.

7.5.Förhållandet mellan olika rättskällor etc

En rad rättskällor finns i den svenska rätten. De källor som detta arbete bygger på är lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Peczenik behandlar dessa rättskällors olika tyngd. Lagtext ”*skall*”, förarbeten samt prejudikat ”*bör*” och doktrin ”*får*” följas¹⁸⁸. De använda hjälpverben syftar till att åskådliggöra principen att lag går före förarbeten och prejudikat, vilka dock i sin tur går före doktrinen uppfattningar. Prejudikat och förarbeten kan en domstol i princip gå emot, men utrymmet anses dock mycket begränsat. Doktrinen är en domstol däremot inte bunden av på något sätt. Därmed är det dock inte sagt att doktrinen inte kan vara till stor nytta om den ger goda förslag på en av andra rättskällor obesvarad fråga. Gemensamt för alla rättskällor är att ju högre kvalitet de håller, desto större anledning har man att beakta dem. I princip tappar också rättskällor i tyngd ju äldre de blir. Mindre vikt fäster man också vid otydliga källor¹⁸⁹.

Lagtext är bindande. Problemet är dock att den ofta är ofullständig och tvetydig och därför är det inte sällan nödvändigt att ta hjälp av förarbeten och praxis, eller emellanåt doktrin, för att få klarhet i rättsläget¹⁹⁰.

Förarbeten består av allt beredningsarbete som föregår viss lagstiftning. Olika förarbetes tyngd sinsemellan i samma lagstiftningsärende bestäms av på vilket stadium de kommer in i lagstiftningsprocessen. Applicerat på t ex de förarbeten som berörts i denna uppsats i anledning av de senaste ändringarna av JB 4 kap 19 § innebär detta att SOU 1987:30 väger lättast, medan LU:s yttrande väger tyngst. Säger olika delar av förarbetena emot varandra ska i enlighet med detta ett senare uttalande i princip ha företräde. Inte desto mindre undergrävs ändå vikten av ett sådant uttalande, om välgenomtänkta motstående åsikter återfinns på tidigare stadier¹⁹¹.

HD:s avgöranden är prejudikat och utgör alltid auktoritetsskäl som bör följas av underrätterna. Dessas avgöranden är å andra sidan inte högre domstolar på något sätt bundna av, men en domstol bör alltid vara förhindrad att gå emot egen praxis¹⁹².

Doktrin blir särskilt intressant om de tre tyngre källorna ger en splittrad bild av rättsläget. Man kan t ex tänka sig en situation där lagtexten inte ger något klart besked och där förarbeten säger en sak och prejudikat säger en annan, eller där två rättskällor av samma typ ger olika besked. I ett sådant fall kan

¹⁸⁸ Peczenik, a a, s 35.

¹⁸⁹ Peczenik, a a, s 35 ff.

¹⁹⁰ Peczenik, a a, s 40.

¹⁹¹ Peczenik, a a, s 40 ff

¹⁹² Peczenik, a a, s 37.

man tänka sig att god argumentation för en ståndpunkt i doktrinen blir avgörande för ett ställningstagande för endera ståndpunkten¹⁹³.

Till sist ska det även påpekas att rangordningen mellan olika rättskällor emellanåt kan rubbas. Ett exempel är att ett antal tydliga prejudikat i praktiken kan göra omodern lagtext ointressant¹⁹⁴.

¹⁹³ Pezcenik, a a, s 42 ff.

¹⁹⁴ Pezcenik, a a, s 36.

8.Slutsatser

De föregående kapitlen har visat att säljaren ansvarar för fel i fastighet om fem olika förutsättningar är för handen. Avvikelse från konkret eller abstrakt standard måste föreligga enligt JB 4 kap 19 § 1 st och denna avvikelse måste vara dold enligt samma paragrafs 2 st. Förutom dessa två förutsättningar, krävs det dock att ytterligare tre föreligger; dels ska reklamation ha meddelats på det sätt som JB 4 kap 19 a § kräver, dels får inte preskription ha inträtt och dels krävs det att giltig friskrivning inte fritar säljaren från felansvar. Vissa författare anser dessutom att säljaren har en begränsad generell upplysningsplikt. Utgångspunkten i detta arbete har dock varit att så inte är fallet.

Kihlman är istället mer benägen att ta bort antingen avvikelse eller uppfyllande av undersökningsplikten som ett rekvisit för felansvar, eftersom han anser att det ena måste konsumera det andra. Denna åsikt, som inte verkar stödjas av någon annan, har jag dock starkt ifrågasatt. Hade åsikten omtvistat varit riktig hade för övrigt ämnet för denna uppsats byggts på en fundamental missuppfattning av rättsläget, eftersom de här diskuterade metoderna bygger på att det finns ett avvikelse- och ett undersökningspliktrekvisit.

Genomgången av praxis har visat att de två förstnämnda förutsättningarna varit de mest omtvistade, men även frågan om friskrivningsklausulens räckvidd och giltighet har flera gånger hamnat under HD:s bedömning. Att fastighetstvister är komplicerade och att det kan vara svårt att komma ihåg att lägga tillräcklig vikt vid alla relevanta moment torde de allra flesta vara överens om och det lär väl inte minst vara därför som metodvalet är omdiskuterat.

Som framgått av det fjärde kapitlet innebär felmetoden att man inleder med en felbedömning. Fel föreligger enligt denna bedömning om en sådan avvikelse är för handen som JB 4 kap 19 § 1 st förutsätter. Därefter går man, om fel föreligger, över till den sk relevansbedömningen, vilken innebär att man tar ställning undersökningsplikten, men även reklamation etc. Undersökningsmetoden tar istället sin utgångspunkt i om ett omtvistat förhållande på en fastighet var upptäckbart. Befinns så vara fallet behöver man sedan inte gå vidare och avgöra om avvikelse eller några andra förutsättningar är för handen. Var det som var omtvistat däremot dolt måste man gå vidare och bli utreda om avvikelse föreligger.

8.1. Metodernas förenlighet med gällande rätt

Vad man allra först kan konstatera är att ingen i alla fall direkt uttalat att undersökningsmetoden skulle stå i strid mot gällande rätt. Möjligen antyder remissinstansen i Juridiska fakultetsstyrelsen vid Uppsala universitet att så är fallet när man ifrågasätter den dittills vanligaste tolkningen av lagrådets uttalanden i prop 1970:20 A. Enligt min tolkning av de äldre förarbetena är det dock omöjligt att spåra något ställningstagande emot undersökningsmetoden. Med hänsyn till det och till att inget annat övertygande skäl i motsatt riktning förekommit, är det därför min slutsats att undersökningsmetoden är förenlig med gällande rätt.

Det torde ha framgått av behandlingen ovan att rättskällorna ger ett splittrat intryck beträffande felmetodens förenlighet med gällande rätt. Beträffande lagtexten, har argumentet framkommit att det faktum att avvikelserekvisitet framgår av JB 4 kap 19 § 1 st och undersökningsplikten av det 2 st talar till felmetodens fördel. Olsen och Victorin anser däremot att lagtexten efter de senaste ändringarna klarare ger uttryck undersökningsmetoden. På vilket sätt förklarar författarna dock inte närmare. Vad man möjligen avser är det faktum att undersökningsplikten, till skillnad från tidigare, finns upptagen i lagtexten. Man skulle också kunna tänka sig att författarna finner stöd i de första orden av den aktuella paragrafens 2 st: ”Som fel får inte åberopas en avvikelse som köparen borde ha upptäckt...”. Denna formulering kan man med fog hävda ligger närmare undersökningsmetoden än felmetoden. Närmare felmetoden hade den legat om den sagt t ex: ”Felet får inte åberopas om köparen borde ha upptäckt det.” JB 4 kap 19 § 2 st ger närmast intrycket att fel i rättslig mening anses föreligga endast om en avvikelse enligt samma paragrafs 1 st inte borde ha upptäckts, vilket innebär att fel i rättslig mening är detsamma som ”dolt fel”. Denna tolkning stämmer överens med idén att undersökningsmetoden innebär att man bakar in undersökningsplikten i felbedömningen. Ingen verkar dock hävda att det säkert följer av lagtexten vilken metod som ska tillämpas.

Därför får man gå vidare till rättspraxis och förarbeten. Tar man del av HD:s praxis framgår det att domstolen flera gånger mellan 1978 och 1985 upprepat att det följer av förarbetena till JB att undersökningsplikten utgör utgångspunkten för felbedömningen. De flesta författare synes mena att HD oftast bedömt olika moment enligt undersökningsmetoden. De NJA-fall som använder undersökningsmetoden är enligt min tolkning NJA 1978 s 301, 1980 s 555, 1981 s 815 och 1985 s 871. Därutöver är i och för sig även NJA 1984 s 3 och 1985 s 274 av intresse, eftersom HD där upprepar den nyss beskrivna standardformuleringen, men det kan enligt min uppfattning klart ifrågasättas att undersökningsmetoden *tillämpades* i något av de två fallen. Enligt min mening blir nämligen metodvalet bara relevant om det råder tvist om både avvikelse och undersökningsplikt. Denna förutsättning var dock inte för handen i något av de båda fallen.

Dessutom har HD, sin standardformulering till trots, flera gånger likväl prövat avvikelser före undersökningsplikt, vilket enligt min mening betyder att man gått till väga på ett sätt som betydligt närmare anknyter till felmetoden. En övervägande del av litteraturen synes mena att HD tillämpat undersökningsmetoden oftast. Jag har svårt att hålla med om det. I fall där tvist förelegat om både avvikelser och undersökningsplikt har istället enligt min mening oftast en metod liknande felmetoden använts. De fall man främst kan åberopa är härvidlag NJA 1975 s 545, 1983 s 865, 1986 s 670 I och II samt 1996 s 584. Vad som dock förringar värdet av dessa rättsfall är möjligen att de endast prövar olika moment i den ordning som felmetoden föreskriver, men man använder inte samma terminologi. Min uppfattning är dock att det viktigaste är i vilken ordning olika moment prövas. Fallen som talar för felmetoden neutraliserar därmed åtminstone de rättsfall som stödjer undersökningsmetoden. Noterbart är även att de tre senaste HD-domarna, NJA 1986 s 670 I och II samt 1996 s 584, anknyter till felmetoden. En företrädare för felmetoden skulle möjligen lite elakt kunna hävda att HD läst på förarbetena från 1970 en gång till och då kommit fram till att den tidigare tolkningen var något förhastad.

Beträffande praxis kan man dessutom hävda att vissa ytterligare HD-fall i vart fall ligger närmare fel- än undersökningsmetoden. Som exempel kan här anföras NJA 1979 s 790 och 1989 s 117. Man kan också passa på att påpeka att RH 1997:22 kan åberopas som stöd för att underrätterna inte har känt sig förhindrade att använda felmetoden.

På flera ställen i doktrinen konstateras det att praxis är vacklande och att HD inte tagit slutgiltig ställning till vilken metod som ska tillämpas. Dessa konstateranden kan jag bara instämma i och det torde inte finnas någon som anser att någon av metoderna har avfärdats av HD.

Frågan är då om man kan säga att förarbetena tar ställning till om fel- eller undersökningsmetoden ska användas. De flesta författare anser att de äldre förarbetena stödjer undersökningsmetoden. Jag anser dock inte att så är fallet. Vad de äldre förarbetena säger är enligt min tolkning inte annat än att den gamla principen att "fastigheten säljs sådan den är" fortfarande gäller sådana brister som köparen inte har rätt att räkna med eller avvikelser som borde ha upptäckts. Frågan om man ska följa felmetoden, varvid man först gör en felbedömning och sedan en relevansbedömning, eller om man först ska bedöma huruvida ett omtvistat förhållande var upptäckbart, menar jag däremot att förarbetena inte säger något om.

Som rättsläget var innan de redaktionella ändringarna 1990, skulle det också förbli. Inte desto mindre har flera uttalanden i de senaste förarbetena tilldragit sig intresse, vilket torde vara helt i sin ordning, eftersom olika uttalanden kan ses, inte som förändringar, men väl som klargöranden av rättsläget. Visserligen torde det vara svårt att förneka att SOU 1987:30 tar ställning för undersökningsmetoden. Denna utrednings kvalitet har dock på goda grunder ifrågasatts.

Beträffande prop 1989//90:77 kan man konstatera att den föregående utredningens syn återges i allmänmotiveringen och att denna inte avfärdas. Ser man däremot till olika uttalanden som doktrinen refererar till, torde varken fel- eller undersökningsmetoden avfärdas som oförenlig med rådande rättsläge. Jag håller inte med Olsen och Victorin om att de senaste förarbetena innebär en stabilisering av rättsläget som innebär att felmetoden inte får användas. Det ligger enligt min mening närmare till hands att konstatera att propositionen inte ger någon klar bild beträffande metodvalet.

Att så inte är fallet kan mycket väl bero på att lagstiftaren inte funnit skäl att ta ställning till frågan. En rimlig tanke torde vara att man har tänkt att det inte fanns någon anledning att gå emot den etablerade processprincipen att domaren har rätt att pröva olika moment i den ordning som önskas. Hade man i propositionen uttalat att bara undersökningsmetoden får tillämpas, hade det ju nämligen inneburit att domaren först måste bedöma undersökningsplikten, tvärt emot vad som annars gäller inom civilprocessen. De uttalanden som jag anser stödjade synen att båda metoderna är förenliga med rådande rättsläge är dels det som säger att en domstol inte *behöver* ta ställning till avvikelser innan den bedömer undersökningsplikten och dels det som säger att undersökningsplikten är *en* utgångspunkt vid felbedömningen.

Vad undersökningsmetodens företrädare inte synes beakta, är att det låter minså sagt märkligt att det skulle följa av lagstiftning att t ex en advokat inte får pröva olika moment i den ordning han behagar. En välvillig tolkning är dock den som framskyttade i kapitel 4.2 att felmetodens strid mot gällande rätt endast skulle gälla domstolsprocesser.

Måhända uppmärksammar läsaren dock här att mina åsikter bygger på att Grauers har rätt när han hävdar att det materiella resultatet blir detsamma oavsett vilken metod man väljer. Att så är fallet ser jag som självklart, eftersom metodvalet, som nämnda författare mycket riktigt påpekar, ju bara handlar om i vilken ordning man ska avgöra olika rekvisit. Visserligen har flera författare mer eller mindre direkt uttalat att det materiella resultatet kan påverkas, men inte ett enda argument har förts fram som antyder att uttalandena är riktiga. De båda metoderna innebär ju inte, i alla fall inte som de har definierats i detta arbete, att de olika civilrättsliga rekvisiten bedöms annorlunda när de väl tas upp till prövning.

Sammanfattningsvis innebär detta att svaret på uppsatsens första fråga, om både fel- och undersökningsmetoderna är förenliga med gällande rätt, blir ett i det närmaste reservationslöst ja.

8.2. Ändamålsenligheten

Efter att äntligen ha fått konkludera att båda metoderna är förenliga med rådande rättsläge och att det står tillämparen fritt att välja den metod han vill använda sig av, kan jag slutligen ge mig i kast med frågan vilken metod som

är den mest ändamålsenliga, d v s vilken metod man kan rekommendera den som är mån om att minimera risken att göra en felaktig bedömning. Min analys i detta delkapitel går ut på att jag bedömer olika arguments bärkraft så att jag slutligen kan ta ställning till vilka argument som sammanlagt väger tyngst och vilken metod jag därför finner mest ändamålsenlig. Först ska dock det faktum att Kihlman finner såväl fel- som undersökningsmetoden oförenliga med lagtexten kommenteras. Oförenligheten med lagtexten är förvisso ett argument emot båda metoderna. Eftersom detta argument bygger på en syn på JB 4 kap 19 § som jag har avfärdat, ägnar jag dock inte detta argument mer uppmärksamhet.

Ett av de argument som framkommit emot undersökningsmetoden är att den leder till en svårgenomtränglig och förvirrande terminologi. Grauers menar att en domstol vid tillämpning av metoden tvingas använda begreppet fel innan den tagit ställning till om fel i rättslig mening verkligen föreligger. Dessutom drabbas konklusionen om man ogillar talan p g a av att ett omtvistat förhållande borde ha upptäckts om man inte först bedömt frågan om avvikelse föreligger innan. Lösningen på dessa problem kan vara att man sätter fel inom citationstecken eller att man t ex skriver "företeelsen". Ett annat alternativ är att man bakar in undersökningsplikten i felbegreppet och åter ett att man endast uttalar att säljaren inte ansvarar enligt JB 4 kap 19 §. Samtliga dessa alternativ anses leda till mer intetsägande och / eller svårtydda domar än om man tillämpar felmetoden.

Denna argumentation är inte utan tyngd. Flera rättsfall visar hur förvirrande det kan bli om man inte använder en lättbegriplig terminologi. Tar man del av praxis är det t ex snarare regel än undantag att man benämner en omtvistad brist fel utan att man fastställt att fel föreligger i rättslig mening. Om man utgår från att den beaktansvärda åsikten att undersökningsmetoden innebär att undersökningsplikten bakas in i felbegreppet är riktig, innebär det rimligen att fel är precis detsamma som dolt fel. Detta anser jag vara mindre lyckat och därför förefaller det riktigt att anta att felmetoden, som på ett tydligare sätt delar upp de två rekvisiten i JB 4 kap 19 §, erbjuder en betydligt mer lättsmält och klargörande terminologi. Däremot kan man möjligen hävda att Grauers överdramatiserar problemen, när denne talar om fel som måste sättas inom citationstecken etc. Domskälen kan väl bli någorlunda smidiga även om man följer undersökningsmetoden. Föreligger t ex en fuktskada kan man ju t ex benämna den t ex just fuktskada, brist eller defekt fram till dess att man fastslagit att det handlar om fel, men inte desto mindre håller jag alltså med om att felmetoden leder till en klarare terminologi.

Att man bakar in undersökningsplikten i felbegreppet ska något ytterligare diskuteras. Grauers påpekar att ett sådant förfarande reser frågan om i konsekvens med detta även reklamation preskription och friskrivning ska bakas in i felbegreppet. På denna fråga finns inget svar. Enligt min mening indikerar detta än mer att felmetoden är både klarare och mer konsekvent, eftersom denna innebär att man först avgör om fel föreligger och sedan

konkluderar att det inte är relevant, oavsett vilket rekvisit som inte är uppfyllt.

Den klarare terminologin gör enligt flera författare att metoden är mer pedagogisk, vilket man inte kan annat än hålla med om. Att den är mer pedagogisk hör också ihop med att den leder till bättre tankereda, vilket minskar risken för att man förbiser eller lägger för lite vikt vid den betydelsefulla frågan om avvikelser föreligger enligt JB 4 kap 19 § 1 st. Denna åsikt synes få visst stöd i praxis, Där har det nämligen ofta hänt att parterna lagt ner väldigt energi på undersökningsplikten, men helt eller delvis förbisett den svåra frågan om en omtvistad brist verkligen föll under JB 4 kap 19 § 1 st.

Grauers' idé att felmetoden skapar ett slags checklista och att den utgör ett av skälen till att tankereda, konsekvens och pedagogiska fördelar uppnås, kan man dock ifrågasätta. Inget säger ju att undersökningsmetoden inte innebär att man kan följa en checklista. Jag anser att den enda skillnaden egentligen är att undersökningsplikten hamnar högst på en sådan lista. Därmed är skapandet av en checklista inget argument i sig. Sannolikheten torde dock vara större att man tillräckligt beaktar samtliga moment med den checklista som följer av felmetoden, eftersom det översta momentet på listan då överensstämmer med det översta i lagtexten.

Ett annat argument är att felmetoden leder till en enhetligare felbedömning. HovR:n för Västra Sverige menar som remissinstans i den senaste propositionen t o m att felbegreppet blir helt enhetligt om man använder felmetoden. Tillämpar man däremot undersökningsmetoden blir felbegreppet beroende av köparens uttalanden, symtom och andra särskilda omständigheter i fallet. Detta anses vara ett bekymmer eftersom identiska defekter bedöms annorlunda från objekt till objekt. Denna argumentation har jag svårt att instämma i. Även om man tar sin utgångspunkt i en felbedömning i felmetodens mening är ju nämligen bedömningen beroende av individuella omständigheter i fallet; hur gammalt ett hus är, om det är nyrenoverat, vad som sagts mellan parterna etc. I vart fall leder därför enligt min mening inte felmetoden till en helt enhetlig felbedömning.

En ytterligare följd av den fixering vid undersökningsplikten som undersökningsmetoden medför är, som en remissinstans påpekar inför ändringarna 1990, att köparen av en fastighet blir så noggrann att han ofta vill vidta åtgärder som går längre än vad en säljare kan acceptera. Vad en fixering vid undersökningsplikten också torde leda till är att köpare möjligen glömmer vad de verkligen ”med fog kan förutsätta”. Problemet är som jag ser det att en köpare kanske säger apropå t ex en fuktskadad husgrund att skadorna var omöjliga att upptäcka. Tänker man sig att det handlar om ett 100 år gammalt hus kanske dock frågan en sådan köpare skulle ställa sig istället är om det verkligen är en befogad förväntning att grunden är fri från fukt. Hade köpare och ombud oftare tänkt på frågan vad man verkligen har rätt att förvänta sig hade säkert måltillströmningen, som bedömts som alltför

stor, åtminstone till viss del, minskat. Skulle en sådan minskning ske tack vare felmetoden är ju det ett starkt argument för dess ändamålsenlighet.

Om man bortser från argumentet om en enhetlig felbedömning, anser jag att de olika argumenten emot undersökningsmetoden och för felmetoden är övertygande. Väger trots det argumenten för undersökningsmetoden och emot felmetoden tyngre? Den frågan tar jag ställning till i det följande.

Ett argument är att felmetoden leder till två alternativ helt i onödan, vilket bara skapar förvirring och splittring. Victorin anser att Grauers borde rätta sig efter undersökningsmetoden eftersom den är gängse. Vilken metod som är gängse kan man dock ha skilda uppfattningar om. Med tanke på att praxis minst lika ofta tillämpar fel- som undersökningsmetoden och att samtliga i litteraturen, inklusive Victorin själv, beskriver reglerna i samma ordning som olika moment ska prövas i enligt felmetoden, förefaller snarare felmetoden vara gängse. Följaktligen passar det återgivna argumentet snarare bättre åt felmetoden

Ett annat argument emot felmetoden står Elfström för. Han synes nämligen mena att en koncentration på felbedömningen kan leda till att domstolens ställning undergrävs eftersom den blir än mer beroende av sakkunniga. Möjligen har Elfström rätt i att sakkunniga har större betydelse vid avvikelsebedömningen. Detta är dock inte, och det menar inte heller författaren, någon avgörande invändning.

En annan invändning mot felmetoden är att den sägs tvinga en domare att ta ställning till frågan om avvikelse, trots att denne i en tvist egentligen på ett betydligt smidigare sätt direkt kan ogilla ett käromål på den grunden att det påstådda felet var upptäckbart. Här kan jag inte annat än hålla med. Å andra sidan kan man fråga sig hur vanligt det är att undersökningsplikten är ett enkelt sätt att ogilla käromål på. När det gäller tvister som har dragits ända till domstol torde väl det vanliga vara att två ombud har gjort en seriös bedömning innan man lät tvisten hamna i domstol och detta borde normalt innebära att olika rekvisit och däribland undersökningsplikten, har varit svåra att knäcka. I de fall i vilka man ändå helt enkelt kan konstatera att en brist borde ha upptäckts, medger dessutom Grauers och andra att domstolen inte ska känna sig förhindrad att först ta ställning till upptäckbarheten.

Kihlman påpekar att felmetoden leder till en begreppsbildning som skiljer sig från den vid lös egendom. Denna inkonsekvens ser han som en allvarlig nackdel med felmetoden. Visserligen är det säkert så att den svenska obligationsrätten är onödigt inkonsekvent på vissa områden. Vad man dock inte kan bortse från är att den annorlunda reglering som felmetoden bygger på torde vara en naturlig följd av de stora skillnaderna som finns mellan de båda egendomsslagen. Därför väger inte heller detta argument om inkonsekvens särskilt tungt.

Fördelarna med felmetoden och nackdelarna med undersökningsmetoden talar enligt min mening sitt tydliga språk. Mitt svar på frågan vilken metod som är mest ändamålsenlig är därför felmetoden.

Slutord

Denna uppsats har behandlat fel- och undersökningsmetoderna. Båda dessa har jag kommit fram till är förenliga med gällande rätt. Den av metoderna som är mest ändamålsenlig att använda är enligt min mening felmetoden. Denna metod är i alla fall den jag kommer att tillämpa om jag får tillfälle att slita några tvister om fel i fastighet i framtiden. Vad jag däremot till sist vill påpeka är att felmetoden i första hand är en god hjälp vid svårlösta tvister och att man i uppenbara fall inte ska känna sig förhindrad att pröva olika moment i en annan ordning än den som nämnda metod föreskriver.

Litteraturförteckning

- Boman, Robert, Ekelöf, Per-Olof, Rättegång, andra häftet, uppl 8:1, Stockholm 1996.
- Carbell, Leif, Felbegreppet och undersökningsplikten enligt 4:19 JB i Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984.
- Ulf, Cervin, Johan, Fastighetsköpet, upplaga 6:1, Malmö 1994.
- Elfström, Jan, Fel i fastighet, 2 uppl, Stockholm 1996.
- Grauers, Folke, Fastighetsköp, 14 uppl, Lund 1998.
- Grauers, Folke, Fel i fastighet – fel eller rätt metod ? i JT 1991/92, s 783 ff.
- Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1 häftet, Särskilda avtal, uppl 3:1, Stockholm 1996.
- Iggstrand Larsson, Carina, Felansvaret vid fel i fastighet, utgåva 2, Bromma 1992.
- Karlgren, Hjalmar, Felansvaret vid fastighetsköp enligt Jordabalken, Lund 1976.
- Kihlman, Jon, FEL. Särskilt vid köp av lös och fast egendom, Stockholm 1999.
- Lind, Johan, Fel i fastighet i Festskrift till Ulf K Nordenson, uppl 1:1, Stockholm 1999.
- Olsen, Lena, Några frågor i anslutning till fastighetssäljares felansvar i JT 1992/93, s 342 ff.
- Olsen, Lena, Victorin, Anders, Recension av Folke Grauers' Fastighetsköp, 12 uppl 1991 i JT 1991/92, s 355 ff.
- Ramberg, Jan, Den nya konsumentskyddslagstiftningen, 2 uppl, Stockholm 1990.
- Sundell, Jan-Olof / Victorin, Anders, Allmän fastighetsrätt, 3 uppl, Stockholm 1999.
- Westerlind, Peter, Kommentar till Jordabalken 1 – 5 kap., Stockholm 1971.
- Westerlind, Peter, Tankar kring den nya jordabalken, SvJt 1984, s 740 ff.

Offentligt tryck

LU 1989/90:36.

Prop 1970:20 A.

Prop 1989/90:77.

SOU 1987:30.

Rättsfallsförteckning

NJA 1961 s 137.
NJÄ 1975 s 545.
NJÄ 1976 s 217.
NJÄ 1978 s 301.
NJÄ 1978 s 307.
NJÄ 1979 s 790.
NJÄ 1980 s 398.
NJÄ 1980 s 555.
NJÄ 1981 s 815.
NJÄ 1981 s 894.
NJÄ 1983 s 858.
NJÄ 1983 s 865.
NJÄ 1984 s 3.
NJÄ 1985 s 274.
NJÄ 1985 s 871.
NJÄ 1986 s 670, I och II.
NJÄ 1988 s 3.
NJÄ 1989 s 117.
NJÄ 1996 s 584.
NJÄ 1998 s 407.

RH 1983:136.
RH 1988:37.
RH 1994:36.
RH 1997:22.

Svea HovR:s dom DT 36/87 (avd 14) i mål T 1029/86.
Svea HovR:s dom DT 95/91 (avd 14) i mål T 767/90.