

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 24 februari 2017

Mål nr

T 3034-15

KLAGANDE

1. DR

2. TR

Ombud för 1 och 2: Advokat EK och jur.kand. IK

MOTPART

I Besiktning AB, 556801-5969

Sisjö Kullegata 8

421 32 Västra Frölunda

Ombud: Advokaterna CH och FS

SAKEN

Skadestånd

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Hovrätten för Västra Sveriges dom 2015-05-13 i mål T 3676-14

DOMSLUT

Högsta domstolen förklarar att ansvarsbegränsningen i parternas avtal till 15 prisbasbelopp ska anses vara verksam.

Högsta domstolen meddelar inte prövningstillstånd i målet i övrigt. Hovrättens dom står därmed fast.

DR och TR ska ersätta I Besiktning AB för rättegångskostnad i Högsta domstolen med 140 000 kr avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

DR och TR har yrkat att Högsta domstolen ska förplikta I Besiktning AB att till dem betala 1 892 783 kr jämte ränta enligt 4 och 6 §§ räntelagen från den 21 december 2012 till dess betalning sker.

DR och TR har vidare yrkat att Högsta domstolen ska förplikta I Besiktning AB att ersätta dem fullt ut för rättegångskostnader i tingsrätten och hovrätten.

I Besiktning AB har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Högsta domstolen.

Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd beträffande frågan i vad mån ansvarsbegränsningen i parternas avtal till 15 prisbasbelopp ska anses vara verksam, med utgångspunkt i hovrättens bedömningar under rubrikerna *Vad innebar överlåtelseavtalet och den s.k. köpargenomgången, De påstådda bristerna i besiktningen, Sambandet mellan oaktsamhet och skada och Skadeståndets storlek* samt bedömningen avseende medvällande. Frågan om prövningstillstånd rörande målet i övrigt har förklarats vilande.

DOMSKÄL

Bakgrund

1. DR och TR förvärvade i november 2010 en villafastighet för bostadsändamål. Köpeskillingen var 9 miljoner kronor. Byggnaden hade uppförts på entreprenad med säljaren som beställare. Entreprenaden hade slutbesiktats i februari 2008.
2. Inför försäljningen hade säljaren av I Besiktning AB (IBAB) köpt ett avtalspaket som tillhandahölls under benämningen ”Tryggad”. I detta ingick en överlåtelsebesiktning, en okulär elinstallationskontroll, en okulär ventilationskontroll, en radonmätning, en energideklaration och en s.k. dolda fel-försäkring. Säljaren betalade 17 250 kr för paketet. Priset för överlåtelsebesiktningen var enligt en prislista 7 900 kr.
3. I de allmänna villkor som gäller enligt säljarens avtal med IBAB föreskrivs det följande:

Ändamålet med en överlåtelsebesiktning för säljare är att inför en fastighetsöverlåtelse samla och redovisa information om fastighetens fysiska skick.

Insamlingen sker genom en byggnadsteknisk undersökning som verkställs av en särskilt anlita sakkunnig besiktningsman. Resultatet redovisas i ett besiktningsutlåtande som är avsett att användas vid fastighetsförsäljningen som en byggnadsteknisk beskrivning av fastighetens skick.

Besiktningsutlåtandet kan även ha betydelse vid förhandlingen om de villkor som ska gälla för fastighetsköpet och det kan också utgöra underlag till en doldafelförsäkring.

[...]

Genom en överlåtelsebesiktning för säljare och överlämnandet av besiktningsutlåtandet till köparen klargörs ansvarsfördelningen mellan säljare och köpare för de fel som redovisats i besiktningsutlåtandet. De redovisade felen kan till exempel inte

anses utgöra dolda fel i fastigheten. De fel som antecknats i besiktningsutlåtandet liksom de risker som antecknats i riskanalysen och som senare infrias kan en köpare inte göra gällande mot säljaren efter fastighetsköpet.

Det framgår av utredningen att säljaren tecknade en försäkring avseende dolda fel i fastigheten.

4. Med anledning av säljarens avtal med IBAB utförde en besiktningsman, anställd hos bolaget, i oktober 2010 en besiktning av byggnaden.

5. I samband med köpet av fastigheten träffade köparna och IBAB i december 2010 ett avtal enligt en skriftlig handling som har följande rubrik:

UPPDRAGSBEKRÄFTELSE beträffande

Avtal om övertagande av utlåtande avseende ÖVERLÅTELSEBESIKTNING av fast egendom

I handlingen beskrivs avtalets huvudsakliga innehåll på följande sätt:

Besiktningsföretaget och besiktningsförrättaren har för Säljaren utfört [den nämnda överlåtelsebesiktningen] i enlighet med till Säljaren överlämnad uppdragsbekräftelse samt upprättad överlåtelsebesiktning med utlåtande. Genom detta avtal medger Besiktningsföretaget och besiktningsförrättaren att Köparen övertar Säljarens rättigheter och skyldigheter gentemot Besiktningsföretaget och besiktningsförrättaren enligt uppdragsbekräftelsen samt överlåtelsebesiktning med utlåtande. Köparen har tagit del av och läst igenom uppdragsbekräftelsen samt överlåtelsebesiktningen med utlåtande avseende överlåtelsebesiktning av fast egendom och är införstådd med däri angivna noteringar, förutsättningar och villkor.

Detta avtal förutsätter att Besiktningsföretaget och besiktningsförrättaren och Köparen har en gemensam genomgång av överlåtelsebesiktning med utlåtande och att Köparen betalar nedan angiven ersättning till Besiktningsföretaget och besiktningsförrättaren.

För övertagandet betalade köparna 3 900 kr. I det priset ingick en genomgång av besiktningsutlåtandet med besiktningsmannen. Det framgår inte av utredningen att det vid denna genomgång förekom något av betydelse för den bedömning som nu ska göras.

6. I ett förtryckt dokument med rubriken ”GENOMGÅNG AV ÖVERLÅTELSEBESIKTNING FÖR KÖPARE ENLIGT SBR-MODELLEN” som fogades till uppdragsbekräftelsen föreskrivs det följande:

Ändamålet med en överlåtelsebesiktning för köpare är att i samband med en fastighetsöverlåtelse samla och redovisa information om fastighetens fysiska skick. Insamlingen sker genom en byggnadsteknisk undersökning som verkställs av en särskilt anlitad sakkunnig besiktningsman. Resultatet redovisas i ett besiktningsutlåtande.

Besiktningsutlåtandet kan utgöra en del av den undersökning av fastigheten som en köpare är skyldig att genomföra i samband med fastighetsköpet. Besiktningsutlåtandet ersätter dock inte köparens undersökningsplikt.

Besiktningsutlåtandet kan även ha betydelse vid förhandlingen om de villkor som ska gälla för fastighetsköpet och det kan också utgöra underlag till en doldafelförsäkring.

Det framgår inte av avtalet att köparna tecknade någon sådan försäkring. Inte heller ger utredningen i övrigt något stöd för att så skedde eller ens att det hade kunnat ske.

7. Till uppdragsbekräftelsen är fogade också allmänna villkor där följande bestämmelse finns:

Besiktningsmannens skadeståndsskyldighet är begränsad till ett belopp motsvarande skillnaden mellan fastighetens värde vid överlåtelse tillfället med respektive utan fel i besiktningsutlåtandet och överstiger inte i något fall 15 prisbasbelopp enligt lagen om allmän försäkring vid den tidpunkt då avtal om överlåtelsebesiktning träffades.

En bestämmelse med motsvarande begränsningar – och en ytterligare restriktion som saknar betydelse i detta sammanhang – finns i de allmänna villkor som gäller i förhållandet mellan IBAB och säljaren. Det är i målet ostridigt att takbeloppet enligt den citerade bestämmelsen svarar mot 636 000 kr.

8. De förtryckta villkorsregleringar som nu nämnts har utarbetats av Svenska Byggingenjörers Riksförbund (SBR). De har enligt vad som upplysts tillkommit för att skapa en konsumentinriktad besiktningstyp, överlåtelsebesiktning, under hänsynstagande till byggbranschens intressen. Det har också upplysts att SBR erbjuder sina medlemmar ett branschförsäkringsskydd som är kopplat till ansvarsbegränsningen och som förutsätter att en sådan begränsning har avtalats.

9. Köparna har med anledning av ett antal fel i byggnaden framställt skadeståndsanspråk mot IBAB om sammanlagt drygt 1,9 miljoner kronor på den grunden att besiktningsmannen har varit vårdslös vid sin besiktning. De har gjort gällande att ansvarsbegränsningen saknar verkan, eftersom vårdslösheten har varit grov. Men även om vårdslösheten inte skulle vara att anse som grov ska, enligt köparna, skadeståndsskyldigheten till följd av föreliggande omständigheter inte vara begränsad till visst belopp. Enligt IBAB saknas det skäl att åsidosätta eller jämka ansvarsbegränsningen.

10. Tingsrätten fann att besiktningsmannen hade varit grovt vårdslös och att ansvarsbegränsningen därför enligt allmänna rättsprinciper skulle sättas åt sidan. Yrkandet om skadestånd bifölls intill ett kapitalbelopp om 1 522 165 kr. Hovrätten har funnit att den sammanlagda i och för sig ersättningsgilla skadan uppgick till (1 892 783 ./ 90 225) 1 802 558 kr men har med tillämpning av bestämmelsen om ansvarsbegränsning bestämt det skadestånd som bolaget ska betala till 636 000 kr. Enligt hovrätten utgör den oaktsamhet som ligger besiktningsmannen till last inte någon sådan grov vårdslöshet som kan

föranleda att begränsningsbestämmelsen sätts åt sidan, och inte heller har hovrätten funnit skäl att tillämpa 36 § avtalslagen på bestämmelsen.

Frågan i målet och utgångspunkter för prövningen

11. Högsta domstolen har med utgångspunkt i hovrättens bedömningar i vissa angivna hänseenden meddelat prövningstillstånd rörande frågan i vad mån ansvarsbegränsningen i parternas avtal till 15 prisbasbelopp ska anses vara verksam. Av de hovrättens bedömningar som ska ligga till grund för prövningen följer att Högsta domstolen har att utgå från att besiktningsmannen av vårdslöshet har underlåtit att i besiktningsutlåtandet notera de fel i fastigheten som hovrätten funnit klarlagda och att detta har orsakat köparna skada motsvarande 1 802 558 kr. Graden av vårdslösheten är dock öppen för prövning.

Avtalssituationen

12. Avtalet mellan IBAB och köparna rymmer en del oklarheter. Att döma av texten i själva uppdragsbekräftelsen (se p. 5) förefaller tanken ha varit att köparna ska ”överta” säljarens rättigheter genom att IBAB tar på sig att svara mot köparna på samma sätt som IBAB svarar mot säljaren. Det leder närmast till att köparna skulle ha rätt till skadestånd för bara sådan skada som säljaren skulle ha kunnat göra gällande, och att den ansvarsbegränsningsklausul som ska prövas är den som finns i de allmänna villkor som gäller i förhållandet mellan IBAB och säljaren. Det leder också till att begränsningar i säljarens rätt gentemot besiktningsmannen, t.ex. på grund av säljarens egen kunskap, skulle kunna göras gällande av besiktningsmannen som invändning också mot köparnas anspråk.

13. Genom de förtryckta dokument som finns fogade till uppdragsbekräftelsen (se p. 6 och 7) bibringas köparna emellertid uppfattningen att utlåtandet utgör en del av den undersökning som köparna måste göra i

samband med fastighetsköpet. Dokumenten kan inte, trots vad som anges i uppdragsbekräftelsen, tolkas på annat sätt än att IBAB får anses ha tagit på sig ett i skadeståndshänseende självständigt ansvar mot köparna för riktigheten av överlåtelsebesiktningen. Köparna har alltså rätt till ersättning för skada som de – inte säljaren – har lidit till följd av sådana fel eller risker som besiktningsmannen av oaktsamhet har underlåtit att anmärka i det övertagna besiktningsutlåtandet.

14. Det angivna synsättet ligger uppenbarligen också till grund för hovrättens bestämning av köparnas i och för sig ersättningsgilla skada, och det ska med anledning av det begränsade prövningstillståndet ligga till grund för bedömningen av den fråga som Högsta domstolen nu har att avgöra. En konsekvens av det är att den ansvarsbegränsningsklausul som är föremål för prövning är den som gäller i förhållandet mellan IBAB och köparna. En annan sak är att det förhållandet att besiktningen utfördes på uppdrag av säljaren kan ha betydelse för bedömningen av hur pass klandervärt besiktningsmannens agerande får anses ha varit (se vidare p. 49–51).

Besiktningsmans skadeståndsansvar mot konsument

15. När en fysisk person, som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet, ingår avtal med en näringsidkare och avtalet avser en tjänst, kan i vissa fall konsumenttjänstlagen (1985:716) vara tillämplig. Lagen, som är tvingande till konsumentens förmån (se 3 §), gäller med några undantag avtal om arbete på lösa saker, avtal om arbete på fast egendom, på byggnader eller andra anläggningar på mark eller i vatten eller på andra fasta saker samt avtal om förvaring av lösa saker (se 1 §).

16. När konsumenttjänstlagen är tillämplig kan konsumenten vid fel i den utförda tjänsten bl.a. kräva skadestånd. Rätt till sådan ersättning föreligger om inte näringsidkaren visar att dröjsmålet beror på ett hinder utanför hans

kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid avtalets ingående och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit (det s.k. kontrollansvaret), eller om resultatet av tjänsten avviker från vad näringsidkaren särskilt har utfäst. Rätten till skadestånd omfattar då konsumentens alla förluster; konsumenten har alltså rätt till ersättning enligt det positiva intresset. Näringsidkaren och konsumenten kan emellertid träffa avtal om att ersättningen inte ska omfatta förlust i näringsverksamhet. (Se 31 §.) En motsvarande reglering återfinns i 30–32 §§ konsumentköplagen (1990:932).

17. Besiktning är en immateriell tjänst och faller därför utanför konsumenttjänstlagens tillämpningsområde (se NJA 2007 s. 962). Allmänna kontraktsrättsliga principer blir i stället tillämpliga. I viss utsträckning kan vad som föreskrivs i de konsumentskyddande lagarna anses ge uttryck för dessa principer. Det gäller dock inte generellt i fråga om kontrollansvar. Fastän konsumenttjänstlagen bygger på en balanserad avvägning av typiska partsintressen och därför i vissa hänseenden ger uttryck för allmänna kontraktsrättsliga principer i fråga om tjänsteuppdrag, så får grunden för en besiktningsmans skadeståndsansvar vid fel i den utförda tjänsten anses vara ett vanligt vårdslöshetsansvar (jfr Bertil Bengtsson, Om skadestånd vid konsumenttjänster, SvJT 2008 s. 262 ff. på s. 267 f. och Svante O. Johansson, Konsumenttjänstlagen, 2013, avsnitt 1.10.3).

18. Att konsumenttjänstlagens tvingande regler inte är tillämpliga på besiktningsuppdrag medför att det inte finns något principiellt hinder mot att en besiktningsman som är näringsidkare gentemot en uppdragsgivare som är konsument avtalsvis begränsar sitt ansvar. Frågan huruvida en överenskommen ansvarsbegränsning kan göras gällande i ett enskilt fall får i stället avgöras av allmänna principer. Att de tvingande konsumentskyddsreglerna tillhandahåller en viss nivå på skyddet kan då vara en omständighet av

betydelse för bedömningen (jfr Ulf Bernitz, Standardavtalsrätt, 8 uppl. 2013, s. 161 ff. och 176).

Den rättsliga kontrollen av ansvarsbegränsningar i konsumentförhållanden

19. Den rättsliga kontrollen av klausuler, som helt eller delvis begränsar en skadeståndsansvarig parts skyldighet att ersätta den skadelidande konsumenten, har traditionellt skett på olika sätt. Domstolarna har ibland tillämpat en förhöjd avtalströskel och andra gånger tolkat villkoret inskränkande. Det har också förekommit att en begränsningsklausul satts åt sidan när en skadegörande avtalspart eller någon som han ansvarar för har handlat särskilt klandervärt (se exempelvis NJA 1981 s. 400).

20. Det förslag som låg till grund för 1973 års konsumentköplag innehöll en tvingande regel som gav konsumenten rätt till full ersättning om säljaren hade visat grov försummelse vid fullgörandet av avtalet. Departementschefen uttalade emellertid att det fick anses vara tveksamt om den regeln innebar en förstärkning av konsumentens rättigheter, eftersom det redan fick anses gälla att en friskrivning från skadeståndsansvar inte kan åberopas när uppsåt eller grov vårdslöshet ligger den skadevållande till last (se prop. 1973:138 s. 138; jfr SOU 1974:83 s. 177). Regeln kom därför inte att bli till lag.

21. Det uttalas på motsvarande sätt ibland i doktrinen att det är en viktig, men okodifierad, rättsprincip att en part inte med rättslig verkan kan friskriva sig från ansvar för skada som har vållats uppsåtligen eller av grov vårdslöshet (se t.ex. Bernitz, a.a., s. 103 och Jan Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2 häftet, 6 uppl. 2016, s. 246). Inte sällan förekommer i standardavtal att undantag görs från avtalade ansvarsbegränsningar vid grov vårdslöshet eller uppsåt.

22. I den rättsliga litteraturen finns emellertid också uppfattningen att rättsläget beträffande friskrivningar från egen grov vårdslöshet och anställdas

handlingar får betraktas som mer eller mindre osäkert (se t.ex. Axel Adlercreutz och Lars Gorton, *Avtalsrätt II*, 6 uppl. 2010, s. 117, Jan Ramberg och Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 10 uppl. 2016, s. 257 och Harald Ullman, i Bertil Bengtsson m.fl., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, 2 uppl. 2013, s. 135 ff.). Den uppfattningen hänger delvis samman med att vad som menas med grov vårdslöshet beror på det rättsliga sammanhang där frågan kommer upp och att begreppet av bl.a. det skälet ger dålig vägledning (jfr NJA 1992 s. 130).

23. Osäkerheten har även att göra med betydelsen av generalklausulen i 36 § avtalslagen. I förarbetena till generalklausulen uttalas det sålunda att gränsen för möjligheten att tillämpa en ansvarsbegränsning inte kan dras vid uppsåt eller grov vårdslöshet utan måste bedömas utifrån en värdering av alla föreliggande omständigheter (se SOU 1974:83 s. 178 f.). Där finns också stöd för att en rättslig kontroll av sådana bestämmelser bör ske öppet genom en tillämpning av generalklausulen i stället för dolt, exempelvis i form av en förhöjd avtalströskel eller en inskränkande tolkning.

24. Efter tillkomsten av 36 § avtalslagen har efter hand den uppfattningen vunnit insteg, att frågan huruvida det finns skäl för att åsidosätta en ansvarsbegränsning på grund av en skadegörarens klandervärda agerande, inbegripet hans eventuellt grova vårdslöshet eller uppsåtliga handlande, lämpligen bör hanteras inom ramen för 36 § (se t.ex. Torsten Lundmark, *Friskrivningsklausuler. Giltighet och räckvidd*, 1996, s. 133 ff., Adlercreutz och Gorton, a.a., s. 117, Stefan Lindskog, *Jämknings i kommersiella avtalsförhållanden*, i *Avtalslagen 100 år*, 2015, s. 305 ff., Christina Ramberg, *Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*, JT 2010-11 s. 918 ff. på s. 929 ff. och Svante O. Johansson, *Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi idag med ansvarsfriskrivningar?*, JT 2015-16 s. 50 ff. särskilt s. 62 ff., jfr Viggo Hagström, *Obligationsrätt*, 2 uppl. 2011, s. 659 ff.).

25. Ett viktigt skäl för att den rättsliga kontrollen av ansvarsbegränsningar bör göras med stöd av 36 § avtalslagen är att det ger möjligheter till en mer flexibel tillämpning, anpassad efter förhållandena i det enskilda fallet, än en bedömning som baseras på enbart allvaret i den skadeståndsskyldiges beteende och som bara kan resultera i att villkoret anses vara antingen giltigt eller ogiltigt. Enligt generalklausulen får således avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Vidare ska särskild hänsyn tas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller annars intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.

26. Att kontrollen av ansvarsbegränsningar ska ske utifrån en värdering av alla föreliggande omständigheter stämmer väl överens med rättsläget internationellt på det kontraktsrättsliga området. I såväl Unidroit Principles for International Commercial Contracts som PECL (Principles of European Contract Law) och DCFR (Draft Common Frame of Reference) regleras sålunda möjligheten att göra gällande ansvarsfriskrivningar utan någon referens till grov vårdslöshet och uppsåt. I stället anges att frågan ska avgöras efter en skälighetsbedömning (i Unidroit Principles, art. 7.1.6, uttryckt som ”grossly unfair”, i PECL, art. 8:109, och DCFR, art. III.-3:105(2), med hänvisning till principen om ”good faith and fair dealing”; jfr dock för personskadornas del DCFR art. III.-3:105(1)).

27. Mot den angivna bakgrunden bör frågan om en ansvarsbegränsning kan godtas numera i princip bedömas enligt 36 § avtalslagen. Det utesluter inte att grövre oaktsamhet på löftesgivarens sida vid en jämningsprövning skulle kunna vara skäl nog för att helt sätta åt sidan en ansvarsbegränsning. Men på den andra sidan är det inte givet att vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter en påtaglig oaktsamhet ska leda till att ett sådant villkor jämkas ens i någon mån. Skulle parterna ha avtalat om att en begränsning inte

ska gälla vid grov vårdslöshet eller uppsåt, så gäller det, vilket inte utesluter att jämkning kan ske fastän varken uppsåt eller grov vårdslöshet är för handen.

Allmänt om prövningen enligt 36 § avtalslagen

28. En prövning enligt 36 § avtalslagen kan resultera i att ett avtalsvillkor är oskäligt i sig. Det finns i det hänseendet ett nära samband med 3 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Om villkoret med hänsyn till pris och övriga omständigheter är oskäligt mot konsumenten, får enligt den paragrafen Patent- och marknadsdomstolen förbjuda näringsidkaren att i framtiden i liknande fall använda samma eller väsentligen samma villkor. Bestämmelsen är baserad på Rådets direktiv (93/13/EEG) av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (se artikel 3).

29. Men även om ett avtalsvillkor inte är oskäligt i sig kan det sammantaget med andra omständigheter som föreligger vid avtalets tillkomst vara oskäligt. Generalklausulen möjliggör att ett villkor jämkas eller lämnas utan avseende när situationen inte är så kvalificerad att någon av de övriga paragraferna i lagen som medger att avtalet sätts åt sidan – dvs. paragraferna om tvång, svek, ocker och agerande i strid mot tro och heder – kan tillämpas. Exempelvis kan ett informationsövertag vid avtalsingåendet föranleda en villkorsjämkning fastän det inte rör sig om svek eller någon annan ogiltighetsgrund, när övertaget vid villkorsförhandlingen har utnyttjats på ett otillbörligt sätt.

30. Det som – utöver att särskild hänsyn ska tas till en underlägsen parts skyddsbehov – verkligen särskiljer generalklausulen från andra bestämmelser i 3 kap. avtalslagen är emellertid att även senare inträffade förhållanden kan beaktas och att en helhetsbedömning ska göras. Det får särskild betydelse vid konsumentförhållanden. En naturlig utgångspunkt är då att ta fasta på effekten av villkoret. Ju mer överraskande och ingripande denna är för den drabbade konsumenten, desto mer talar det för en jämkning. Men i allmänhet är orsaken till effekten också av stor betydelse. Jämkning förutsätter visserligen inte

generellt sett att orsaken ska kunna tillskrivas motparten, men ofta – såsom när det gäller ansvarsbegränsningar – är utgångspunkten ett avtalsbrott på dennes sida. Arten och graden av överträdelsen bör då beaktas. Det innebär typiskt sett att ett brott mot en huvudförpliktelse i större utsträckning talar för jämkning än ett brott mot en biförpliktelse eller en förpliktelse som annars kan anses vara av perifer natur. Av betydelse är vidare om parten har handlat särskilt klandervärt eller t.o.m. uppsåtligt. Men någon egentlig begränsning av vad för slags omständigheter som kan tillmätas betydelse gäller inte.

Allmänt om överlåtelsebesiktningar

31. Som har framgått av förhållandena i målet tar en överlåtelsebesiktning sikte på att bedöma en fastighets skick inför en överlåtelse av den. Besiktningen kan utföras på uppdrag av ägaren (säljaren) eller någon som överväger att köpa fastigheten (köparen).

32. Ändamålet med en överlåtelsebesiktning skiljer sig typiskt sett något åt beroende på vem som är uppdragsgivare. Ett skäl för det är att en köpare med vetskap om fel i fastigheten kan förhandla informerat om vem som ska bära risken eller kostnaden för felet eller svara för åtgärdandet av dem. Med denna vetskap får köparen en möjlighet att avstå från ett köp, om han inte når dit han vill i förhandlingarna. En säljares kännedom om fel försätter honom inte i bättre position rent ekonomiskt, eftersom besiktningen bara ger honom mer information om den fastighet som han redan äger. För säljaren ligger fördelen med kunskap om föreliggande fel närmast däri, att den möjliggör en tydlig avtalad riskfördelning mellan lika informerade parter till undvikande av framtida tvister.

33. Beträffande fel i fastighet finns det i 4 kap. 19 § jordabalken bestämmelser om riskfördelningen mellan säljare och köpare. I första stycket regleras när köparen kan hålla säljaren ansvarig för felet. Regleringen innebär bl.a. att köparen har rätt till prisavdrag om fastigheten avviker från vad han med fog

kunnat förutsätta vid köpet. Enligt andra stycket får köparen dock inte som fel åberopa en avvikelse som han borde ha upptäckt vid en sådan undersökning av fastigheten som varit påkallad med hänsyn till fastighetens skick, den normala beskaffenheten hos jämförbara fastigheter samt omständigheterna vid köpet.

34. När det gäller en överlåtelsebesiktning utförd på köparens uppdrag har köparen anledning att räkna med att, om något annat inte har avtalats mellan parterna, besiktningsmannen utför sin besiktning så att den svarar mot de uppmärksamhetskrav som gäller för en fastighetsköpares undersökningsplikt. Det en köpare enligt 4 kap. 19 § jordabalken ska upptäcka vid en okulär besiktning för att uppfylla sin undersökningsplikt ska också besiktningsmannen upptäcka. I den mån besiktningsmannen inte anmärker mot vad som skulle kunna betraktas som ett fel eller en risk ska köparen alltså kunna utgå från att fastigheten inte är felaktig i något hänseende som han bär risken för. Det gäller också vid förbehåll om att besiktningen inte ersätter köparens undersökningsplikt (jfr p. 6). Ett sådant förbehåll klargör dock att när ett förhållande föreligger som indikerar ett fel, så kan denna indikation innebära ett krav på att köparen, för att undersökningsplikten enligt jordabalken ska vara uppfylld, har att gå vidare med sin undersökning på ett sätt som inte ingår i besiktningsmannens uppdrag.

Allmänt om skälighetsprövningen av ansvarsbegränsning vid överlåtelsebesiktning för köpare

35. En ansvarsbegränsning i ett avtal om överlåtelsebesiktning innebär en riskförskjutning i förhållande till vad som annars skulle ha följt av tillämpliga rättsregler. När en besiktningsman begränsar sitt ansvar så innebär det typiskt sett att hans uppdragsgivare efter vad som följer av begränsningen får stå risken för skada som kan orsakas av att besiktningsmannen är oaktsam, en risk som besiktningsmannen annars skulle ha stått för själv.

36. En viktig och generell utgångspunkt för bedömningen av om en ansvarsbegränsning är oskäligen enligt generalklausulen är om den får anses ge uttryck för en rimlig eller skäligen omfördelning av risken mellan parterna. Huruvida så är fallet beror främst på vilka skyddsbehov som gör sig gällande.

37. Köp av en bostadsfastighet är inte sällan en för den enskilde mycket stor affär. Om den köpta fastigheten är behäftad med fel som säljaren inte ansvarar för förändrar det köparens boendekostnader, i värsta fall på ett dramatiskt sätt. Ifall felet borde ha upptäckts av köparen vid dennes undersökning före köpet (se p. 33), kan köparen hamna i ett besvärande ekonomiskt läge. När köparen inte själv har erforderlig expertis för att med tillfredsställande säkerhet kunna bedöma en fastighets skick på sätt som krävs enligt jordabalkens regler, så är den mest närliggande och i praktiken ofta enda möjligheten att skydda sig mot den risken att anlita en sakkunnig för att utföra en besiktning.

38. När en köpare av en bostadsfastighet anlitar en besiktningsman för en besiktning av fastigheten inför ett förestående köp, är således besiktningsmannens bedömningar vanligtvis av avgörande betydelse för köparen. Det handlar om ett centralt underlag för att klargöra ansvarsfördelningen mellan säljare och köpare för det som har redovisats i besiktningsutlåtandet och för att köparen ska kunna göra ett informerat och därmed rationellt ställningstagande till en för honom i allmänhet betydande affär med beaktande av de risker som finns för avvikelser. Både från den enskildes synpunkt och ur det allmännas synvinkel är det angeläget att det beslutsunderlag som besiktningsmannen tillhandahåller är av hög kvalitet. Det är också väsentligt att det är informativt (jfr exempelvis NJA 1997 s. 65 och NJA 2001 s. 269).

39. Mot en köparens skyddsbehov och det allmänna intresset av att den som köper en bostadsfastighet ska vara så informerad som möjligt står dock besiktningsmannens befogade intressen. En besiktningsman, som kanske genomför hundratals besiktningar under ett år, kan ha ett beaktansvärt behov

av att inte bli indragen i många tvister om smärre belopp. En köpare, även den som är konsument, torde typiskt sett kunna acceptera en ansvarsbegränsning som innebär att det inte finns någon rätt till ersättning när skadan understiger en viss rimlig nivå. Det vill därför i allmänhet till alldeles särskilda omständigheter för att det ska finnas utrymme för att jämka en begränsning som fredar besiktningsmannen från ansvar för mindre skador.

40. Om emellertid ett förbiseende eller ett misstag leder till att ett mer betydande fel i fastigheten inte uppdagas, så blir bedömningen av en klausul som sätter ett tak för besiktningsmannens ansvar inte lika given. En besiktningsman får visserligen i allmänhet anses ha ett befogat önskemål om att skydda sig mot risken för att små misstag får stora följder, en risk som inte sällan blir närmast ofrånkomlig när verksamheten är omfattande. Ju mindre misstaget är och ju större följderna blir, desto mer gör sig det önskemålet gällande. Men samtidigt har den typiske husköparen ett skyddsvärt intresse av att värna sin ekonomi mot ett oväntat och till följd av felen kanske övermäktigt dyrt fastighetsköp. Vad som i generalklausulens mening är skäligt (eller oskäligt) i ett sådant fall måste avgöras genom en helhetsvärdering av omständigheterna i det enskilda fallet, dock med den självklara utgångspunkten att vad som har avtalats ska gälla om inte skälen för motsatsen är tillräckligt starka.

41. Vid den helhetsbedömning som ska göras har naturligtvis arten och graden av den oaktsamhet som har utlöst besiktningsmannens skadeståndsansvar betydelse (jfr prop. 1975/76:81 s. 141). Ju mer besiktningsmannen är att klandra, desto större är skälen för jämkning. Det hänger bl.a. samman med att en besiktningsman genom det mått av omsorg med vilket han utför uppdraget kan påverka risken för skada.

42. Vid en bedömning av skäligheten av en ansvarsbegränsning är det också av vikt i vilken utsträckning respektive part har haft möjlighet att skydda sig

genom försäkring (jfr 6 kap. 2 § skadeståndslagen och Bertil Bengtsson och Erland Strömbäck, Skadeståndslagen, Zeteo den 26 maj 2016, kommentaren till 6 kap. 2 §). Om en besiktningsman men inte hans uppdragsgivare till en rimlig kostnad hade kunnat skaffa sig ett adekvat försäkringsskydd, så talar det för att jämkning ska ske. Skulle ingen av parterna ha tillgång till försäkringsskydd kan det i konsumentrelationer finnas anledning att beakta att en professionell besiktningsman i allmänhet har lättare att bära de ekonomiska konsekvenserna av sin oaktsamhet än vad den som anlitar honom i och för ett köp av en fastighet för eget boende har. En besiktningsman med många uppdrag har genom bl.a. sin arvodessättning typiskt sett lättare att hantera de ekonomiska konsekvenserna av den skada, som han någon gång kan orsaka, än en konsument, som kanske endast en gång i livet förvärvar en bostadsfastighet och då på grund av besiktningsmannens oaktsamhet gör ett mycket oförmånligt köp.

43. Att beakta är också att en besiktningsman i vissa fall kan klargöra vad den riskfördelning som följer av ansvarsbegränsningen innebär. Så kan ske exempelvis genom preciseringar av vad som omfattas av besiktningsmannens förpliktelser enligt avtalet, eller genom förtydliganden av vilka förutsättningar och begränsningar i övrigt som gäller för besiktningsmannens prestationer. Klargöranden av detta slag talar emot jämkning i fall när uppdragsgivarens skada är hänförlig till en risk som besiktningsmannen särskilt har upplyst uppdragsgivaren om. En motsvarande underlåtenhet pekar då i den andra riktningen.

44. Även förhållanden av andra slag kan få betydelse för jämningsfrågan. Som har framgått av det föregående rymmer generalklausulen inga egentliga begränsningar när det gäller vilka omständigheter som kan få betydelse för prövningen.

Den aktuella ansvarsbegränsningen är inte oskälig i sig

45. För att ett avtalsvillkor enligt lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden ska kunna förbjudas för framtiden krävs det att villkoret med hänsyn till pris och övriga omständigheter är oskäligt mot konsumenten. I en bilaga till Rådets direktiv om oskäliga villkor i konsumentavtal (se p. 28) finns det en vägledande lista på villkor som kan vara oskäliga. Ett sådant villkor är att näringsidkaren otillbörligt utesluter eller begränsar konsumentens lagliga rättigheter gentemot näringsidkaren i händelse av att näringsidkaren bryter helt eller delvis mot någon avtalsförpliktelse (se artikel 3.3 i direktivet och punkt 1.b i bilagan).

46. Om en näringsidkare begränsar sitt ansvar så långt att en konsuments principiella rätt till påföljd blir till en formalitet utan praktiskt värde måste villkoret, på det sätt som avses med exemplet i bilagan, anses vara i sig oskäligt.

47. Enligt det aktuella avtalet är besiktningsmannen ersättningsskyldig för skada som han har orsakat genom vårdslöshet eller försummelse vid utförandet av en besiktning av en villafastighet. Ansvaret är begränsat till 15 prisbasbelopp. Den rätt till påföljd som denna reglering ger uppdragsgivaren är långtifrån en formalitet utan praktiskt värde. Inte heller kan ansvarsbegränsningen av något annat skäl anses vara oskälig i sig.

Den aktuella ansvarsbegränsningen är inte heller oskälig vid en helhetsbedömning

48. Det finns i förevarande fall flera omständigheter som talar för att ansvarsbegränsningen inte bör godtas. Av utredningen framgår att besiktningsmannen, som hovrätten har funnit, förbisåg många och allvarliga fel, varav flera var förhållandevis lätta att upptäcka för en besiktningsman. Även om oaktsamheten inte i sig är tillräckligt allvarlig för att ansvarsbegränsningen ska

åsidosättas eller jämkas, rör det sig inte om något enstaka misstag i närheten av den nedre gränsen av vad som är att betrakta som ett vårdslöst agerande. Med utgångspunkt i vad hovrätten har funnit uppgick kostnaden för åtgärdande av felen till ungefär 1,8 miljoner kronor. En tillämpning av begränsningsvillkoret innebär alltså en risköverföring från IBAB till köparna svarande mot närmare 1,2 miljoner kronor. Även i betraktande av att köpeskillingen uppgick till 9 miljoner kronor innebär ett upprätthållande av denna riskfördelning en beaktansvärd fördyring av köparnas boendekostnad. Ett rättvisande besiktningsutlåtande skulle ha gett köparna en möjlighet att föra en informerad förhandling med säljaren om de fel och risker som borde ha påpekats i utlåtandet. Det har i målet inte framkommit att köparna på något annat sätt än genom en besiktning kunde ha skyddat sig mot risken för en sådan fördyring.

49. Emellertid utfördes den aktuella besiktningen inte för köparna utan för säljaren på dennes beställning. En sådan besiktning tar inte sikte på den typiska köparrisken utan på säljarens situation. Och det är inte bara ändamålet som är huvudsakligen ett annat; ett utlåtande över en besiktning för säljaren kan också påverkas av vad som har förekommit mellan denne och besiktningsmannen i samband med besiktningen eller annars. I det hänseendet märks i detta fall, att närvarande vid besiktningen var såväl en representant för säljaren som den person som hade gjort slutbesiktningen av entreprenaden när byggnaden uppfördes bara drygt två år tidigare. Förhållanden av det slaget kan påverka inte endast besiktningens utförande och utlåtandets innehåll. De kan också påverka hur man bör se på graden av vårdslöshet, om besiktningsmannen i något hänseende får anses ha varit oaktsam vid sin besiktning eller vid upprättandet av besiktningsutlåtandet.

50. Avtalet mellan IBAB och köparna innebär visserligen att köparna har rätt till ersättning för skada som de har lidit till följd av sådana fel eller risker som

besiktningsmannen av oaktsamhet har underlåtit att anmärka i det övertagna besiktningsutlåtandet (se p. 13). Det betyder emellertid inte att köparna har haft fog för att sätta samma lit till det övertagna utlåtandet som till ett utlåtande efter en besiktning utförd av en av dem själva anlita besiktningsman. Genom att nöja sig med att ta över en av säljaren beställd och i dennes intresse utförd överlåtelsebesiktning i stället för att anlita en egen besiktningsman, har köparna inte gjort vad de hade kunnat göra för att undvika eller i allt fall minska den köparrisk som följer med riskfördelningen enligt 4 kap. 19 § jordabalken.

51. Vidare måste det klander som kan riktas mot besiktningsmannen bedömas i ljuset av att hans uppdragsgivare vid besiktningen var säljaren, som får antas ha haft en helt annan och bättre kunskap om fastigheten än köparna och som dessutom tillsammans med slutbesiktningsmannen var närvarande vid besiktningen.

52. Vid en helhetsbedömning enligt 36 § avtalslagen finns det mot den angivna bakgrunden inte tillräckliga skäl för att jämka ansvarsbegränsningen.

Slutsatser

53. Slutsatsen är alltså att det inte finns tillräckliga skäl för att jämningsvis bestämma IBAB:s ansvar till ett högre belopp än vad som följer av den aktuella ansvarsbegränsningsbestämmelsen. Ansvarsbegränsningen i parternas avtal till 15 prisbasbelopp ska därför anses vara verksam. Vid den bedömningen ska prövningstillstånd rörande målet i övrigt inte meddelas. Hovrättens domslut ska följaktligen stå fast.

54. Med detta slut ska köparna betala IBAB:s rättegångskostnader i Högsta domstolen. Vad bolaget har begärt i ersättning är skäligt.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Stefan Lindskog, Ann-Christine Lindeblad, Göran Lambertz, Johnny Herre (referent) och Sten Andersson
Föredragande justitiesekreterare: Ylva Meyer