

Ett minerat gränsland eller har mäklaren en undersökningsplikt?

En numera lagakraftvunnen dom från Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom DT 1028, Mål T 214/92, meddelad den 11 februari 1993, berör till viss del avgränsningen mellan en fastighetsköparens undersökningsplikt och en fastighetsmäklares upplysningsskyldighet.

Det finns anledning att titta närmare på avgörandet och försöka tolka innebörden av detsamma. Det är min förhoppning att de slutsatser som jag kommit fram till också skall intressera läsekretsen av denna skrift.

Köparens undersökningsplikt enligt JB

Enligt 4:19 JB kan en köpare kräva nedsättning av köpeskillingen eller skadestånd om fel i fastigheten föreligger enligt i huvudsak följande förutsättningar,

1. fastigheten stämmer inte överens med vad som följer av köpekontraktet *eller*
2. fastigheten avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet (dolda fel) *respektive*
3. fastigheten avviker från vad som anses utfäst, *och i samtliga 1–3 angivna fall*
4. köparen inte borde ha upptäckt avvikelsen vid en sådan undersökning av fastigheten som varit påkallad med hänsyn till fastighetens skick, den normala beskaffenheten hos jämförbara fastigheter samt omständigheterna vid köpet (*undersökningsplikten*).

Punkten fyra, som har karaktären av en s. k. gummiparagraf, har i praxis visat sig innebära att *mycket* stora krav ställs på den undersökning som en köpare av en fastighet skall företa. Praxis är numera så fastslagen på det här området att det saknas skäl att gå in på denna. Jag nöjer mig med att konstatera att det vanligaste i dag är att en sakkunnig besiktningsman anlitas för att genomföra den krävda undersökningen, en s. k. jordabalksbesiktning. Min erfarenhet är också att de flesta fastighetsmäklare understryker vikten av och också i normalfallet aktivt verkar för att sådan besiktning kommer till stånd.

Fastighetsmäklarens upplysningsplikt

Enligt 10 § mäklarlagen har mäklaren ålagts en rådgivnings- och uppdragsskyldighet gentemot såväl köparen som säljaren. Skyldigheten är emellertid begränsad till de fall där det följer av god fastighetsmäklarsed att lämna råd och upplysningar.

Bedömningen om mäklaren verkligen uppfyllt sin rådgivnings- och upplysningsskyldighet skall ske utifrån dels begreppet god fastighetsmäklarsed dels en *objektiv bedömning* av avtalskontrahenternas behov av råd och upplysningar. Med nödvändighet följer att stora krav ställs på mäklarens omdömesgillhet. I det följande kommer jag att koncentrera mig på upplysningsplikten.

Upplysningsplikten innebär med nödvändighet att mäklaren *måste* informera köparen om sakförhållanden av betydelse som mäklaren fått kännedom om. Med detta avses t. ex. att mäklaren skall vidarebefordra

information från en säljare. Mäklaren är också skyldig att upplysa köparen om fel och brister i fastigheten som mäklaren har vetskap om. Det ställs också krav på att mäklaren skall upplysa köparen om fel och brister som mäklaren "med hänsyn till omständigheterna kan ha haft anledning att misstänka, exempelvis genom tidigare försäljning av liknande fastigheter" (prop. 1983/84:16 s. 14). För det fall omständigheterna inte ger anledning till annat synes ingen generell skyldighet föreligga för mäklaren att också kontrollera erhållna upplysningar.

Avgränsningen mellan köparens undersökningsplikt enligt JB:s regler och fastighetsmäklarens upplysningsplikt enligt ML, berörs i Småhuskommitténs betänkande (SOU 1981:102); Fastighetsförmedlingslag, vilken föregick prop. 1983/84:16; Fastighetsmäklare, och till vilken föredragande statsrådet i nämnda proposition hänvisar. I propositionen uttalas att "Kommittén anser att det skulle föra för långt, om mäklaren skulle ha en allmän plikt att ingripa på området för de skyldigheter som åvilar säljaren och köparen enligt reglerna i 4 kap. jordabalken". Statsrådet instämmer med kommitténs betänkande och uttalar "att mäklaren inte bör ha någon skyldighet att mera ingående undersöka om fastigheten är behäftad med faktiska fel".

Statsrådet fortsätter. "Däremot bör det åligga honom att upplysa om sådana brister i fastigheten som *han känner till, i varje fall om dessa brister inte är uppenbara för var och en som fastigheten visas för*" (min kursivering). Det hade varit bra om statsrådet uttalat huruvida han med detta uttalande endast avser dolda fel som mäklaren har vetskap om, eller även andra typer av fel. Därigenom hade det klarlagts att mäklarens upplysningsplikt om *faktiska fel* endast omfattar dolda fel, dvs. fel som en köpare inte ens vid en besiktning kunnat upptäcka, under förutsättning att mäklaren också *känt till* felen ifråga. Nu föreligger i stället en oklarhet såtillvida att en mäklare har anledning att fråga sig om med *brister som inte är uppenbara* avses även *andra fel* än dolda fel. Fel som i och för sig inte är uppenbara kan ibland vara besiktningsbara och därigenom omfattas av undersökningsplikten. Tolkat strikt efter ordalydelsen skulle det berörda uttalandet innebära att mäklaren i dylika fall är skyldig att upplysa köparen om felen om mäklaren har kännedom om desamma. Emellertid skulle en sådan tolkning i så fall direkt gripa in i köparens undersökningsplikt. Härtill kommer de svåra gränsdragningsproblem som understundom kan föreligga mellan ett uppenbart fel och ett fel som inte är uppenbart men inte heller kan anses dolt.

Dessutom inleds den aktuella bisatsen i propositionen med "i varje fall", vilket också stöder den nu presenterade tolkningen av uttalandet, dvs. att man inte kan utesluta att upplysningsplikten i vissa fall också omfattar fel som i och för sig är uppenbara.

Den osäkerhet som här föreligger är allt annat än bra för mäklarnas verksamhet och *kan* vara ett skäl till att talan väcktes mot vederbörande mäklare i det aktuella hovrättsavgörandet. Enligt nämnda förarbeten hävdas nämligen också att mäklaren bör "ha en principiell skyldighet att upplysa om sådana fel i fastigheten *som framgår redan vid en yttlig undersökning*" (min kursivering), eller som mäklaren annars med hänsyn till

omständigheterna kan ha *haft anledning att misstänka*, (min kursivering) exempelvis genom tidigare försäljning av liknande fastigheter”.

Genom detta uttalande föreligger ett uppenbart motsatsförhållande mellan å ena sidan räckvidden av fastighetsmäklarens upplysningsplikt och å den andra sidan köparens undersökningsplikt. Det är helt oacceptabelt att först uttala att mäklaren inte skall ingripa inom det område som regleras av 4 kap. JB, för att i nästa andetag hävda att upplysningsplikt föreligger beträffande

1. dolda fel,
2. eventuella fel som är uppenbara (osäkerhet råder i denna del),
3. fel som inte är uppenbara,
4. fel som skulle ha framgått vid en ytlig undersökning samt
5. dolda fel som misstänks föreligga.

En ytterligare oklarhet ligger däri att det inte uttryckligen framgår huruvida mäklarens misstanke endast avser dolda fel eller även övriga ovan berörda fel. Eftersom mäklarens misstanke dock till övervägande del skall basera sig på dennes erfarenhet, ligger det närmast till hands att utgå ifrån att de fall som avses med ”misstanke” är begränsade till dolda fel.

Av det nu sagda framgår att det åligger mäklaren att ingripa tämligen långtgående på det område i JB som reglerar köparens undersökningsplikt. Man kan fråga sig vad det är för mening med att ålägga mäklaren en allmän skyldighet att ”upplysa köparen om vikten av att denne själv noggrant undersöker fastigheten” (prop. 1983/84:16 s. 14).

Överhuvudtaget framstår det som helt fel att vältra över en så stor del av köparens undersökningsplikt på mäklaren fast då omvandlad till en upplysningsplikt. Endast beträffande dolda fel som mäklaren har vetskap om anser jag för egen del det befogat att ålägga mäklaren en generell upplysningsplikt utöver de upplysningar mäklaren vidarebefordrar från säljaren. Att uttala sig om misstankar är vanskligt i synnerhet som dessa rent faktiskt inte alltid kan bekräftas genom förekomst av ett eventuellt (dolt) fel.

Enligt mitt förmenade gives mäklaren därför endast två alternativ för att i görligaste mån hålla sig skadeslös, nämligen att själv låta genomföra en jordabalksbesiktning av fastigheten, något som också förekommer på sina håll, eller att medvetet avhålla sig från att inhämta information och kunskap utöver det allra nödvändigaste. Det sistnämnda kan utöver att inverka menligt på den egna yrkesstoltheten också komma i konflikt med andra regler som mäklare har att iaktta som t. ex. upprättandet av en godtagbar fastighetsbeskrivning, kontrollskyldigheten m. m. (För den som är intresserad av kopplingen mellan fastighetsmäklarens undersökningsplikt och övriga skyldigheter denne skall iaktta hänvisas till bl. a. min artikel i SvJT 1992 s. 796 f.)

I det numera under omarbetning framlagda förslaget till ny fastighetsmäklarlag, DsJu 1992:87, föreslås tyvärr ingen ändring beträffande den nu berörda oklarheten.

Eftersom det av 11 § mäklarlagen följer att "mäklaren skall upplysa köparen om vikten av att denne själv undersöker fastigheten", som ovan påtalats, synes något också böra sägas beträffande denna besiktning.

Jordabalksbesiktning

Det normala synes vara att en besiktning sker med hjälp av en sakkunnig. Besiktningen utmynnar sedermera i ett utlåtande.

Vanligen omfattar besiktningen en okulär besiktning och en allmän genomgång av tillgängliga handlingar över fastigheten som ritningar, kontroll i fastighetsregistret etc. I förekommande fall anges också i besiktningsutlåtandet om behov av ytterligare undersökning föreligger. Härutöver anses besiktningen också böra omfatta en allmän "riskanalys" innefattande en bedömning av fastighetens ålder och skick och vad köparen på grundval härav kan förvänta sig. (En läsvärd och lättfattlig artikel om jordabalksbesiktning har skrivits av advokaten Allan Garellick i Mäklarsamfundets tidskrift, Fastighetsmäklaren nr 4/1992.)

Enligt min åsikt är det rimligt att också kräva att mäklaren går igenom det framtagna besiktningsutlåtandet *tillsammans* med parterna. Det förefaller inte riktigt att mäklaren utan kommentar skall kunna lämna över ett besiktningsprotokoll till köparen och därigenom övervältra allt ansvar på denne. Mäklaren får anses besitta tillräcklig sakkunskap för att tillfredsställande analysera besiktningsprotokollet i sådan mån att denne kan påtala t. ex. behovet av en mer ingående undersökning av eventuella fukt- och mögelskador. Enligt mitt förmenande bör man också kunna kräva att mäklaren självmant hänvisar köparen att kontakta ett lämpligt besiktningsföretag. Så synes också vara det normala tillvägagångssättet bland seriösa fastighetsmäklare.

Det nu anförda kan bl. a. belysas med ett exempel från Mäklarsamfundets ansvarsnämnd, avgörande AN 5/91. I det berörda fallet utvisade besiktningsprotokollet fuktgenomslag och ytterligare undersökning rekommenderades. Besiktningsmannen angav dock fastighetens marknadsvärde till samma värde som i köpekontraktet. Härutöver hade säljaren besvarat samtliga frågor i den s. k. frågelistan nekande. Först ett år senare utfördes en ytterligare besiktning varvid källarväggen befanns behäftad med omfattande fuktskador. Köparen anförde som grund för sin anmälan att mäklaren borde ha uppmärksammat köparen på de brister i fastigheten som framgick av besiktningsprotokollet.

Ansvarsnämnden ansåg att "om någon kritik skulle riktas mot fastighetsmäklaren skulle detta vara att han bort förvissa sig om att köparna förstått innebörden av besiktningsutlåtandet". Då besiktningsmannen emellertid beaktat bristerna och felen i samband med sin egen värdering av fastigheten, vilken överensstämde med den i köpekontraktet upptagna köpeskillingen, ansåg ansvarsnämnden att mäklaren haft anledning att uppfatta den aktuella klausulen i köpekontraktet som uppfylld. Mäklaren ansågs därmed inte ha handlat i strid med god fastighetsmäklarsed.

Som ovan angivits förmenar jag att mäklaren jämfört med parterna är den som får anses ha bäst insikt om innebörden av nu berörda anmärkningar i ett besiktningsprotokoll. Därför anser jag det alltför lättvindigt

att säga att så länge besiktningsmannens värdering av fastigheten, med beaktande av gjorda anmärkningar, överensstämmer med den i köpekontraktet upptagna köpeskillingen, behöver mäklaren inte göra köparen uppmärksam på eventuella risker och behov av ytterligare undersökningar. Fördjupade undersökningar kan visa att det misstänkta fuktgenomslaget är betydligt mer omfattande än vad som först kunnat misstänkas. Vid sådant förhållande är det inte heller osannolikt att köpeskillingen skulle ha satts ännu lägre eller kanske t. o. m. att något köpslut inte blivit av.

Enligt mitt förmenande bör således högre krav ställas på mäklaren att verkligen tillse att parterna inser innebörden av ett besiktningsprotokolls innehåll och eventuella konsekvenser vid uteblivna åtgärder. Detta är särskilt viktigt i konsumentförhållanden där man många gånger kan utgå ifrån att parternas möjlighet att ta till sig innehållet i ett besiktningsprotokoll är begränsat. Upplysningsplikten tangerar härvidlag området för 4 kap. JB, och därför synes det lämpligt att gå över till det av Hovrätten över Skåne och Blekinge avgjorda målet.

Hovrättens avgörande

Det aktuella hovrättsavgörandet innebar att tingsrättens dom fastställdes. I korthet handlar målet om ett par makar som köpte en villafastighet och sedermera gjorde gällande att denna varit behäftad med s. k. dolda fel. De fel som aktualiserades var bl. a. takläckage, rötskador. Dagen före köpekontraktets upprättande genomfördes en besiktning, dock inte av köparna. Oenighet rådde huruvida resultatet av undersökningen presenterats för köparna. Köparna förde sedermera skadeståndstalan mot den för förmedlingen ansvarige fastighetsmäklaren. Grunderna för den förda skadeståndstalan var huvudsakligen att mäklaren "uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosatt sina förpliktelser som fastighetsmäklare [genom] att inte före överlåtelsen ... lämna uppgifter om ... fel och brister i fastigheten ..." som mäklaren var informerad om, och att mäklaren avrätt köparna från att själva ombesörja en besiktning av den aktuella fastigheten.

Tingsrätten fann det styrkt att köparna före köpet erhållit kännedom om befintligt takläckage och att felen inte varit dolda samt att fastigheten med hänsyn till felens karaktär "inte avvikit från vad köparen med fog kunnat förutsätta".

För att anknyta till det ovan sagda beträffande köparens undersökningsplikt, gäller generellt att skadegörande ingrepp i en fastighet inte behöver göras för att fullgöra undersökningsplikten. Det torde emellertid inte råda någon tvekan om att en köpare har att göra sig omaket att flytta på en möbel, att lyfta på en matta eller blomkruka för att undersökningsplikten överhuvudtaget skall anses fullgjord. Enligt mitt förmenande ligger det nära till hands att bedöma fel som framgår redan när man lyfter på en blomkruka som uppenbara. Det kan i varje fall inte råda något tvivel om att sådana fel skulle framträda vid en "ytlig undersökning" av fastigheten. Endast om en uttrycklig utfästelse från säljaren föreligger om att det inte finns någonting under bordet, mattan

eller blomkrukan som indikerar att något fel föreligger, så synes skäl att tillåta ett avsteg från fullgörandekravet i nu berört hänseende föreligga.

Nästa fråga som då uppstår är huruvida detta i sig kan inverka befriande eller mildrande på det krav på upplysningsplikt som ställs på vederbörande fastighetsmäklare.

Tingsrätten citerar i valda delar de ovan berörda förarbetena till den nu gällande ML och drar, trots att den i målet aktuella fastigheten inte avvek från normal standard, följande slutsats:

”Mäklaren torde likväl, beroende på omständigheterna, kunna bli ansvarig mot köparen för underlåtenhet att lämna upplysningar om brister i fastigheten, och detta även i fall där fastighetens skick inte avviker från normal standard”.

Detta uttalande måste bygga på de ovan citerade förarbetena till den nuvarande mäklarlagen.

Tyvärr lämnar tingsrätten inte några exempel på vilka situationer som avses utan går mer in på allmänna bevisfrågor om vad som påståtts och i vilka delar påståendena anses styrkta.

Beträffande påståendet om att mäklaren skulle ha avrått köparna från att företa en egen besiktning samt jämväl förtigit i besiktningsrapporten upptagna fel och brister, fann tingsrätten dessa påståenden inte styrkta.

Det hade varit lämpligt att tingsrätten stannat vid detta och konstaterat att mäklaren hade upplyst köparna om felet och att dessa varit besiktningsbara och med hänvisning härtill avrundat med att hävda dels att köparna inte fullgjort sin undersökningsplikt medan mäklaren däremot fullgjort sin upplysningsplikt och således på grund härav lämnat talan utan bifall.

Tingsrätten har emellertid också prövat frågan om huruvida mäklaren avrått köparna från att själva låta genomföra en besiktning. Den enda slutsats som framstår som trolig är att tingsrätten härigenom antyder att det i vissa fall kan föreligga skäl att bedöma upplysningsplikten strängare än eljest. Det skulle i så fall vara fall där mäklaren uppenbart förfarit felaktigt genom att avråda köparen från att genomföra en jordabalksbesiktning och/eller uttalat att inga fel föreligger i fastigheten. Det handlar således om situationer som närmast kan karaktäriseras som svikliga eller bedrägliga. Dylika fall torde vara mycket fåtaliga. Eftersom tingsrätten också går in på frågan om hur pass intresserade köparna varit av de upplysningar som lämnats om fastighetens skick, så kan det inte heller uteslutas att tingsrätten ansett att det finns situationer där mäklarens upplysningsplikt också kan *mildras helt eller delvis*. Ingen av dessa möjligheter framgår av vare sig förarbeten eller lagtext.

Sammanfattning

Det föreligger ett ganska stort mått av oklarhet beträffande avgränsningen mellan å ena sidan köparens undersökningsplikt enligt 4 kap. 19 § jordabalken och å den andra sidan fastighetsmäklarens upplysningsplikt. Situationen blir inte bättre av oklara förarbeten eller av domstolsgöranden av den typ som den ovan berörda hovrättsdomen utgör.

Oklarheten ger också anledning att fråga om upplysningsplikten kan mildras respektive skärpas, trots att stöd för detta saknas såväl i förarbetena som i gällande lagtext. Generellt kan sägas att mäklarens upplysningsplikt avseende faktiska fel i fastighet är betydligt större än vad de flesta förmodligen är medvetna om. För fastighetsmäklarnas vidkommande innebär detta att dessa inte, som borde vara fallet, uppmuntras till att upprätta fylliga och innehållsrika fastighetsbeskrivningar varvade med mer eller mindre omfattande upplysningar om fastigheten. Tvärtom medför förhållandet att ju mindre en fastighetsmäklare känner till om fastigheten desto mindre kan risken sägas vara för att denne blir avkrävd ett skadestånd på grund av ej fullgjord upplysningsplikt. Någon läsare må anse att undertecknad uppfattat lagen som "Fan läser bibeln", men min mening är ändå att det ovan anförda är något som i vart fall fastighetsmäklarna bör beakta i dessa tider, då envar mäklare löper risk att bli avkrävd skadestånd av en eller annan anledning.

Claude Zacharias