

# Den reklamationspliktigas (faktiska) insikt om avtalsbrottet — bevisfrågor och innebörd

Av advokaten JAKOB ANDERSSON<sup>1</sup>

*I ”Suterränghuset på Ekerö” NJA 2021 s. 353 har Högsta domstolen (HD), veterligen för första gången i direkt bemärkelse, berört innebörden av att i reklamationssammanhang ha faktisk insikt om avtalsbrottet. Detta har betydelse för såväl reklamationsfristens startpunkt som dess längd, och möjligen även för andra passivitetsinstitut. I den här artikeln diskuteras hur kravet på faktisk insikt ska förstås i avtalsbrottsreklamationssammanhang, och till detta hörande bevisfrågor, mot bakgrund av HD:s slutsatser i nämnda avgörande.*

## 1 Inledning

Svensk civilrätt innehåller en myriad av passivitetsregler som ålägger parter i ett rättsförhållande att i vissa fall klargöra sin uppfattning om rättsförhållandets innebörd. Om så inte sker inom viss tid leder det typiskt sett till negativ rättsverkan för den part som varit skyldig att lämna klargörandet (rättighetsinnehavaren). Hen kan t.ex. bli bunden av motpartens befogade tillit till att ett avtal har kommit till stånd eller förlora möjligheten att kunna göra gällande olika former av anspråk.

Reklamationsregler vid avtalsbrott är sannolikt de praktiskt mest betydelsefulla passivitetsreglerna. En rättighetsinnehavare som vill göra gällande påföljd med anledning av ett avtalsbrott måste i regel upplysa sin medkontrahent om sitt anspråk inom skälig tid från det att rättighetsinnehavaren fått någon form av insikt om avtalsbrottet. Om så inte sker inskränks rättighetsinnehavarens möjligheter att åberopa avtalsbrottet; vanligast är att den rätten går helt förlorad (preklusion).

Reklamationsplikter vid avtalsbrott återfinns i ett stort antal lagar på obligationsrättens område.<sup>2</sup> ”Skyldigheten” att reklamera i avtalsbrotts-sammanhang är dessutom en allmän kontraktsrättslig princip. En

<sup>1</sup> Senior associate i advokatfirman Setterwalls tvistlösningsgrupp i Stockholm. Jag vill särskilt tacka Linn Bergling och David Flodin, vars rättsutredningar under deras sommarnotarietid på Setterwalls år 2021 väckte tanken om att skriva den här artikeln, Mattias Bäckström för korrekturläsning och Hans Dahlberg Kolga för genomläsning och engagerade diskussioner.

<sup>2</sup> Se bl.a. 32 § köplagen (1990:931), 5 kap. 2 § konsumentköplagen (2022:260), 17 § konsumenttjänstlagen (1985:816), 4 kap. 19 a § jordabalken, 26 § fastighetsmäklarlagen (2011:666), 34 § 3 st. lagen (1991:351) om handelsagentur och 45 § kommissionslagen (2009:865), 7 § 1 st. lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter, 4 kap. 17 § lagen (2018:1219) om försäkringsdistribution, 4 kap. 10 § försäkringsavtalslagen (2005:104), 4 kap. 2 § 1 st. paketreselagen (2018:1217), 17 § lagen (2015:953) om kollektivresenärers rättigheter, 40 § lagen (1974:610) om inrikes vägtransport.

rättighetsinnehavare kan alltså, för att inte förlora sin rättighet, vara skyldig att reklamera ett påstått avtalsbrott även om det inte föreskrivs i lag.<sup>3</sup>

Den tidsrymd inom vilken reklamation måste ske benämns reklamationsfristen. För att bedöma reklamationsfristens längd måste man ha klart för sig inte enbart *hur länge* den löper.<sup>4</sup> Framförallt måste man veta *från när* fristen börjar löpa; det är ofta startpunkten som avgör om reklamation har skett i tid.<sup>5</sup> Startpunkten består av två delfrågor: a) fastställandet av den *principiella* startpunkten, det vill säga vilka rekvisit (abstrakta rättsfakta) som ska vara uppfyllda för att en reklamationsfrist ska börja löpa vid en viss avtalsprestation. Och b) startpunkten *i det enskilda fallet*, det vill säga när, med hänsyn till föreliggande omständigheter, har reklamationsfristen börjat löpa (mot bakgrund av dess principiella startpunkt).

De flesta lagregler om reklamation vid fel i prestation och liknande anger att den principiella startpunkten börjar löpa vid den reklamationspliktigas faktiska insikt eller "bort inse-insikt".<sup>6</sup> Andra avtalsbrott,

<sup>3</sup> Se särskilt "Flyget till Antalya" NJA 2018 s. 127. Andra avgöranden som i olika utsträckning ger stöd för att det är en allmän princip är i kronologisk ordning följande: NJA 1916 s. 158, NJA 1917 s. 331, NJA 1921 s. 461, NJA 1923 s. 228, NJA 1928 s. 70, NJA 1931 s. 208, NJA 1943 s. 272, "Lastbilsleasningen" NJA 1992 s. 728, NJA 1994 s. 532, "Ränteskruven" NJA 2005 s. 142, "Jehanders grus" NJA 2007 s. 909, NJA 2008 s. 243, "Radonhuset" NJA 2016 s. 303. Se också NJA 1996 Not A 1 och justitierådet Linds särskilda tillägg till "Stångåstaden" NJA 1989 s. 224. Jfr också "Restaurang Pelé" NJA 2002 s. 630, "Kravmjölken" NJA 2017 s. 203 p. 9, "Skogssällskapet" NJA 2017 s. 1195 p. 15 "Svartöns pris" NJA 2022 s. 3 p. 14. Se även följande underrättspraxis: RH 2006:77 (privatpersoners påstående om fel i överlåtelsebesiktningstjänst), Svea hovrätts dom den 16 februari 2010 i mål T 5026-08 (revisors skatteråd-givning), Svea hovrätts dom den 8 juni 2020 i mål T 5591-19 (tjänst under lagen om transport av farligt gods), Svea hovrätts dom den 2 oktober 2020 i mål T 5996-19 (privatpersons hävning av förhandsavtal vid köp av bostadsrätt). Se även prop. 1984/85:110 s. 64, prop. 2017/18:225 s. 72, SOU 1979:36 s. 282, 284–286, SOU 2005:120 s. 73, SOU 2008:6 s. 247 och jfr förslag till lag om köp och byte af lös egendom m.m., avgivet den 30 oktober 1903 av därtill utsedda kommitterade, s. 112. Se vidare Jakob Andersson, *Inomkontraktuell reklamationsplikt; ett NJA-fall och flera hovrättsavgöranden senare*, SvJT 2019, s. 381 f. (Jakob Andersson 2019), Ulf Cervin, *Passivitet*, s. 13 och 21, Johnny Herre, *Något om reklamationsplikten vid köp av varor och tjänster*, Festskrift till Gertrud Lennander, s. 119–140, Christina Hultmark, *Reklamationsplikt vid kontraktetsbrott*, p. 7.3, 7.4 och s. 204 f., Torgny Håstad, *Reklamationsplikt i kontraktförhållanden*, Förarbete & Efterfest, Skrifter från amanuenskollegiet vid juridiska fakulteten i Uppsala, 2015, s. 25 ff., Jan Kleineman, *Reklamationsplikt vid rådgivaransvar*, Festskrift till Torgny Håstad, s. 344 ff., Johannes Marszalek, *Reklamationsplikt vid fel i utförd överlåtelsebesiktning*, JT 2013–14, nr 4, s. 882 ff., Christina Ramberg, *Reklamation mot advokater och revisorer*, SvJT 2010 s. 143, Knut Rodhe, *Obligationsrätt*, 1956 s. 205–211. Jfr dock Stefan Lindskog, *Preskription*, uppl. 5, s. 744 f.

<sup>4</sup> Frågan om reklamationsfristens längd i sig har jag berört i en tidigare artikel, se Jakob Andersson, *Reklamationsfristens längd i teori och praktik*, SvJT 2022 s. 40 (Jakob Andersson 2022).

<sup>5</sup> Se Jan Ramberg m.fl., *Köplagen. En kommentar*, JUNO version 3A, avsnitt 8.4.2. Som framgår av t.ex. NJA 1977 s. 138 kan det dröja mycket lång tid från avlämnandet till det att ett fel upptäcks, med följd att reklamation har skett i tid (om reklamation görs i anslutning därtill).

<sup>6</sup> Enligt följande lagrum börjar fristen löpa då den reklamationspliktiga insett eller bort inse förhållandet som ska reklameras: 32 § köplagen, 5 kap. 2 § konsumentköplagen, 17 § konsumenttjänstlagen, 4 kap. 19 a § jordabalken, 3 kap. 26 § fastighetsmäklarlagen, 34 § 3 st. lagen om handelsagentur, 45 § kommissionslagen, 7 § 1 st.

särskilt vid dröjsmål, kräver ibland faktisk insikt för att fristen ska börja löpa.<sup>7</sup> Vad som gäller utanför det lagreglerade området finns det olika uppfattningar om.<sup>8</sup> Inom frågeställningen om reklamationsfristens principiella startpunkt uppstår följaktligen frågan vad som närmare bestämt ligger i begreppen ”bort inse” respektive ”insett”. I den här artikeln diskuteras det senare, mot bakgrund av HD:s slutsatser i ”Suter-ränghuset på Ekerö” NJA 2021 s. 353.

## 2 HD:s avgörande

### 2.1 Relevanta omständigheter i målet

Något förenklat<sup>9</sup> gällde tvisten två privatpersoner som uppdragit åt en entreprenör att uppföra ett hus men vars boarea blev mindre än vad parterna överenskommit. Huset färdigställdes och slutbesiktning hölls i februari 2016. Privatpersonerna tillträdde huset månaden därpå.

Kontraktet innehöll en hänvisning till en objektbeskrivning. Under rubriken ”Boarea” framgick följande: ”224 m<sup>2</sup> + biarea m<sup>2</sup> (säljarens information)”. I juni 2017, nästan 1,5 år efter tillträdet, lät privatpersonerna en sakkunnig genomföra en mätning av huset i samband med att fastighetens taxeringsvärde skulle bestämmas. Mätningen utvisade att husets boarea bara uppgick till 161 kvadratmeter, och biarean till 63 kvadratmeter. Privatpersonerna reklamerade mot entreprenören ungefär en vecka senare. Reklamationen ledde till den väckta talan. Som grund för käromålet åberopade privatpersonerna att avvikelsen innebar att tjänsten (uppförandet av huset) hade utförts felaktigt och att de därför var berättigade till ett prisavdrag. Entreprenören invände bland annat att reklamation skett för sent. Tingsrätten biföll entreprenörens reklamationsinvändning och ogillade käromålet. Hovrätten kom fram till motsatt utgång.

### 2.2 HD:s bedömning

Eftersom konsumenttjänstlagen var tillämplig skulle bedömningen av om reklamation skett i tid göras mot bakgrund av 17 § samma lag (p. 7). Enligt ordalydelsen kan reklamationsfristen börja löpa redan då konsumenten bort inse att tjänsten är felaktig, samtidigt som konsumenten alltid har två månader på sig att reklamera från det att hen märkt felet (p. 8). Startpunkten ”bort inse” saknar därför i

lagen om finansiell rådgivning till konsumenter, och 4 kap. 17 § lagen om försäkringsdistribution. Försäkringsbolags reklamationsfrist vid försäkringstagarens åsidosättande av de s.k. biförpliktelserna börjar löpa först när bolaget får kännedom om avtalsbrottet, se 4 kap. 10 § försäkringsavtalslagen. Samma sak gäller enligt 4 kap. 2 § 1 st. paketreselagen.

<sup>7</sup> Se t.ex. 29 § och 59 § 2 st. köplagen, 3 kap. 6 § konsumentköplagen

<sup>8</sup> Se Johannes Marszalek, a.a., s. 886 ff., Christina Ramberg, a.a., s. 152 f. som argumenterar för att det krävs insikt vid de avtalsprestationer som behandlas i respektive sammanhang. Jfr mot denna ståndpunkt Jakob Andersson 2019, s. 384 ff., Johnny Herre, a.a., s. 133–139, Jan Kleineman, a.a., s. 350 f., och Fredric Korling, *Reklamation av investeringsrådgivning och diskretionär förvaltning*, SvJT 2012 s. 667 ff.

<sup>9</sup> Målet innehåller också intressanta överväganden rörande privatpersonernas rätt till prisavdrag. Den delen av tvisten ligger dock utanför den här artikeln ämne.

praktiken betydelse. Den här egendomliga konstruktionen förklaras av EU-rättsligt inflytande i lagstiftningen. Enligt HD är det konsumentens ”faktiska kunskap” om felet som avgör när hen har märkt det (p. 9–10).

Det är näringsidkaren som måste bevisa att reklamation har skett för sent på grund av att konsumenten skulle ha märkt felet tidigare än vad konsumenten gör gällande. Beviskravet bör vara det som normalt gäller i tvistemål (p. 11). Det finns sällan bevisning rörande konsumentens ”subjektiva” kännedom om felet. Därför blir bevisbedömningen oftast en objektiviserad prövning, där faktorer såsom felets karaktär och omfattning kan tas i beaktande. Om omständigheterna ”objektivt sett är sådana att det framstår som mer eller mindre uteslutet att konsumenten efter en viss tidpunkt var okunnig om felet” ska konsumenten anses ha haft insikt om felet från den tidpunkten (p. 11).

Privatpersonerna hade gjort gällande att de hade märkt felet först i samband med areamätningen i samband med bestämmandet av fastighetens taxeringsvärde. Entreprenören behövde därför visa att privatpersonerna märkt felet tidigare än så eftersom deras reklamation drygt en vecka senare annars hade skett i tid. (p. 12). HD ansåg att det visserligen var svårt att förena husets faktiska utformning med uppgifterna i kontraktshandlingarna rörande husets fördelning av boarea och biarea. Avvikelsen var dock inte så uppenbar att privatpersonerna före areamätningen måste ha insett att uppgifterna inte kunde stämma. Därtill var det inte en självklar bedömning att avgöra vad som utgör boarea respektive biarea, och det hade inte visats att privatpersonerna hade närmare kännedom om vilka regler och principer som styr den uppskattningen (p. 13). Inte heller hade husets area diskuterats särskilt mellan parterna, eller visats att privatpersonerna på annat sätt skulle ha fått information om fördelningen mellan boarea och biarea genom parternas kontakter (p. 14). Näringsidkaren hade därför inte förmått visa att privatpersonerna märkt felet före mätningen. Reklamation hade därför skett i tid (p. 15).

### **3 Analys**

#### *3.1 Bevisfrågor*

Ibland påstås att den ena eller andra parten har bevisbördan för att reklamation har skett i tid. Det är många gånger oklart vad som avses med ett sådant påstående; bedömningen av om reklamation har skett i tid är komplex och involverar flera frågor. Den måste i vart fall beakta när reklamationen skedde, när reklamationsfristen började löpa (startpunkten), och längden av reklamationsfristen. Alla dessa frågor kan vara tvistiga mot bakgrund av att parterna är oeniga kring existensen av faktiska omständigheter. Det kan till exempel vara tvistigt huruvida reklamation överhuvudtaget har skett vid en viss tidpunkt (särskilt om den endast framförts muntligt). Den reklamationsinvändande kan också åberopa att viss omständighet förelegat vid viss tidpunkt (långt innan reklamationen skedde) och göra gällande att reklamations-

fristen börjat löpa från den tidpunkten. Den reklamationspliktiga kan bestrida omständighetens existens och därmed att reklamationsfristen börjat löpa från den påstådda tidpunkten. Det är tänkbart att bevisbördan för dessa frågor fördelas mellan den reklamationspliktiga och den reklamationsinvändande. Bevisbördan för den övergripande frågan — om reklamation har skett i tid — kan därför vara delad.

”Suterränghuset på Ekerö” behandlar som framgått bevisfrågor rörande startpunkten för reklamationsfristen. HD konstaterade att det normalt saknas bevisning om konsumentens subjektiva kännedom om felet. Sannolikt åsyftade HD sådan bevisning som mer eller mindre uttryckligen redovisar konsumentens kännedom. Ett exempel på sådan bevisning skulle kunna vara ett mejl där konsumenten beklagar sig över avtalsprestationen. När sådan bevisning saknas måste näringsidkaren prestera omständigheter som väger så pass tungt att det objektivt sett är mer eller mindre uteslutet att konsumenten varit okunnig om felet ifråga. Den här bedömningen beskriver HD som ”objektiverad”.<sup>10</sup> Beskrivningen av vad som krävs för att visa faktisk insikt om ett avtalsbrott (när subjektiv bevisning saknas) är principiell och synes vara giltig även utanför konsumenträttsliga sammanhang.

Beviskravet är enligt HD det som ”normalt gäller i tvistemål”, med vilket sannolikt avses beviskravet ”styrkt”.<sup>11</sup> Vid första anblick framstår uttalandet som svårt att förena med slutsatsen tidigare i avgörandet om att konsumentens okunnighet ska vara ”mer eller mindre utesluten”. Det sistnämnda innebär väl ett klart högre beviskrav än styrkt? Här måste emellertid hållas isär de omständigheter som ligger till grund för en reklamationsinvändning och värderingen av omständigheterna. Det som ska styrkas är de tvistiga *omständigheter* som åberopas till stöd för när en reklamationspliktig haft insikt om avtalsbrottet. Det är vid den efterföljande *rättsliga värderingen* av omständigheterna som åberopats som domstolen måste finna att det objektivt sett är mer eller mindre uteslutet att den reklamationspliktiga skulle ha varit okunnig om avtalsbrottet. Det senare är inte en bevisfråga. En reklamationsinvändande kan lyckas bevisa alla omständigheter som hen åberopar för reklamationsfristens startpunkt men samtidigt inte få gehör för sin invändning. Parterna kan också vara oeniga om när reklamationsfristen har börjat löpa trots att relevanta omständigheter är ostridiga, eftersom parterna kan vara oense om omständigheternas betydelse. Vikten av att skilja på å ena sidan ”bevisfrågan” och å andra sidan ”värderingsfrågan” har HD framhållit i flera fall.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Lars Heuman analyserar begreppet i *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, uppl. 2, s. 544 f.

<sup>11</sup> Lars Heuman, a.a., p. 5.3.1.

<sup>12</sup> NJA 2006 s. 367, ”Gripenhus” NJA 2016 s. 1011 p. 15, ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 p. 54, ”Mösseberg II” Högsta domstolens mål T 2755-22 p. 28–29. Se även Fitger m.fl., kommentar till 35 kap. 1 § rättegångsbalken, Junoversion 94, under rubriken ”Bevisbördan”. Jfr även Lars Heuman, a.a., p. 8.6.9.8.

Med tanke på att mycket kommunikation idag sker skriftligen är det inte otänkbart att bevisning om den reklamationspliktigas subjektiva kännedom om avtalsbrottet kan finnas. En annan fråga är dock om den reklamationsinvändande får tillgång till den. En träffsäker editionsbegäran kan öka chanserna, men i praktiken lär nog den reklamationsinvändande ha svårt att prestera sådan bevisning. Möjligen kan man få en indikation på hur ovanligt det är genom att snegla på hur många avtalstolkningsfrågor som HD har löst med tillämpning av subjektiva tolkningsfaktorer. Enligt en färsk avhandling är andelen så låg som under tio procent.<sup>13</sup> I praktiken kommer alltså den reklamationsinvändande ofta behöva visa att det objektivt sett är mer eller mindre uteslutet att den reklamationspliktiga varit okunnig om avtalsbrottet vid en viss tidpunkt. Det är ett högt ställt krav.<sup>14</sup>

Det rättsfaktum som ska bevisas vid en bedömning av om faktisk insikt föreligger är den reklamationspliktigas ”mentala tillstånd”. De omständigheter som talar för eller mot är bevisfakta.<sup>15</sup> Frågan om bevisbördans placering vid krav på faktisk insikt är alltså binär; den åvilar antingen den reklamationspliktiga eller den reklamationsinvändande. Detta skiljer sig från tillämpningen vid bort inse-rekvisitet, där frågan om vad som utgör rättsfakta är betydligt mer komplicerad.<sup>16</sup> Vid bort inse-bedömningar är det tänkbart att bevisbördan för de omständigheter som åberopas till grund för (eller avsaknaden av) sådan insikt fördelas mellan parterna.<sup>17</sup>

HD anger i ”Suterränghuset på Ekerö” att bevisbördan för när konsumenten erhållit faktisk insikt om avtalsbrottet åvilar näringsidkaren. HD påstår visserligen inte uttryckligen att bevisbördan ”alltid” åvilar näringsidkaren. Dock görs inte heller någon ”uppmjukning” av konstaterandet genom användandet av lokutionen ”bör” eller dylikt. Som HD får förstås åvilar alltså bevisbördan kategoriskt näringsidkaren. Att detta i vart fall är en rimlig utgångspunkt — inte bara i konsumentssammanhang — framstår som logiskt. Annars skulle den reklamationspliktiga få bära bevisbördan för ett icke-faktum (att hen inte hade insikt om avtalsbrottet vid en viss tidpunkt). Det är i sig ett förhållande som typiskt sett talar mot att en part ska få bära bevisbördan,<sup>18</sup> men som också synes göra sig gällande med särskild styrka vid prövningen av subjektiva rekvisit.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> Se Konrad Lundberg, *Avtalets innebörd. Inkorporering — tolkning — utfyllning*, s. 430.

<sup>14</sup> Jfr även Konrad Lundberg, a.a., s. 397 f.

<sup>15</sup> Lars Heuman, a.a., s. 546.

<sup>16</sup> Lars Heuman, a.a., s. 546.

<sup>17</sup> Lars Heuman, a.a., s. 546 och p. 8.6.9.11.

<sup>18</sup> Se NJA 2001 s. 177 och NJA 2006 s. 120. Se även Fitgers m.fl. kommentar till 35 kap. 1 § rättegångsbalken, Junoversion 93, under rubriken ”Bevisbördan”. Se även Svea hovrätts dom den 12 september 2012 i mål T 10645-11 och Göta hovrätts dom den 21 december 2012 i mål T 2308-12.

<sup>19</sup> Se Lars Heuman, a.a., s. 349. Jfr även lagstiftarens uttalande rörande närståendes kännedom av återvinning av otillbörlig rättshandling enligt 4 kap. 5 § konkurslagen

Något mer försiktig i sina slutsatser är HD rörande beviskravet. Det anförda beviskravet ("det som normalt gäller i tvistemål") anses "böra" gälla. Lokutionen "bör" implicerar en huvudregel som kan ha undantag. Här måste man särskilt ha i åtanke målets konsumenträttsliga karaktär. En lags karaktär av skyddslagstiftning anses vara något som typiskt sett talar för ett strängt beviskrav för den skyddsvärdes motpart.<sup>20</sup> HD har, så även på senare tid, uttryckt skepsis mot kategoriska ställningstaganden i bevisfrågor och istället lyft fram vikten av att låta allmänna bevisrättsliga principer såsom bevissäkringsmöjligheter<sup>21</sup> och dokumentationsplikter<sup>22</sup> inverka på parternas bevisskyldigheter. Liknande tankegångar har framförts i doktrin, särskilt vad gäller frågan om normalbeviskravet i praktiken verkligen är så högt ställt som styrkt.<sup>23</sup>

Lars Heuman har specifikt beträffande kravet på faktisk insikt anført att det i regel är så pass svårt att bevisa en sådan förekomst att ett sänkt beviskrav bör tillämpas.<sup>24</sup> Indikativt för att Heuman har fog för sin uppfattning är möjligen att många lagbestämmelser om reklamation med krav på faktisk insikt "mjukar upp" kravet genom att ange att den reklamationspliktiga "måste" ha insett.<sup>25</sup> P-O Ekelöf m.fl. menar att det finns klart stöd för att beviskravet för en viss civilrättslig regel kan variera med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>26</sup> I annan doktrin har förespråkats att en sänkning av beviskravet kan vara ett alternativ när det föreligger bevissvårigheter men dessa inte är så pass stora att det vore motiverat att vända på bevisbördan.<sup>27</sup> Det kan nog inte uteslutas att ett sänkt beviskrav i många fall bör gälla i näringsidkarsammanhang vid prövningen av om faktisk insikt föreligger. Kanske är det rentav utgångspunkten.

### 3.2 *Rekvisitet insikt*

Rekvisitet insikt kräver således att den reklamationspliktiga verkligen förstår att det föreligger ett avtalsbrott. Det ska betonas att med insikt så avses just "verklig" kunskap om avtalsbrottet ifråga. Att den reklamationspliktiga haft skäl att anta eller annars haft misstanke om (1987:672) i prop. 1986/87:90 s. 130, som ansåg att det vore "utomordentligt svårt" att visa icke-insikt om ett visst förhållande.

<sup>20</sup> Lars Heuman, a.a., s. 554 f.

<sup>21</sup> NJA 2006 s. 120, NJA 2010 s. 48 p. 8. Se bl.a. p. 18, "Bilbranden i Sollentuna" NJA 2021 s. 983, "Hoppgruppen" NJA 2021 s. 1050 p. 18. Jfr även Lars Heuman, a.a., p. 8.

<sup>22</sup> NJA 1960 s. 247, "Landskronabranden" NJA 2013 s. 145 p. 52–61, "Kezban" NJA 2013 s. 842 p. 38, "De enstegstätade fasaderna II" NJA 2015 s. 1040 p. 26, Lars Heuman, a.a., s. 386 ff.

<sup>23</sup> P-O Ekelöf m.fl., *Rättegång. Fjärde häftet*, uppl. 7, s. 82, Bengt Lindell, *Civilprocessen*, uppl. 5, s. 630. Lars Heuman ansåg i första upplagan av anført verk (s. 413) att "beläggen är så omfattande at det nu finns skäl att ifrågasätta principen om ett normalbeviskrav som bekräftades av HD så sent som 1993." Numera synes han dock ha ändrat uppfattning, se a.a., p. 5.3.1.

<sup>24</sup> Lars Heuman, a.a., p. 8.6.9.10.

<sup>25</sup> Se t.ex. 4 § 2 st., 6 § 2 st., och 9 § avtalslagen. Att "måste ha insett" implicerar ett lägre beviskrav än bara "insett" framgår också av Lars Heuman, a.a., s. 553 vid not 2132

<sup>26</sup> P-O Ekelöf m.fl., a.a., s. 83.

<sup>27</sup> Se Johannes Marszalek, a.a., s. 889 och 892.

avtalsbrottet är inte tillräckligt.<sup>28</sup> Inte ens en mycket stark misstanke om avtalsbrottet innebär att den reklamationspliktiga haft insikt om detsamma. Med det sagt lär det i praktiken vara svårt att skilja på en sådan misstanke och frågan om det varit ”mer eller mindre uteslutet” för den reklamationspliktiga att avtalsbrottet föreligger.

Det är alltså ett subjektivt förhållande som är avgörande, låt vara att det ofta får bevisas ”objektiverat” på sätt som diskuterats ovan. I de senare fallen synes en mer korrekt beskrivning vara att den reklamationspliktiga ”får anses” ha haft insikt om avtalsbrottets existens. Detta kan kontrasteras mot rekvisitet bort inse. Där prövas istället vad en normalt aktsam person i den reklamationspliktigas ställning borde ha dragit för slutsatser mot bakgrund av de omständigheter som varit möjliga för hen att iaktta. Det är alltså fråga om en generell och aktsamhetsliknande bedömning av objektiv natur.<sup>29</sup>

Prövningen vid faktisk insikt kan således beskrivas som en tvåstegsra- ket; domstolen ska (i) pröva vilka omständigheter som kan ligga till grund för den (ii) rättsliga värderingen. Detsamma gäller för bort-inse bedömningen.<sup>30</sup> Skillnaden mellan insiktsrekvisiten uppstår primärt i värderingsledet (ii). Vid ”bort inse” är den reklamationspliktigas individuella förutsättningar visserligen inte utan betydelse, men är inte på något sätt avgörande för att insikt ska bedömas ha (bort) förelegat. Vid kravet på insikt har, som framgått, de individuella förutsättningarna avsevärd betydelse. Generellt lär nog skillnaden när i tiden faktisk insikt föreligger jämfört med bort inse-insikt vara stor.

Enbart kännedom om de *faktiska omständigheterna* som konstituerar ett avtalsbrott innebär inte nödvändigtvis att den reklamationspliktiga också har insikt om *avtalsbrottet*. Den reklamationspliktiga måste sannolikt också förstå den rättsliga innebörden av omständigheterna, det vill säga att de kan konstituera ett avtalsbrott.<sup>31</sup> Detta ska illustreras med följande exempel.

<sup>28</sup> Jfr NJA 1973 s. 328, ”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195 p. 17, prop. 2003/04:150 s. 184, Bertil Bengtsson, *Försäkringsavtalsrätt*, uppl. 5, kommentar till 4 kap. 10 § försäkringsavtalslagen.

<sup>29</sup> Se prop. 1990/91:63 s. 131, prop. 2010/11:15 s. 63, SOU 2005:120 s. 311, SOU 2008:6 s. 249. Jfr NJA 1995 s. 337.

<sup>30</sup> Jfr Lars Heuman, a.a., p. 8.6.9.8.

<sup>31</sup> I prop. 1989/90:89 s. 114 uttalades att skyldighet att reklamera inte nödvändigtvis inträder ”redan då t.ex. de funktionsstörningar som felet orsakar först kunde konstateras, utan det bör dessutom förutsättas att köparen borde ha insett att störningarna kan bero på fel i varan och inte något annat, såsom felaktig användning e.d.” (understrykning tillagd). Ett motsvarande uttalande gjordes i prop. 1988/89:76 s. 123. Jfr Torgny Håstad, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, 7 u., s. 105. Jfr RH 91:81 som handlade om en hyresvärds avhysningsbegäran p.g.a. olovlig andrahandsuthyrning. Hyresgästen invände att hyresvärden känt till den olovliga andrahandsuthyrningen under längre tid eftersom han innehaft hyreskontrakt på två till hyresvärden tillhöriga lägenheter samtidigt, och genom sin passivitet godtagit andrahandsuthyrningen. Hyresvärden fick dock gehör för sin invändning att den hade cirka 35 000 hyresgäster samtidigt och därför omöjligen kunnat sluta sig till att det var samma person som innehade hyreskontrakten. Se också Bertil Bengtsson, a.a., kommentar till 4 kap. 10 § försäkringsavtalslagen, som rör försäkringsbolagens reklamationslikt vid åsidosatta biförpliktelser. Enligt denna bestämmelse börjar reklamationsfristen

Om köparen av en fastighet upptäcker att den saknar en konkret avtalad egenskap, exempelvis ett staket runt tomten, är det inte någon större omgång för köparen att inse att avtalsbrott föreligger. Köparen kan nog ofta anses ha insikt om avtalsbrottet omedelbart när hen upptäcker frånvaron av staketet (omständigheten som grundar felet). Det enda som därutöver krävs för insikt om att utevaron utgör ett avtalsbrott är ju att hen har tagit del av avtalet avseende ett konkret förhållande. Någon rättslig värdering av omständigheten krävs som utgångspunkt inte för att köparen ska förstå att avtalsbrott föreligger.

Anta att fastigheten förmedlades via fastighetsmäklare som kände till avsaknaden av staketet. Köparen funderar på om också mäklaren kan hållas ansvarig för att inte ha upplyst om denna avvikelse från köpekontraktet, som mäklaren upprättat. Om det saknas en relevant uttrycklig förpliktelse i relationen mellan mäklaren och köparen måste den senare analysera mäklarens agerande mot bakgrund av de generella och abstrakta rättsnormerna i fastighetsmäklarlagen (2021:516). Som lätt inses är det rimligen snart sagt alltid svårare för köparen att bedöma om mäklaren, jämfört med säljaren, har agerat ansvarsgrundande i dylika sammanhang.<sup>32</sup>

Vid en objektiviserad prövning av insiktsrekvisitet anger HD att bland annat faktorer som felets ”karaktär och omfattning” har betydelse. Vad HD synes åsyfta är hur upptäckbart felet är sett till dess komplexitet och utbredning. Man kan tänka sig en advokat som företräder köparen vid ett komplicerat bolagsförvärv av förbiseende glömmer att informera köparen om ett för säljaren synnerligen förmånligt villkor i aktieöverlåtelseavtalet. I detta fall är avtalsbrottsbedömningen (advokatens eventuella vårdslösa rådgivning) i regel komplex. Ett sådant fel är naturligtvis mer svårupptäckt än ett fel i form av röta i ett större parti potatis (en annan sak är att det kan vara svårt att upptäcka rötans exakta spridning).

I HD:s *in casu*-bedömning skymtar ytterligare en faktor av betydelse; den reklamationspliktigas egna förutsättningar att förstå betydelsen av

löpa då bolaget får kännedom om förhållandet som ska reklameras. Bengtsson kommenterar bestämmelsen enligt följande: ”Naturligtvis måste bolaget också ha vetenskap om att förhållandet *har betydelse* för en gällande försäkring” (min kursivering). Jfr även Johannes Marszalek, a.a., s. 890. Jfr dock SOU 1986:56 s. 592 f. där en motsvarande bestämmelse till nuvarande 4 kap. 10 § försäkringsavtalslagen diskuterades. Där ansåg kommittén att försäkringsbolaget fick stå risken för att det inte uppmärksammade *betydelsen* av det reklamationspliktiga förhållandet. Enligt kommittén var det tillräckligt att bolaget fick kännedom om själva förhållandet ifråga. Samma tankegång uttrycks i förslaget till skadeförsäkringslag, SOU 1989:88, s. 316. Även i SOU 2005:120 s. 312 framförs liknande tankegångar beträffande kommittentens avvisningsrätt enligt 44 § 2 st. kommissionslagen, som stadgar att reklamation ska ske ”efter det att kommittenten insåg eller borde ha insett de omständigheter som ligger till grund för avvisningen.” I betänkandet anges följande: ”Med de omständigheter som grundar avvisningsrätten åsyftas att reklamationsplikten uppkommer först när kommittenten insåg eller borde ha insett nämnda omständigheter men *oberoende av om han också förstod att det förelåg en avvisningsrätt.*” (min kursivering). Uttalandet återkommer i annan form i propositionen, se prop. 2008/09:88 s. 163.

<sup>32</sup> Jfr även prop. 2010/11:15 s. 63.

de omständigheter som grundar avtalsbrottet. I punkten 13 konstaterar HD: ”Vad som utgör boarea respektive biarea är inte självklart och [privatpersonerna] var, såvitt framkommit, inte närmare insatta i de regler och principer som styr detta.” Frågan om den reklamationspliktigas sakkunskap rörande avtalsbrottet har kanske främst diskuterats inom ramen för undersökningsplikter och vad för kunskap som hen borde ha tillägnat sig vid en fullgjord undersökningsplikt.<sup>33</sup> Men vid insikt krävs som bekant att den reklamationspliktiga verkligen har (eller får anses ha) faktisk insikt om avtalsbrottet. Då måste naturligtvis hens egna förutsättningar att bedöma avtalsbrottet ha betydelse.

Faktorer av relevans för bedömningen av när en reklamationspliktig kan anses ha insikt om ett avtalsbrott lär i stort sett vara desamma som vid ”bort inse-rekvisitet”. Det bör också finnas flera gemensamma beröringspunkter mellan dessa faktorer och de som har betydelse för reklamationsfristens längd. Viss försiktighet måste dock iaktas vid dragandet av paralleller i båda fallen, eftersom det i grunden är olika frågeställningar.<sup>34</sup> Ovan har nämnts några faktorer som kan vara relevanta. Tänkbara omständigheter utöver dessa skulle enligt min uppfattning bland andra kunna vara följande: a) kontraktsbrytandens eventuella ansträngningar att dölja avtalsbrottet; b) avtalsbrottets betydelse för den reklamationspliktiga; c) flera ansvarssubjekt; d) i vilken utsträckning den reklamationspliktiga har tillgodogjort sig avtals prestationen; e) vilka eventuella utredningsåtgärder som vidtagits.<sup>35</sup> Objektiviserad insikt lär i regel föreligga om förhållandet som ska reklameras har konstaterats av en expert; detta menade privatpersonerna själva var utgångspunkten i det aktuella fallet. Uppfattningen har också stöd i rättspraxis.<sup>36</sup>

#### 4 Avslutning

Som framgått lär det i många fall vara svårt att bevisa faktisk insikt. Kanske framstår det som onödigt utmanande i de fall reklamationsfristen kan börja löpa redan vid bort inse-insikt. Men tidpunkterna för dessa insiktsrekvisit kan sammanfalla, alternativt ligga i nära anslutning till varandra. Eftersom den reklamationspliktigas insikt om avtalsbrottet är en omständighet som typiskt sett leder till en kortare reklamationsfrist<sup>37</sup> — sannolikt är det en faktor som till och med har

<sup>33</sup> Jfr ”Bostadsrättslokalen” NJA 2016 s. 237 p. 33 och prop. 1988/89:76 s. 121.

<sup>34</sup> Se Jakob Andersson, Reklamationsfristens längd i teori och praktik, avsnitt 2.5 och Johan Bärlund, Reklamation i konsumentavtal. En kontraktsrättslig studie av konsumentens reklamation som en förutsättning för att konsumenten skall kunna åberopa näringsidkarens avtalsbrott, s. 185.

<sup>35</sup> Jfr Jakob Andersson 2021, avsnitt 2. Angående frågan om kontraktsbrytandens försök att dölja/bagatellisera avtalsbrottet och utredningsåtgärder, se även Johannes Marszalek, a.a., s. 891 respektive 892.

<sup>36</sup> NJA 2008 s. 1158 och RH 1996:130.

<sup>37</sup> Jfr även ”Radonhuset” NJA 2016 s. 303 p. 20, NJA 2018 s. 127, p. 37, Jam Ramberg m.fl., a.a., p. 8.4.2. Se även prop. 1988/89:76 s. 124 där lagstiftaren anför att, då den reklamationspliktiga är näringsidkare och ”felet har observerats”, reklamation i regel bör göras någon eller några dagar efteråt. Se även Svea hovrätts dom 4 december

stor inverkan — kan det vara till fördel för den reklamationsinvändande att argumentera för att den reklamationspliktiga haft insikt om avtalsbrottet. I tveksamma fall kan ett framgångsrikt sådant åberopande vara det som gör att vågskålen faller ut till den reklamationsinvändandes favör.

Av intresse är också att det finns andra passivitetsregler som kräver faktisk insikt om förhållandet ifråga för att deras frist ska börja löpa.<sup>38</sup> Därtill finns det uttalande i doktrinen att reklamationsfristen vid avtalsbrott för vissa oreglerade avtalsförhållanden börjar löpa först vid faktisk insikt.<sup>39</sup> Det bör också noteras att HD i framförallt senare tids praxis har börjat referera till vad som skulle kunna beskrivas som ett ”nytt” passivitetsinstitut, som synes fått benämningen *allmän passivitetsverkan*. Detta passivitetsinstitut förefaller i många fall kräva insikt för att aktiveras.<sup>40</sup>

Sammanfattningsvis är det alltså av vikt att känna till när en rättighetsinnehavare kan anses ha insikt sitt anspråk. ”Suterränghuset på Ekerö” är på så vis ett välkommet bidrag till en ökad förståelse av det begreppet och till det kopplade bevisfrågor.

2018 i mål T 6560-16, som hänvisar till detta uttalande. Jfr även lagstiftarens uttalande i författningskommentaren till 4 kap. 2 § paketreselagen, där reklamationsfristen börjar löpa först då den reklamationspliktiga fått faktisk kännedom om felet. Enligt lagstiftaren bör den reklamationspliktiga under dessa förhållanden reklamera ”så fort som möjligt” (prop. 2017/18:225 s. 134).

<sup>38</sup> Se t.ex. 4 kap. 10 § försäkringsavtalslagen, 12 kap. 43 § 3 st. JB, 29 § och 59 § 2 st. köplagen. Se även t.ex. 4 § 2 st. och 6 § 2 st. avtalslagen.

<sup>39</sup> Se fotnot 8 ovan.

<sup>40</sup> Se t.ex. ”Pantsättarens passivitet” NJA 1961 s. 26, ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630, ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203, ”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195. Jag har berört detta passivitetsinstitut i Jakob Andersson, *Mindre reklamationsplikt — mer ”allmän passivitetsverkan”?*, SvJT 2022 s. 386.