

JURIDISKA INSTITUTIONEN
Examensarbete
Juristprogrammet Hötterminen 2016
30 HP

Besiktningssklausuler i fastighetstransaktioner

En undersökande uppsats om besiktningssklausulers formulering och tolkning med koppling till fastighetsmäklarens ansvar för köpekontraktet vid en fastighetstransaktion.

Isabelle Ekman

Handledare: Mats Persson



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Sammanfattning

Följande uppsats behandlar besiktningsklausuler som kan medtagas i köpekontrakt vid en fastighetstransaktion. En besiktningsklausul ger en köpare rätt att utnyttja sin undersökningsplikt och besiktiga fastigheten efter det att köpet genomförts, det trots att huvudregeln anger att undersökningsplikten ska ske innan köpet genomförts vilket stadgas i 4:19 2 st. JB. Besiktningsklausuler är framförallt användbara på marknader där det är hög efterfrågan på fastigheter och kravet på snabba affärer är stort. Vissa typer av besiktningsklausuler kan ge köparen rätt att återgå köpet och verkar som ett öppet köp inom den tidsram som anges i klausulen. Andra kan framvisa att vissa specifika fel måste finnas för att köpet ska kunna återgå. Det rör sig här om öppna eller begränsade besiktningsklausuler som ger olika rättsverkningar för parterna.

Om en mäklare är anlita för att ta hand om en fastighetstransaktion har denne en avgörande roll för utformningen av köpekontraktet och eventuella villkor. En viktig uppgift är vidare att förmedla innebörden av innehållet till kontraktsparterna. Det är resultat av att mäklare måste följa god fastighetsmäklarsed vilket regleras i 8 § FML. Besiktningsklausuler är troligtvis de villkor som orsakar flest tvister då de ofta är otydligt formulerade vilket ger ett stort tolkningsutrymme.

I uppsatsens analys görs en koppling till hur domstolarna har dömt och vad tillsynsmyndigheten Fastighetsmäklarinspektionen beslutat i olika fall vad avser otydliga besiktningsklausuler. Det är, i de allra flesta fall, utformningen av klausulerna som brister då de ofta ligger till grund för tvist mellan parterna. Det framkommer att det finns flertalet moment som är viktiga att specificera för att klausulen ska anses vara giltig. Här är mäklarens ansvar mycket stort då det endast räcker att klausulen ligger till grund för tvist, trots att ingen uppstått. Avslutningsvis analyseras hur man råder bot på problemet med bristfälligt utförda klausuler.

Besiktningsklausuler regleras idag inte i svensk rätt och det finns heller ingen schabloniserad klausul. Lösningen blir således att utfärda en standardklausul, men med möjlighet att anpassa den till det specifika fallet då en fastighetstransaktion kan skilja sig mycket från fall till fall vilket klausulen vidare måste anpassas till.

Abstract

This essay concerns inspection clauses which can be included in purchase agreements in real estate transactions. An inspection clause gives the buyer the right to exercise their duty to inspect the property after the purchase has been completed. Inspection clauses are especially useful in markets where there is a high demand for properties which requires rapid exchanges.

Certain types of inspection clauses can give the buyer the right to cancel the transaction, even though the purchase agreement has already been signed by both parties. However, this is only possible within the time frame specified in the clause. These types of inspection clauses is called open inspection clauses. Other types may specify that a certain defect must be found for the buyer to be able to cancel the transaction. These types is called limited inspection clauses. If a broker is hired to take care of the transaction, he or she has a crucial role in the execution of the purchase agreement as well as to convey the meaning of the content to the contracting parties.

The Swedish courts and the supervisory authority Fastighetsmäklarinspektionen has ruled in various cases regarding unclear inspection clauses. Analyzing the statements from the rulings illustrates that the clauses must be clear and comprehensive. If the wording of the inspection clause is imprecise or unclear there is a real risk of the agreement causing further disputes and even litigation. However, in some cases an imprecise inspection clause does not have to lead to a dispute. If Fastighetsmäklarinspektionen detects an unclear clause authored by a broker, the broker could receive a warning even though there was no dispute between the parties during the transaction process or thereafter. It appears that there are several elements that have to be specified in an inspection clause for it to be considered valid.

The analysis concludes that a standard clause would help brokers and individuals in making a precise and clear inspection clause. Nonetheless, the standard clause must account for adoption to the case at hand.

Innehållsförteckning

1. Inledning.....	8
1.1 Introduktion.....	9
1.2 Syfte och frågeställning	10
1.3 Avgränsning.....	11
1.4 Metod och metodproblematik.....	11
1.4.1 En utredning av besiktningssklausulers rättsliga grund	11
1.4.2 Konstruktion av reglerna	12
1.4.3 Metodproblematik.....	13
1.4.4 Lösning på problematiken	13
2. Avtalet i fokus	14
2.1 Anbud-accept modellen.....	14
2.2 Huvudsakliga avtalsrekvisit	15
2.3 Formkrav vid överlåtelse av fastighet	16
2.3.1 Formkravets historia.....	16
2.3.2 Dagens formkrav i 4:1 JB.....	18
2.4 Reglering av villkor i köpekontraktet – innebörden av 4:3 och 4:4 JB.....	18
3. Besiktningssklausuler	21
3.1 Vad är en besiktningssklausul?.....	21
3.2 Öppen besiktningssklausul	22
3.3 Begränsad besiktningssklausul	23
3.4 Den reglerade undersökningsplikten.....	24
4. Fastighetsmäklarens ansvar.....	26
4.1 Fastighetsmäklarinspektionens roll.....	26
4.2 FML och god fastighetsmäklarsed	27
4.3 Fastighetsmäklarens ansvar för köpekontraktet	28
4.4 Fastighetsmäklarens rådgivnings- och upplysningsskyldighet	29

5. Besiktningssklausulers rättsverkningar	31
5.1 Avtalsstolkning	31
5.2 Domar.....	31
5.3 Avgöranden från FMI	36
5.4 Analys av domarna och avgörandena.....	39
5.4.1 <i>Analys av domarna</i>	41
5.4.2 <i>Analys av avgöranden från FMI</i>	42
5.5 Påverkan på kontraktsparterna	43
5.5.1 <i>Köpare</i>	43
5.5.2 <i>Säljare</i>	44
6. Förslag på åtgärd	46
6.1 Varför ett förbud är omotiverat	46
6.2 Fördelarna med en standardklausul för fastighetsmäklaren	47
6.3 Förslag på innehåll till en standardklausul	48
6.3.1 <i>Öppen besiktningssklausul</i>	48
6.3.2 <i>Tillägg för begränsad besiktningssklausul</i>	50
7. Slutord	52
Referenser.....	54

1. Inledning

Problematik: Utgångspunkten vid köp av fastighet är att köparen utför sin undersökningsplikt före köpet. Denna undersökningsplikt finns reglerad i 4 kap 19 § 2 st. Jordabalken (1970:994). På senare tid har det dock blivit allt vanligare att parterna väljer att använda sig av en så kallad besiktningsklausul i köpekontraktet. En besiktningsklausul gör att undersökningsplikten och således möjligheten att besiktiga fastigheten flyttas till efter köpet. Problematiken som omfattar besiktningsklausuler är framförallt formuleringen, som många gånger är bristfällig. Den bristande formuleringen gör att klausulerna ligger till grund för tvist mellan parterna, främst tolkningstvister avseende innehållet.

Många besiktningsklausuler är således bristfälliga i sitt utförande. Det finns vidare lydelse som är utformade så att det ger ena parten stora fördelar om fel återfinns i fastigheten. Har en mäklare anlåtts är det denne som utformar samtliga klausuler i ett köpekontrakt och har då ett ansvar för att dessa är klart och tydligt formulerade. Det finns ingen reglering avseende besiktningsklausuler och doktrin är knapphändig. Som part eller mäklare kan man följaktligen inte rätta sig efter något vilket i sig skapar en problematik som vidare kan komma att påverka rättssäkerheten, främst för kontraktsparterna.

1.1 Introduktion

Fastighetsköp är en av de största ekonomiska handlingarna som genomförs av många under en livstid. I och med att det rör sig om en så omfattande affär sker den ofta ett begränsat antal gånger, vilket inte sällan ger liten kunskap och erfarenhet på området. På grund av det måste båda kontraktsparterna informeras om vad som ska tas med och regleras i köpekontraktet då det utformas. Vanligaste scenariot är idag att säljaren anlitar en mäklare när det är dags att sälja sin fastighet, vilken i sin tur har ett omfattande ansvar för transaktionen. Mäklaren bär ansvaret för utformningen av köpekontraktet och eventuella villkor som används samt för att information ges till båda parter om dess innehåll och betydelse. Mäklare är enligt lag skyldiga att utforma klausuler som är perfekt anpassade till den specifika affären.¹

Ofta anlitar köparen i sin tur en besiktningsman som utför en överlåtelsebesiktning, även kallad jordabalksbesiktning, då köparen kan behöva ta hjälp av en sakkunnig person som undersöker fastigheten efter eventuella fel. Det vanligaste förfarandet, och det som oftast rekommenderas och är reglerat i lag, är att man besiktigar fastigheten innan köpet.² Då får köparen tillgång till besiktningsprotokollet vid den tidpunkt denne ska bestämma sig för att köpa fastigheten eller inte. Köparen kan då även välja att köpslå om priset genom att referera till eventuella fel som finns i besiktningsprotokollet. Dessutom är en köpare under alla omständigheter då införstådd i de fel som finns i fastigheten när kontraktet skrivs under. Om köparen inte kan, eller av någon anledning inte vill utföra besiktning innan köpet, kan denne ändå förvärva fastigheten samt göra en besiktning. Det genom att parterna använder en besiktningsklausul i köpekontraktet. Det finns två typer av besiktningsklausuler att tillgå, begränsade eller obegränsade.

¹ Jingryd, Ola, Segergren, Lotta, Fastighetsförmedling, Lund: Studentlitteratur AB, 2015, s. 266.

² Se 4:19 2 st. JB.

I och med att besiktningen sker efter att köpet gått igenom, vid ett medtagande av en besiktningsklausul, är det av stor vikt att denna är utformad på så sätt att det inte råder någon tvekan om vad som har avtalats mellan parterna. Om en mäklare är anlitaad måste denne uppvisa en noggrann genomgång av köpekontraktet. Sker inte detta kan det i värsta fall få kostbara konsekvenser för kontraktsparterna. Alla eventuella oklarheter bör således redas ut direkt i klausulen. Verkligheten har dock många gånger visat på det motsatta då dessa klausuler har varit källor till åtskilliga juridiska tvister på grund av den bristfälliga formuleringen.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att undersöka problematiken som omfattar besiktningsklausuler genom ett fokus på praxis och avgöranden samt på mäklarens roll i utformandet av dessa med en koppling till regelverket. Uppsatsen syftar vidare på att undersöka hur besiktningsklausuler tolkas och vilka omständigheter som är avgörande för att dessa ska anses vara otydligt utformade. Sist syftar uppsatsen till att ta fram en åtgärd som gör att tolkningsproblematiken minskar för att användare lättare ska konstruera besiktningsklausuler med så litet tolkningsutrymme som möjligt.

Frågorna som ska besvaras i enlighet med syftet är följande:

1. Hur stort är mäklarens ansvar vid förmedling av fastigheten då en besiktningsklausul medtas i köpekontraktet?
2. Hur sker FMI:s och de dömande instansernas tolkning av besiktningsklausuler? Vad läggs det störst vikt på?
3. Hur kan kontraktsparterna påverkas av en besiktningsklausul?
4. Vilka är de centrala momenten som behöver specificeras för att en besiktningsklausul ska ha så minimalt tolkningsutrymme som möjligt?

1.3 Avgränsning

Uppsatsen fokuserar på besiktningsklausuler inom svensk rätt och andra återgångsklausuler kommer inte beröras. Av naturliga skäl sker en överlappning av det avtalsrättsliga området, framförallt avtalstolkning. Detta kommer endast beröras kortfattat i den omfattning som ansetts nödvändigt för att uppfylla syftet med uppsatsen. Huvudfrågan åsyftar vilka rättsverkningar formuleringen av dessa klausuler har ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Det sker således ingen genomgång av processuella rättsverkningar. De använda regelverken är framförallt jordabalken (1970:994), framöver JB, och fastighetsmäklarlagen (2011:666), framöver FML, men även lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, framöver AvtL. Eventuella regler avseende återgångsvillkor och parternas rättigheter enligt köplagen (1990:931) kommer inte att beröras i uppsatsen.

1.4 Metod och metodproblematik

Uppsatsen är uppdelad i tre olika sektioner. Den första sektionen reglerar bakgrunden och det grundläggande underlaget. I den andra sektionen sker en analys kring relevanta rättsfall och avgöranden för att ge en överblickande uppfattning om hur besiktningsklausulerna har utformats i verkliga fall. I den tredje och sista sektionen sker en konstruktion av tidigare delar för att systematisera de centrala nämnarna i en besiktningsklausul.

1.4.1 En utredning av besiktningsklausulers rättsliga grund

I kapitel två till fyra har jag till en början valt att utreda den gällande rätt som omfattar besiktningsklausuler genom att använda mig av en rättsdogmatisk metod, det vill säga bestämma gällande rätt. Syftet är att beskriva besiktningsklausuler utifrån den svenska rätten med fokus på lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin. I enlighet med rättskällehierarkin ska överordnad rättskälla främst gälla framför lägre. Lagen är således placerad som främsta källa tillsammans med förarbeten, rättspraxis och doktrin. Vidare har avgöranden från Fastighetsmäklarinspektionen

(FMI) varit av stor betydelse för uppsatsens karaktär, främst då FMI:s avgöranden är den källa som behandlar besiktningsklausuler som mest, då många rättsfrågor som tas upp aldrig har prövats av högre instans. De används således som beskrivande exempel på användningen av besiktningsklausuler, som läsaren möjligtvis inte var medveten om tidigare. I dessa kapitel har jag strävat efter koherens då rättsreglerna ska bilda ett sammanhängande system med besiktningsklausuler definierat som ett rättsligt område.

Kapitel fem innehåller rättsfall från domstolarna samt avgöranden från FMI för en rättsfallsanalys samt analys av avgörandena. Fokus ligger på de centrala delarna i besiktningsklausuler och vad domstolarna och FMI främst lägger vikt på och vad som gör att klausulerna anses vara ogiltiga. Syftet är att lägga grunden för kommande kapitel, för att kunna ge förslag på en lösning för att minska risken för oklarheter i klausulerna.

1.4.2 Konstruktion av reglerna

Från den beskrivande rättsdogmatiska metoden och rättsfallsanalysen, valde jag att gå över till resultatdelen för att djupare analysera utredningen och göra en konstruktion av reglerna. Dessa kapitel visar på en rättsanalytisk metod för att svara på frågan om gällande rätt idag är tillräcklig. Jag har tagit materialet i tidigare kapitel och systematiserat vilka de centrala momenten är i både öppna och begränsade besiktningsklausuler. Där har gemensamma och ledande nämnare tagits fram genom att lägga fokus på vilka konsekvenserna kan bli om klausulerna inte formuleras klart och tydligt. Syftet med resultatdelen är att komma upp med en lösning som underlättar för mäklare och enskilda vid användandet av besiktningsklausuler. Resultatet blev en standardklausul som i största möjliga mån ska minska tolkningsutrymmet och således risken för tvist.

1.4.3 Metodproblematik

I sökandet efter besiktningsklausulers tolkning och rättsverkningar har det stötts på svårigheter då besiktningsklausuler i sig inte är lagstadgade och inte förekommer i några förarbeten förutom ur senaste FML. Följaktligen saknas det källor som normalt skulle kunna komma till användning i utförandet av resultatdelen.

1.4.4 Lösning på metodproblematik

Den rättsdogmatiska metoden är till sin grund begränsad och strikt beträffande användningen av källor som främst ska omfattas av lag, förarbeten, praxis och doktrin. Högsta domstolen har inte behandlat något fall gällande besiktningsklausuler och fallen från hovrätten är knapphändiga. Ämnet är vagt behandlat i doktrin och nämns som sagt endast kort i ett förarbete. I brist på information från dessa rättskällor som ska omfattas av den rättsdogmatiska metoden, ger det resultatet att jag fått söka information från annat håll. Det gjorde att avgöranden från FMI, som inte är någon domstol och vars avgöranden således inte kan anses utgöra rättspraxis, använts för att berika utredningen. Avgörandena från FMI pekar tydligt på hur en användning av besiktningsklausuler kan se ut. Vidare har dessa avgöranden spelat stor roll i konkretiserandet av god fastighetsmäklarsed, som inte specificeras i lagtext eller förarbeten.

2. Avtalet i fokus

Hur avtal ingås, sluts och dess vida rättsverkningar däremellan regleras i AvtL. I följande kapitel ska till en början huvuddragen kort dras för ingående av avtal kopplat till formkravet för köpekontrakt vid överlåtelse av fastighet. Anledningen är då klausuler är en del av avtalsrätten och besiktningsklausuler således går in på både avtalsrättens och fastighetsrättens område.³

2.1 Anbud-accept modellen

Det är vanligt att man talar om avtalet som det som bestäms i skrift, vilket i juridisk mening inte stämmer då avtalet speglar det rättsförhållande som skapas mellan parterna vid en överenskommelse. För att två parter ska kunna ingå avtal krävs ett anbud och en accept vilket stadgas i 1:1 AvtL och går under namnet anbud-accept modellen.⁴ Denna modell bygger på att kontraktsparterna lämnar två likalydande viljeförklaringar som återspeglar parternas ”gemensamma vilja”.⁵ Anbudsgivaren lämnar ett anbud som mottagaren senare tolkar för att lämna en eventuell accept.

För att det ska vara tal om ett bindande anbud måste det vara definierat och ha en bestämd adressat. För att innehållet av anbudet ska anses vara tillräckligt definierat är förutsättningen att det ”...omedelbart ska ligga till grund för en accept, varigenom ett avtal kommer till stånd.”⁶ Vidare måste anbudet innehålla ett klart erbjudande för att mottagaren ska kunna lämna en accept. Denna accept ska svara på det riktade anbudet som anbudsgivaren lämnat då det annars kan bli en oren accept som i sin tur skapar ett nytt bud till den ursprungliga anbudsgivaren, 1:6 1 st. AvtL.⁷ Det finns dock undantag till anbud-accept modellen. En annons i en tidning som avser försäljning av fastighet anses till

³ Detta kommer endast belysas översiktligt då fokus ska ligga på besiktningsklausulens rättsverkningar riktad mot fastighetsrätten med koppling till mäklarens ansvar.

⁴ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Avtalsrätt I, Lund: Studentlitteratur AB, 2011, s. 53.

⁵ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Avtalsrätt II, Lund: Studentlitteratur AB, 2013, s. 47.

⁶ Adlercreutz, A., Gorton, L., Avtalsrätt I, s. 61.

⁷ Adlercreutz, A., Gorton, L., Avtalsrätt I, s. 40.

exempel inte utgöra ett anbud. Samma gäller reklam, trots att den ofta innehåller ett riktat erbjudande. Dessa två exempel får istället anses utgöra utbud eller anmodan att andra parter ska komma med ett anbud.⁸

2.2 Huvudsakliga avtalsrekvisit

Grundregeln i AvtL är att parter kan ingå avtal formlöst, det vill säga antingen muntligt eller skriftligt utan översikt av vittnen. Detta är ett uttryck för avtalsfriheten, det vill säga rätten för var och en att fritt ingå avtal samt att bestämma vem man vill ingå avtal med.⁹ Som part är man inte tvingad att ingå avtal och man kan i mångt och mycket avtala om vad som helst. För att ett avtal ska komma till stånd krävs vanligtvis medvetenhet och avsikt hos parterna som är grunden till anbud-accept modellen. Det finns dock ett undantag och det är att vissa avtal kan slutas genom passivitet.¹⁰ En specificering eller förklaring av vad avtal faktiskt är finns det ingen definition på i AvtL eller i övrig lagstiftning, men det är en typ av rättshandling.¹¹

Det finns generellt tre moment som ska uppfyllas för att parterna ska kunna bli bundna av avtalet. Det första avser att parterna ska ha en vilja att binda sig till ett avtal, det ska således finnas partsvilja. Moment två är att denna vilja ska delges genom en viljeförklaring mot den andre parten.¹² Tredje momentet uttrycker att man ska ha tillit till motparten i avtalsförhållandet vilket även kan förklaras som

⁸ Adlercreutz, A., Gorton, L., Avtalsrätt I, s. 76; Det gäller även om det står adressatens namn på till exempel ett reklamutskick. Dessa är just *utskick* och har ingen specifik adressat i syfte. Samma gäller om en adressat fått ett meddelande av misstag, då detta inte är att anse som ett bindande anbud. Det gäller även om mottagaren till meddelandet är i god tro om avsändarens vilja till anbudet.

⁹ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, Stockholm: Norstedts juridik, 2014, s. 28.

¹⁰ Adlercreutz, A., Gorton, L., Avtalsrätt I, s. 122; Om en part uppmanar den andre parten att avge ett anbud och inte anger om denne önskar att avstå alternativt acceptera anbudet, blir uppmanaren bunden vid det anbud som getts. Det sker genom passivitet, 9§ AvtL.

¹¹ Adlercreutz, A., Gorton, L., Avtalsrätt I, s. 20.

¹² Adlercreutz, A., Gorton, L., Avtalsrätt I, s. 24.

hur denne tolkar viljeförklaringen.¹³ Utöver de tre grundläggande momenten måste det föreligga en gemensam partsavsikt, det vill säga båda parterna måste ha samma avsikt för att kunna nå ett avtalsslut.¹⁴ Vidare måste rättshandlingen, eller partsavsikten, riktas mot en eller flera bestämda personer som anses vara juridiska rättssubjekt i avtalsförhållandet. För att ett avtalsslut ska komma till stånd krävs det att alla medverkande parter ska vara rättssubjekt som i sin tur måste ha rättshandlingsförmåga att själv utföra bindande avtal.¹⁵

2.3 Formkrav vid överlåtelse av fastighet

2.3.1 Formkravets historia

Trots att avtal som huvudregel kan ingås formlöst, vilket är ett resultat av avtalsfriheten, finns det ett uttryckligt undantag i 1:1 3 st. AvtL som anger att vissa avtal måste ha en viss utformning för att anses giltiga. Ett exempel på detta är regeln i 4:1 JB som föreskriver formkrav vid köp av fastighet.¹⁶ Bundenhet avseende försäljning av fastighet uppstår då parterna ingått ett skriftligt avtal som är upprättat enligt lag. Ett löfte om att köpa eller sälja en fastighet är följaktligen inte bindande.¹⁷ Det har i princip alltid gjorts skillnad mellan köp av lös och fast egendom. Det avser främst formkravet som är kopplat till fast egendom, som ofta anses vara mer komplex och omfattande än lös egendom. Redan då den första versionen av JB infördes år 1734 fanns det en paragraf som reglerade formkrav avseende fastighetsöverlåtelser och som stadgade följande:

”Köp, skifte och gåva skola skriftligen ske med tvägge manna vittne, och de villkor däri sättas, var å samma köp, skifte eller gåva sig grundar.”¹⁸

¹³ Ramberg, J., Ramberg, C., Allmän avtalsrätt, s. 37–38.

¹⁴ Ramberg, J., Ramberg, C., Allmän avtalsrätt, s. 38.

¹⁵ Adlercreutz, A., Gorton, L., Avtalsrätt I, s. 127.

¹⁶ Ramberg, J., Ramberg, C., Allmän avtalsrätt, s. 96.

¹⁷ NJA 1981 s. 897.

¹⁸ 1 kap. 2 § JB, 1734 års lag.

Regeln lagfäste ett strängt formkrav och var den enda regel i JB som reglerade just formkravet. Innebörden av regeln var att köp av fastighet skulle vara skriftligt och bevittnat av två vittnen samt att alla eventuella villkor skulle tas med i köpekontraktet. Syftet med formkravet i 1734 års lag var att säkerställa att köpekontraktet återgav det parterna avtalat så tydligt som möjligt.¹⁹

När formkravet infördes var lagstiftarens syfte att det skulle tillämpas strikt, dock kom detta att luckras upp i och med de rika antal rättsfall som kom i samband med formkravet mot 1800-talets slut. Något som inte kvarstod var bland annat bestämmelsen att köpeskillingen tvunget skulle framgå av köpekontraktet. Det gjorde att överenskommelser mellan parterna skedde vid sidan om.²⁰

Under 1800-talet föreslogs en rad ändringar i regleringen från 1734 då samhället ändrats drastiskt under årens lopp. Det var dock först år 1970 som förslagen resulterade i en ny lagsstiftning. 1734 års JB ersattes med 1970 års version vilken fortfarande är gällande inom svensk rätt. Nya JB höll kvar formkravet som regleras i 4:1. I bestämmelsen ska kontraktsparterna bland annat ta med köpeskillingen, som är den som avtalats i verkligheten. I 1970 års version blev köpekontraktet ogiltigt i sin helhet om så inte gjordes.²¹

År 1992 valde lagstiftaren att återigen ändra på formkravet. Denna gång genom att om kontraktsparterna anger en felaktig uppgift avseende köpeskillingen medför det inte att hela avtalet blir ogiltigt samt att köpeskillingen i vissa fall kunde jämkas.²² Det fördes i samband en debatt om formkravet verkligen behövdes, att det kunde tynga ner parterna och skapa onödiga och krångliga omständigheter. Förespråkarna för ett fortsatt formkrav framhöll i sin tur att tanken var att fast egendom anses vara ett extra viktigt förmögenhetsobjekt.

¹⁹ Grauers, Folke, Fastighetsköp, Lund: Juristförlaget i Lund, 2013, s. 37.

²⁰ Prop. 1970:20 del b, s. 123.

²¹ Prop. 1970:20 del b, s. 151.

²² Prop. 1991/92:110, s. 9.

Formkravet fick vara kvar, men med den premissen att det tvunget skulle inneha så få faktorer som möjligt.²³

2.3.2 Dagens formkrav i 4:1 JB

Regeln i 4:1 JB utgör ett legalt formkrav vilket betyder att det är en tvingande bestämmelse. Ett köpekontrakt som avser köp av fastighet är således inte bindande innan minimikraven i 4:1 JB är uppfyllda. Enligt bestämmelsen ska köpekontraktet innehålla åtminstone fyra moment: fastigheten (normalt registerbeteckningen), köpeskillingen, en överlåtelseförklaring samt kontraktsparterna och deras underskrifter. Rättsföljden av att en eller flera av dessa beståndsdelar utgår är att köpet blir ogiltigt. Köpet blir dock inte per automatik ogiltigt utan det måste åberopas av någon av kontraktsparterna.²⁴

2.4 Reglering av villkor i köpekontraktet - innebörden av 4:3 och 4:4 JB

Vissa typer av villkor måste anges i köpekontraktet för att göras giltiga, och dessa har man velat begränsa till villkor som har stor eller till och med avgörande betydelse för köpekontraktet. Regleringen av dessa villkor sker i 4:3 JB som står för en uttömmande uppräkningslista. Första punkten i 4:3 JB ger vid handen att återgångsvillkor ska medtas i köpekontraktet för att göras gällande, där besiktningsklausuler är vanliga typer av återgångsvillkor. Ytterligare ett välanvänt återgångsvillkor är låneklausuler.²⁵ För att det intagna återgångsvillkoret ska vara gällande måste det således uppfylla kraven i 4:3 JB, att det skriftligen ska stå med i köpekontraktet för att anses giltigt. Ytterligare krav är att utformningen ska vara konkret och spegla parternas förhållande så att det förevisar parternas

²³ Prop. 1970:20 del b, s. 122.

²⁴ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 45.

²⁵ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 62.

intentioner.²⁶ Syftet är att tolkningsutrymmet ska vara så litet som möjligt så att risken för feltolkningar minimeras.

Innebörden i 4:3 JB är att ”förvärvets fullbordan eller bestånd är beroende av villkor”. Enligt tidigare praxis gjorde man skillnad mellan fullbordan och bestånd. Det utgjorde således en skillnad mellan villkor som höll äganderätten svävande, det vill säga suspensiva, och villkor som gav resultat i att äganderätten skulle gå åter till säljaren, det vill säga resolutiva. Enligt Folke Grauers saknar det idag relevans om var äganderätten befinner sig. Det som ska betonas är att själva köpet kan gå tillbaka om inte villkoret i sig är uppfyllt.²⁷

Klausuler, i synnerhet besiktningsklausuler, som framvisar att priset kan sättas ned till följd av att fel dokumenterats i besiktningsprotokollet faller inte inom ramen av 4:3 JB. Anledningen är då köpet inte kan återgå. Istället bör den omfattas av 4:1 JB, då den förevisar att uppgifter om köpeskillingen ska finnas i köpekontraktet. Om ett lägre pris utgör det slutgiltiga priset ska det således anges i köpekontraktet. Dessa klausuler, där det inte finns någon möjlighet till återgång, kommer dock inte att tas upp i denna uppsats.

I 4:4 JB framgår det att huvudregeln beträffande villkorade köp är att köp vars fullbordan är beroende av villkor är ogiltiga om de sträcker sig längre än två år. Dessa villkor kallas även för svärvillkor. Ett exempel på ett svärvillkor är just återgångsklausuler där fastighetsköpets fullbordan eller bestånd är beroende av det som reglerats i villkoret. Svärvillkor är tillåtna enligt 4:3 första st. JB men för att göras gällande måste det tas upp i köpekontraktet samt eventuellt köpebrev.²⁸

²⁶ Melin, Magnus, Fastighetsmäklarlagen: En kommentar, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2012, s. 205.

²⁷ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 61.

²⁸ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 63.

Svärvillkor vars giltighetstid sträcker sig över längre tid än två år gör hela fastighetsköpet ogiltigt och inte bara villkoret i sig, varför det är viktigt att de utformas och formuleras korrekt.²⁹

²⁹ Se 4:4 1 st. JB.

3. Besiktningssklausuler

3.1 Vad är en besiktningssklausul?

En besiktningssklausul är, som nämnts, en typ av återgångssklausul inom 4:3 JB. Besiktningssklausuler innebär att köparen, som ofta tar hjälp av en besiktningssman, ska utföra en undersökning av fastigheten efter det att köpet har genomförts och parterna har formulerat ett bindande köpekontrakt. Med en besiktningssklausul kan köpet av fastigheten återgå i enlighet med förutsättningarna som står angivna i klausulen.³⁰ Det vanligaste är att köparen nyttjar sin undersökningsplikt och genomför en undersökning innan köpet.³¹ Anledningen till att man som köpare vill flytta på undersökningsplikten till efter köpet kan till exempel vara att denne har behov av att göra en besiktning för att söka lån efter det att köpekontraktet har skrivits under.³²

Besiktningssklausuler är varken reglerade eller schablonartade utan de kan anpassas efter olika förhållanden beroende på hur avtalsförhållandet ser ut mellan parterna. Klausulerna utfärdas inte bara av fastighetsmäklare, även om detta är vanligast. Mäklarens uppgift blir då bland annat att föreslå och formulera en tydlig besiktningssklausul och vidare ge en tydlig förklaring av innebörden av den för kontraktsparterna. I och med att de inte finns någon reglering att tillgå, finns det ett flertal olika versioner och typer av klausuler i köpekontrakt vilka reglerar besiktningssklausulerna olika strikt.³³ Besiktningssklausuler kan delas in i två kategorier: öppna och begränsade.

³⁰ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 254.

³¹ Se 4:19 2 st. JB som reglerar köparens undersökningsplikt.

³² En besiktningssklausul ska formuleras noga och alla förutsättningar måste framgå tydligt för att köparen ska ha möjlighet att kunna låta fastighetsköpet återgå efter det att köpekontraktet skrivits under. Det kan konstateras av **Svea Hovrätts dom nr T 362-09**, där domstolen fann att köparna av en fastighet blev skadeståndsskyldiga. De hade inte beviljats lån av banken för köpet, men formuleringen av besiktningssklausulen gjorde att hänvisningen till det inte var en godkänd anledning till återgång.

³³ Kammarrättens dom: 7452-14, s. 3.

3.2 Öppen besiktningssklausul

En öppen besiktningssklausul kan vanligtvis göras gällande av köparen oavsett vad besiktningen visar och köparen kan således ovillkorligen avstå från köpet.³⁴ I praktiken fungerar detta ofta som ett öppet köp. Ibland kan klausulen förses med en premie som ställs till säljaren för den förmån den öppna besiktningssklausulen medför för köparen, så som öppet köp.³⁵ Köparen av fastigheten har med andra ord möjlighet att inte genomföra köpet så som besiktningen skett innan köpet fullgjorts³⁶ Denna typ av klausul är ofta förmånlig för köparen, men kan innebära nackdelar för säljaren som befinner sig i större osäkerhet om tidsfristen för återgång är allt för lång eller om fastigheten behöver läggas ut på marknaden igen.³⁷ Det förekommer dock att dessa besiktningssklausuler även kan villkoras samman med att köparen kan behöva erlagga säljaren ett visst bestämt belopp om denne väljer att använda sig av klausulen och frånträda köpet.³⁸

Trots att tolkningsutrymmet generellt är lägre avseende de öppna besiktningssklausulerna, finns det även här krav på tydlighet. Vidare finns det krav på skälighet, främst beträffande tidsaspekten. Det ställs krav på en realistisk bedömning av tiden en köpare behöver för att genomföra och utvärdera en besiktning.³⁹ När väl besiktning skett gäller samma regler som om den gjorts före köpet, att om köparen väljer att kvarstå köpet även efter att besiktning gjorts kan denne inte, så som fel, åberopa defekter som har noterats i besiktningssklausulen. Dessutom kommer eventuella fel som besiktningssklausulens finner innebära att undersökningsplikten utökas. En öppen besiktningssklausul med rimliga tidsfrister är det som rekommenderas av FMI samt av Villaägarnas Riksförbund.⁴⁰

³⁴ Mäklaren kan även formulera klausulen så att en eventuell begäran om återgång måste bero på ett funnet fel och inte för att man ångrar köpet utan en specifik anledning till det.

³⁵ Zacharias, Claude, En återgångssklausuls inverkan på fastighetsmäklarens rätt till provision, JT 2014-15 NR1, s. 249.

³⁶ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 254.

³⁷ Se vidare besiktningssklausulers för- och nackdelar för parterna i avsnitt 5.5.

³⁸ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 254.

³⁹ Jingryd, Ola, Fastighetsmäklaren och köpekontraktet, JT 2015-16, s. 547.

⁴⁰ Fastighetsmäklarinspektionen, Tematisk tillsyn om besiktningssklausuler, Dnr 4.2-1346-13, 2014, s. 3.; Villaägarnas riksförbund, Kompletterande klausuler till köpekontrakt, 2009, s. 3.

3.3 Begränsad besiktningssklausul

Det är en stor och betydande skillnad mellan öppna och begränsade besiktningssklausuler och de begränsade är många gånger svåra att utforma på ett tillfredställande sätt.⁴¹ De brukar, på ett eller annat sätt, vara begränsade i den mening att köparen endast kan frånträda köpet om vissa villkor eller resultat uppfylls. Är begränsningen eller resultatet inte uppnått är köparen slutligt bunden vid köpet. Villkoret som är uppsatt i klausulen kan finnas till för att köparen inte ska kunna frånträda köpet enbart som ett öppet köp, det vill säga för att köparen ångrar hela köpet av fastigheten utan att ha en specifik anledning till det. Det kan uppnås genom att man i besiktningssklausulen preciserar under vilka förutsättningar köparen kan göra rätt till återgång.⁴² Istället för att använda ordet återgång i en begränsad klausul, används ofta även ordet hävning.⁴³

En begränsad besiktningssklausul brukar också kallas en besiktningssklausul med tröskel, bildlig talat att om ett fel inte beräknas nå över tröskeln kan man som köpare inte ångra köpet.⁴⁴ En vanlig typ av begränsad besiktningssklausul är att den är kopplad till att det funna felet måste överstiga ett visst belopp för att göras gällande eller att köparen endast får åberopa fel om det rör sig om till exempel fukt- eller mögelskador.⁴⁵ Då besiktningen sker efter att köpet har gjorts och protokollet följaktligen finns att tillgå efter att kontraktet är underskrivet, kan det uppstå anmärkningar i protokollet som köparen inte kan åberopa i och med att klausulen är begränsad. Detta innebär vidare att köparen inte kan frånträda köpet även om så skulle önskas. Vid användning av en begränsad besiktningssklausul

⁴¹ Zacharias, C., En återgångssklausuls inverkan på fastighetsmäklarens rätt till provision, s. 248.

⁴² Melin, M., Fastighetsmäklarlagen: En kommentar, s. 216.

⁴³ Professor Christina Ramberg berör i ett uttalande till **NJA 2010 s 58** omständigheten att JB inte gör skillnad på återgång och hävning och att det i många fall sker en sammanblandning av begreppen. I praktiken har det inte någon större betydelse, men i teorin är det dock viss skillnad mellan begreppen vilket är viktigt att benämna. Detta kommer inte tas upp mer i uppsatsen.

⁴⁴ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 255.

⁴⁵ Fastighetsmäklarnämnden, Om besiktningssklausuler och andra återgångsvillkor, God fastighetsmäklarsed, 2006, s. 6.

utökas köparens undersökningsplikt inte av varningssignaler som ges i protokollet om villkoret i klausulen inte har uppnåtts.⁴⁶

3.4 Den reglerade undersökningsplikten

Om parterna väljer att använda sig av en besiktningssklausul i köpekontraktet flyttas besiktningen till efter köpet. Det är för att köparen ska kunna utnyttja sin lagreglerade undersökningsplikt. I 4:19 JB regleras köparens rätt till prisavdrag samt hävning vid fel i fastigheten, och i paragrafens andra stycke stadgas det att:

”Som fel får inte åberopas en avvikelse som köparen borde ha upptäckt vid en sådan undersökning av fastigheten som varit påkallad med hänsyn till fastighetens skick, den normala beskaffenheten av jämförliga fastigheter samt omständigheterna i övrigt.”⁴⁷

Köparens undersökningsplikt är således reglerad och ska i normalfallet ske innan köpet. Det betyder att köparen inte kan åberopa ett fel i fastigheten som kunnat upptäckas vid en noggrann undersökning. Ur bestämmelsens utformning kan man tyda att ett funnet fel inte är relevant om det är upptäckbart. Säljaren av fastigheten ansvarar således endast för fel om det är att betrakta som dolt och som fanns vid tidpunkten för köpet.⁴⁸ En bedömning av köparens undersökningsplikt ska inte göras schablonmässigt utan det ska ske med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet.⁴⁹ Detta har gett upphov till ett antal rättsfall om hur långt undersökningsplikten sträcker sig. Bedömningen ska ske utifrån en objektiv syn, det vill säga ”vad en normalt bevandrad och erfaren köpare bör upptäcka eller förstå.”⁵⁰

Syftet med undersökningsplikten är att det ska räcka med att köparen uppfyller den genom att själv göra en noggrann undersökning av fastigheten. Detta avser

⁴⁶ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 255.

⁴⁷ 4:19 2 st. JB.

⁴⁸ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 206.

⁴⁹ Prop. 1989/90:77, s. 41.

⁵⁰ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 208.

främst så kallade småhus.⁵¹ En köpare behöver således inte anlita en besiktningsman för att uppfylla undersökningsplikten. Men då bostadshus är tekniskt komplicerade och kan innehålla trånga och svåråtkomliga utrymmen kan det behövas en sakkunnig person som bedömer husets skick. Vidare har Högsta domstolen i sina avgöranden ställt relativt höga krav på köparens undersökningsplikt.⁵² Utgångspunkten vid fastighetsköp är således, med hänsyn till ovanstående reglering, att köparen fullgör sin undersökningsplikt innan köpekontraktet skrivs under av båda parter. Om köparen, av någon anledning, inte kan eller vill använda sig av sin undersökningsplikt kan parterna istället avtala om en besiktningsklausul i köpekontraktet som antingen kan utformas som en öppen eller begränsad klausul som ger olika rättsverkningar för parterna.

⁵¹ Prop. 1989/90:77, s. 41; SOU 1987:30, s. 68–69.

⁵²Här ska kort redogöras för två rättsfall där HD dömt att ett funnet fel inte varit att betrakta som dolt. I **NJA 1985 s 871** frågan var om felaktiga elinstallationer omfattades av undersökningsplikten då hela 25 brister hittats av sakkunnig besiktningsman vid besiktning. Hovrätten och HD ansåg dock att samtliga brister omfattades då en normal undersökningsplikt, enligt HD, omfattar ”*fel som förekommit i fastigheters elektriska utrustning*”. I **NJA 1980 s 555** gällde röta i golvbjälklag i en cirka 30 år gammal fastighet. Hade köparen krupit in under fastigheten hade denne märkt rötan. Vid besiktningen hade köparen försökt öppna luckan men misslyckats och försökt sedan ytterligare en gång. Trots det ansåg HD att felet omfattades av köparens undersökningsplikt på grund av fastigheters skick och ålder.

4. Fastighetsmäklares ansvar

4.1 Fastighetsmäklarinspektionens roll

Fastighetsmäklarinspektionen (FMI) spelar stor roll i frågan om besiktningssklausuler.⁵³ FMI är ingen allmän domstol utan en statlig tillsynsmyndighet som verkar över fastighetsmäklare och utger råd och rekommendationer. FMI rekommenderar bland annat att besiktning alltid, om möjligt, bör utföras innan köpet och att besiktningssklausuler endast bör väljas om det är något som efterfrågas av parterna.⁵⁴

I juni 2013 beslutade FMI att inleda en tematisk tillsyn över besiktningssklausuler i 19 förmedlingsuppdrag som utförts av olika fastighetsmäklare. Anledningen var att FMI allt oftare upptäckt förekomsten av bristfälliga besiktningssklausuler i köpekontrakt. Syftet med granskningen var att sända en signal till mäklarna om vikten av tydlighet i klausulerna och att de ska vara utformade på sådant sätt att det inte ska råda någon tvekan för parterna vad som gäller om en klausul skulle behöva komma till användning.⁵⁵ FMI syftade vidare på att en bristfällig besiktningssklausul kan ge stora konsekvenser för köpare av fastigheter och avsikten med projektet var att verka för att dessa ska bli riktigt utförda.⁵⁶

I granskningen initierade FMI sammanlagt 40 tillsynsärenden och i 19 av dessa granskades besiktningssklausuler. I fyra av dessa 19 ärenden fann man att mäklaren brustit i utformandet av besiktningssklausulen. Tre av dem bedömdes vara oklara och ofullständiga och det fanns risker för tolkningstvister och mäklarna tilldelades varning. I det fjärde fallet fick mäklaren en erinran då denne

⁵³ Tidigare namn för FMI var Fastighetsmäklarnämnden, FMN.

⁵⁴ Fastighetsmäklarnämnden, Om besiktningssklausuler och andra återgångsvillkor, 2006, s. 3.

⁵⁵ Fastighetsmäklarinspektionen, Tematisk tillsyn om besiktningssklausuler, s. 3.

⁵⁶ Fastighetsmäklarinspektionen, Tematisk tillsyn om besiktningssklausuler, s. 2.

medverkat till en klausul som innehöll en för kort tidsfrist för köparens rätt att begära återköp. Slutsatsen blev att FMI inte ansåg att de skulle ändra på den information man gett om besiktningsklausuler, det vill säga att endast rekommendera öppna besiktningsklausuler. Dessutom påpekades att det är svårt att göra generella uttalanden om hur mäklare utformar besiktningsklausuler då endast 19 klausuler granskades.⁵⁷

4.2 FML och god fastighetsmäklarsed

En fastighetstransaktion är oftast en stor och betydande ekonomisk affär. Mot bakgrund av det ville Småhusköpskommittén i sitt betänkande föreskriva mäklaren ett ansvar mot konsumenterna.⁵⁸ Det primära syftet framfördes av att det behövdes särskild lagstiftning som reglerade utförandet av fastighetsmäklarens tjänster. Det kom att resultera i en allmän omsorgsplikt genom att mäklaren måste iaktta god fastighetsmäklarsed.⁵⁹ Fastighetsmäklare ska, enligt FML, följa god fastighetsmäklarsed som innefattar grundläggande regler om hur en mäklare ska utföra sina uppdrag. I 8 § FML stadgas följande:

”Fastighetsmäklaren ska utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iaktta god fastighetsmäklarsed. Mäklaren ska ta till vara både säljarens och köparens intresse. Inom ramen för de krav som god fastighetsmäklarsed ställer ska mäklaren särskilt beakta uppdragsgivarens ekonomiska intressen.”⁶⁰

Vad som är god fastighetsmäklarsed preciseras inte närmare i lagtext eller förarbeten. Innebörden av begreppet god fastighetsmäklarsed utvecklas, enligt lagstiftarens syfte, efter den rådande samhällsutvecklingen då processerna för fastighetstransaktioner ändras med tiden. Dessa ändringar sker framförallt genom

⁵⁷ Fastighetsmäklarinspektionen, Tematisk tillsyn om besiktningsklausuler, s. 3.

⁵⁸ Småhusköpskommittén tillsattes 1975 för att utreda frågan om hur fastighetsmäklarnas verksamhet skulle regleras genom lagstiftning.

⁵⁹ SOU 1981:102, s. 13.

⁶⁰ Fastighetsmäklarlag (2011:666).

FMI:s avgöranden och bedömningar, Konsumentverkets riktlinjearbete samt avgöranden från domstolarna.⁶¹

Förarbetet till dagens FML från 2011 är det enda förarbete som tar upp besiktningsklausuler, vilket sker med en koppling till 8 § FML.⁶² Den ålägger mäklaren en allmän omsorgsplikt samt anger att denne måste upplysa båda kontraktsparter om vilka villkor som kan tas in i avtalet, som till exempel en besiktningsklausul.⁶³ Det har särskilt betonats vikten av att man förklarar vad klausulen ger för rättigheter och skyldigheter för parterna om den skulle komma till användning. I förarbetena till den tidigare FML nämns besiktningsklausuler inte, vilket visar på att klausulerna är tämligen nya företeelser i svensk rätt.⁶⁴ Vidare visar det hur sammankopplat besiktningsklausuler är med mäklare och vilket ansvar som ålagts dem vid ett medtagande.

4.3 Fastighetsmäklarens ansvar för köpekontraktet

Sedan introduktionen av den första FML 1984 har ett stort ansvar tilldelats mäklare vid försäljning av fastighet. Redan i förarbetet till den första FML ålades mäklaren en handlingsplikt och skyldighet att klargöra köpekontraktets innebörd för kontraktsparterna. Idag har det kommit att bli en sedvänja att mäklaren i princip använder sig av högläsning då köpekontraktet författats.⁶⁵

Sedan 1984 har FML ersatts två gånger: 1995 och 2011.⁶⁶ I 21 § FML stadgas det att mäklaren ska verka för att köparen och säljaren kommer överens i frågor som behöver lösas i samband med fastigheten överlåts. Mäklaren ska, om inget annat

⁶¹ Prop. 1994/95:14 s. 40. Viktigt att påpeka är att Konsumentverkets riktlinjearbete för mäklare upphörde den 20 april 2007.

⁶² Prop. 2010/11:15, s. 48.

⁶³ Prop. 2010/11:15, s. 49.

⁶⁴ Se prop. 1983/84:16 och prop. 1994/95:14.

⁶⁵ Jingryd, O., Fastighetsmäklaren och köpekontraktet, JT 2015-16, s. 549.

⁶⁶ Grauers, F., Fastighetsköp, s. 263.

avtalats, hjälpa parterna med att upprätta behövliga handlingar och sammanföra parterna.⁶⁷

Paragrafen motsvarar den tidigare fastighetsmäklarlagens 19 § och i förarbetena till den nya lagen hänvisar man till den tidigare propositionen för en närmare förklaring av bestämmelsen.⁶⁸ Bestämmelsen omfattar bland annat att mäklaren ska klargöra innebörden av eventuella köpevillkor samt att verka för att de blir tydligt utformade i kontraktet. Mäklaren bör således vara uppmärksam på om någon av parterna vill eller på något annat sätt behöver villkora köpet.⁶⁹ Vidare är det viktigt att formulera klausulen så den är perfekt anpassad till den specifika affären så att framtida tvister kan undvikas.⁷⁰ Det är främst mäklarens rådgivande roll vid utformningen av köpekontraktet som kan generera stora konsekvenser om den sker felaktigt. Samma gäller en av mäklaren felaktig rådgivning och genomgång av klausulen. Om mäklaren inte uppfyller kraven enligt FML ansvarar denne både civilrättsligt och disciplinärt för den felaktiga eller bristande rådgivningen.⁷¹

Det ansvar mäklaren har enligt bestämmelsen för ett upprättat villkor i köpekontraktet är oberoende av om tvist har uppkommit i det enskilda fallet eller inte.⁷² En fastighetsmäklare ska enligt 15 § FML företräda varken säljare eller köpare utan verka som opartisk mellanman.

4:4 Fastighetsmäklarens rådgivnings- och upplysningsskyldighet

Enligt 16 § FML har mäklaren en allmän rådgivnings- och upplysningsskyldighet avseende den aktuella fastigheten. Beträffande mäklarens rådgivningsskyldighet

⁶⁷ Fastighetsmäklarlag (2011:666).

⁶⁸ Prop. 2010/11:15, s. 51.

⁶⁹ Prop. 1983/84:16, s. 41.

⁷⁰ Jingryd, O., Segergren, L., Fastighetsförmedling, s. 266.

⁷¹ Jingryd, O., Segergren, L., Fastighetsförmedling, s. 267.

⁷² Kammarrättens dom 2004-11-22; Länsrättens dom 2004-02-27.

är denna samma oavsett objekt. Dock kan innehållet i rådgivningen variera beroende på vilket objekt det rör sig om i det specifika fallet. Vad framkommer av förarbetena ska mäklaren upplysa en köpare om fel och brister som mäklaren känner till eller som framkommit genom en ytlig undersökning av fastigheten. Mäklaren ska även informera köparen om dennes undersökningsplikt enligt JB och detta bör ske skriftligen.⁷³ Mäklarens skyldighet till rådgivning innebär att denne ska ge kontraktsparterna råd om fastigheten samt om andra omständigheter som kan knytas till det aktuella köpet. I förarbetena har det framkommit att mäklaren ska kunna svara på frågor av juridisk, teknisk och ekonomisk natur. Det är av stor vikt att båda parter kan vända sig till mäklaren och får hjälp och råd med fastighetsförmedlingen och känna sig trygga i det.⁷⁴

⁷³ Prop. 2010/11:15, s. 30.

⁷⁴ Prop. 1983/84:16, s. 37.

5. Besiktningssklausulers rättsverkningar

5.1 Avtalstolkning

Då besiktningssklausuler ofta är otydligt utformade kan tolkningen av dessa vara svår, främst då det kan vara problematiskt att veta vad klausulen ska omfatta. Vid en bedömning av vad en specifik besiktningssklausul framvisar och vilka rättsverkningar den ger sker en avtalstolkning. AvtL innehåller inga bestämmelser hur en avtalstolkning ska ske utan detta har istället lämnats åt domstolar och doktrin att fastställa.⁷⁵ Det objektiva avtalsinnehållet fastställs således, vilket syftar på vad som anses vara avtalat mellan parterna efter att en tolkning av texten har skett.⁷⁶ Tolkningsfrågor ställer ofta till problem och många tvister som avser avtal handlar om avtalstolkningen.

Det är just avtalstolkning som används av FMI och domstolarna då det görs en bedömning av intagna besiktningssklausuler. Trots bristen på reglering behandlades frågan i förarbetet till AvtL där det uttalades att hänsyn inte endast ska tas ur avtalets ordalydelse, utan till samtliga omständigheter som kan vara av betydelse för att kunna fastställa en riktig bedömning.⁷⁷

5.2 Domar

I detta avsnitt redovisas domar från de dömande instanserna för att ge läsaren en tydligare bild av hur besiktningssklausuler har utformats i verkliga fall samt för att se hur bedömningen ser ut avseende vad som fattas dem. Rättsfallen kommer vidare att vara till hjälp i form av underlag i resultatdelen.

⁷⁵ Adlercreutz, A., Gorton, L., Avtalsrätt II, s. 43.

⁷⁶ Adlercreutz, A., Gorton, L., Avtalsrätt II, s. 37.

⁷⁷ NJA II 1915 s. 251.

HovR T 9454-05 – Öppen besiktningssklausul med kort tidsfrist

I följande mål prövade Svea hovrätt en tvist avseende en fastighetstransaktion mellan två privatpersoner där en mäklare var anlita. Köpekontraktet för fastigheten undertecknades den 6 september 2004 på mäklarens kontor och i det fanns en återgångssklausul som löd som följer:

”Köparen har rätt att efter köpet låta besiktiga fastigheten med hjälp av sakkunnig besiktningssman. Om köparen efter att ha genomfört en sådan besiktning inte önskar att stå fast vid köpet, äger köparen rätt att begära köpets återgång. Begäran skall framställas skriftligen till säljaren senast den 2004-09-16 varvid erlagd handpenning skall återbäras till köparen utan skadeståndsanspråk från någandra parten. Om köpet fullföljs är parterna överens om att fel som framkommer vid besiktning samt förhållanden som påtalas i den s k riskanalysen ej kan utgöra s k dolda fel enligt jordabalkens regler.”

Det var svårt för köparen att få en besiktning gjord med kort varsel då det var tidig höst och högsäsong för fastighetsförsäljning. När besiktningen genomförts ville köparen att köpet skulle återgå och återopade klausulen i kontraktet som då hade förlorat sin giltighet eftersom sista dagen hade passerats. Svea hovrätt kom fram till att mäklaren brustit i sin skyldighet att informera om klausulens innebörd samt att tidsfristen i denna hade satts allt för kort. Mäklaren hade således agerat oaktsamt och åsidosatt sina skyldigheter enligt 16 § FML och fick personligen stå för ersättningen motsvarande värdet på handpenningen.

HovR T 1305-11 – Fastighetsmäklarens informationsskyldighet

I ett hovrättsfall, där man valt att inte publicera den använda besiktningssklausulen, hade säljaren av en fastighet uppfattat den intagna klausulen som att hävningsrätten var begränsad. Detta bestreds av köparna. Tingsrätten kom initialt fram till att klausulen inte hade utgjort hinder för hävningsrätten då mäklaren hade givit båda parter information om att det inte var avsikten med klausulen. Köparna kom att överklaga beslutet till hovrätten, som efter en prövning kom fram till samma slutsats och fastställde tingsrättens dom.

LR 6064-09 – Tvist avseende en öppen besiktningssklausul

I följande mål prövade Stockholms dåvarande länsrätt (nuvarande förvaltningsrätt) ett mål från FMN (nuvarande FMI) som överklagats av mäklaren då FMN tilldelat mäklaren en varning. I köpekontraktet fanns en öppen besiktningssklausul där köparen hade rätt att frånträda köpet efter besiktning om denne inte längre ville stå fast vid köpet. Villkoret gällde under förutsättning att begäran om återgång framställdes skriftligen till säljaren med en kopia till mäklaren. Parterna, tillsammans med mäklaren, kom muntligen fram till att det inte behövdes framställas skriftligen utan att köparen endast kunde meddela mäklaren om återgång skulle bli aktuellt. Det var dock inget som noterades i köpekontraktet där skriftlighetskravet kvarstod. Köparna ringde senare till mäklaren och meddelade att de inte ville stå kvar vid köpet. Mäklaren vidarebefordrade detta till säljaren samma dag.

Mäklaren kom att varnas av FMN på grunderna att hon lämnat vilseledande uppgifter om innebörden av besiktningssklausulens återgångsvillkor. Vidare har mäklaren gjort gällande att eventuell begäran om återgång kunde ske till mäklaren. I en sådan situation ska mäklaren dokumentera i köpekontraktet att skriftlighetskravet inte kvarstod. FMN har i tidigare beslut kommit fram till att om en begäran om återgång ska framföras till mäklaren, ska mäklaren se till att detta ska vara skriftligt. Det är för att det inte ska finnas utrymme för missförstånd eller oklarheter.

Mäklaren överklagade FMN:s beslut. Länsrätten framförde att en mäklare måste dokumentera om parterna kommer överens om att en framställan om återgång kan ske muntligen, vilket inte hade skett. Länsrätten ansåg att mäklaren åsidosatt sina skyldigheter enligt FML och denna förseelse ansågs inte vara ringa. Överklagan avslogs således.

KR 9347-08 – Tilldelad varning trots utebliven tvist

I målet hade den anlitate mäklaren medverkat till att en besiktningssklausul i köpekontraktet innehöll brister vilket betydde att mäklaren inte uppfyllt god fastighetsmäklarsed. Fallet började med att FMI tilldelade mäklaren en varning på grund av besiktningssklausulens utformning. Mäklaren överklagade senare beslutet till Stockholms länsrätt. Länsrätten bedömde att klausulen var otydlig i flera avseenden men fann dock, med hänsyn till omständigheterna i målet, att denna förseelse inte var sådan allvarlig karaktär att mäklaren ska meddelas en varning. Överklagandet bifölls och FMI:s beslut upphävdes. FMI godtog inte länsrättens beslut och överklagade till kammarrätten.

Följande klausul fanns med i köpekontraktet:

”20 § Besiktning Säljaren ger köparna rätt att på köparnas bekostnad låta utföra en överlåtelsebesiktning enligt JB 4:19 på fastigheten före 2004-09-03 kl: 18. Vid köparens rätt tillfrånträde enligt nedan, äger köparna då ej rätt att åberopa fel, brister eller skador som utan svårighet hade kunnat uppmärksammas eller som kan anses motsvara vad köparna haft skälig anledning att förvänta sig bl.a. med ledning av fastighetens ålder och skick.

Framkommer härvid grava fel eller brister där totala reparationskostnaden överstiger 38.000:- äger köparna om säljaren ej avser att åtgärda fel och brister före tillträdesdagen eller medger nedjustering av köpeskillingen med skäligt belopp och därest förutsättningar föreligger enligt ovan, rätt att frånträda detta avtal.

Samtliga prestationer skall härvid återgå. Köparna skall vid begäran om frånträde senast 2004-09-06 kl. 12.00, informera säljaren och handläggande fastighetsmäklare om de fel och brister eller skador köparna önskar åberopa som grund för frånträde samt skälig kostnad att fackmässigt åtgärda dessa.”

Enligt kammarrätten brast utformningen i två hänseenden: Först medger klausulen att det inte funnits något slutdatum angivet för åtgärder som kan komma att vidtas av säljaren på den nämnda fastigheten, detta efter att köparen tillträtt den, vilket ansågs vara en olägenhet för köparen. Vidare bedömdes det att det borde ligga i

båda parternas intresse att reglera i klausulen vem som ska bedöma storleken av kostnaderna som uppstår i samband med reparationer.

Kammarrätten betonade vikten av att klausuler ska utformas på sådant sätt att tvister kan undvikas. Det uppkom aldrig någon tvist i detta fall, det var dock inget kammarrätten lade fokus vid då mäklaren har ett självständigt ansvar för utformningen av kontraktet, även om parterna förfogar över avtalet som sådant. Vidare valde kammarrätten att lägga fokus på fastighetsmäklares medverkan vid ett upprättande av köpehandlingar, då det ger verkningar för parternas mellanhavanden. Det är av stor vikt att det inte ska råda någon tvekan i klausulen om vad som avtalats mellan kontraktsparterna. Kammarrätten upphävde, med bifall till överklagandet, länsrättens dom och fastställde FMI:s beslut att meddela mäklaren en varning.

KR 6603-14 – Användande av en allt för snäv tidsram

Följande mål överklagades till kammarrätten som tog upp målet till prövning. De avslog dock överklagandet och fastställde förvaltningsrättens dom. I målet ägde besiktning av en fastighet rum genom Anticimex 2 januari 2013, samma dag skrevs kontraktet under på mäklarens kontor. Redan innan kontraktet skrevs hade det beslutats att protokollet skulle anlända antingen 3 eller 4 januari. Köparna erhöll sedan besiktningsprotokollet på förmiddagen den 4 januari. I köpekontraktet hade följande besiktningsklausul använts:

”Köparen har för avsikt att genom sakkunnig person låta besiktiga fastigheten. Köpet skall återgå om det vid besiktningen upptäcks fel eller brister som köparen inte kan godkänna och köparen senast 2013-01-07 begär att köpet skall återgå. Begäran om återgång skall inom angiven tid skriftligen framställas till Svensk Fastighetsförmedling i Gävle eller till säljaren direkt.”

Förvaltningsrätten började med att nämna att fastighetsmäklare har ett självständigt ansvar för avtalets innehåll samt utformningen av avtalsvillkoren.

Köparna fick tillgång till protokollet under fredag förmiddag och hade nästkommande måndag behövt lämna in eventuell begäran om återgång. Det betyder att köparna getts mindre än två hela vardagar på sig att begära återgång av köpet vilket ansågs vara en allt för snäv tidsram som inte ger köparna tillräckligt rådrum. Rätten framförde att ”... köparen måste ges en realistisk möjlighet att genomföra och utföra besiktningen för att kunna ta ställning till, samt framföra sin eventuella begäran om återgång”.⁷⁸

Då mäklaren bidrog till utformningen av klausulen handlade denne i strid mot god fastighetsmäklarsed och har således inte uppfyllt sina skyldigheter enligt FML. Förseelsen ansågs inte vara ringa och domstolen ansåg att FMI haft fog för sitt beslut om att meddela mäklaren erinran.

5.3 Avgöranden från FMI

FMI är, som nämnts ovan, ingen domstol utan en statlig tillsynsmyndighet som bland annat utövar tillsyn över mäklare och informerar om ramarna av god fastighetsmäklarsed. FMI:s bedömningar i tillsynsärenden ligger till grund för utvecklingen av god fastighetsmäklarsed. Myndigheten har befogenhet att utfärda varningar och andra disciplinära åtgärder som rör verksamma mäklare och går emot FML:s regelverk, oftast med koppling till god fastighetsmäklarsed.

2006-06-07:5 – Risk för svävande köp

I avgörandet fanns följande stycke med i köpekontraktets 20 §:

”... Framkommer härvid grava fel eller brister där totala reparationskostnaden överstiger 38 000: - äger köparna om säljaren ej avser att åtgärda fel och brister före tillträdesdagen eller medger nedjustering av köpeskillingen med skäligt belopp och därest förutsättningar föreligger enligt ovan, rätt att frånträda detta avtal.

⁷⁸ Kammarrättens dom 6603 14, s. 5. Förvaltningsrätten framförde vidare att en köpare måste hinna ta del av besiktningsprotokollet, ges en viss betänketid samt möjlighet att ställa kompletterande frågor till besiktningsmannen alternativt inskaffa annan viktig information på annat sätt.

Samtliga prestationer skall härvid återgå. Köparna skall vid begäran om frånträde senast 2004-09-06 kl. 12.00 informera säljaren och handläggande fastighetsmäklare om de fel och brister eller skador köparna önskar åberopa som grund för frånträde samt skälig kostnad att fackmässigt åtgärda dessa.”

FMI framförde att det inte hade satts någon tidpunkt då säljaren senast hade haft att meddela om han ansett åtgärda ett eventuellt fel eller nedjustera priset. Resultatet blir således att köpet kan hållas svävande fram tills tillträde till fastigheten sker och skapar stor osäkerhet för köparen. Dessutom ansåg FMI att klausulen inte innebar att köpet kunde hävas enligt 4:19 JB och ett fel som inte omfattas i hävningsrätten omfattas då heller inte i omfånget för besiktningsklausulen, vilket i stort sett gör att den inte uppfyller någon effekt.

2011-09-28:15 – Ospecificerad besiktningsklausul

Beslutet rörde frågan om en otydlig besiktningsklausul som löd som följer:

”Köparna har tagit del av protokoll på genomförd överlåtelsebesiktning utförd 2009-04-20 av byggnadsingenjör --- LJ vilket erhöles i samband med visningen. Köparna har accepterat besiktningsmannens åsikt om vad som utgör fel i fastigheten.

Köparna kommer att låta ytterligare besiktningsman besiktiga fastigheten. Skulle vid denna besiktning framkomma allvarliga fel och brister typ fukt, mögel, röta eller liknande som ej finns med i ovannämnda protokoll så äger parterna rätt att begära återgång av avtalet. Om köpet återgår enligt ovan så återbetalas erlagd handpenning i sin helhet utan krav från någondera part.

Ev. påpekande skall vara säljarna tillhanda med kopia till fastighetsmäklare X senast 2009-06-12.”

FMI har i många tidigare fall uttalat att om rätten att kräva återgång är begränsad med hänvisning till olika typer av fel, så kan det leda till en ökad risk för en tvist om tolkningen av klausulen. Det var fallet i det aktuella målet. Det finns även brister i besiktningsklausulens sista stycke, det framgår till vem samt vid vilken

tidpunkt som ett påpekande ska lämnas men enligt FMI är ”ev. påpekande” en oklar reglering av rätten för köparen att kunna kräva återgång av köpet.

2013-02-20:7 – Brist på upplysningar

I avgörandet gjorde FMI en granskning av en fastighetsmäklare som hade hand om tre förmedlingsuppdrag och som avslutades under perioden 1 maj – 31 oktober 2011. I ett av dessa uppdrag ingick besiktningsklausulen gällande överlåtelse av fastighet.

Besiktningsklausulen i 13 § i köpekontraktet avseende T-vägen var följande:

”Köparen har rätt att besiktiga fastigheten med hjälp av godkänd besiktningsman. Köparen har rätt att frånträda köpet om han efter besiktningen inte längre vill stå fast vid köpet. Om köparen väljer att frånträda köpet ska handpenningen omgående återbetalas till köparen. Ingen av parterna har rätt till skadestånd av andra parten. Villkoret gäller under förutsättning att köparens begäran görs senast 2 dagar efter utförd besiktning.

Mäklaren ombesörjer bokning och betalning för besiktning och meddelar snarast tidpunkt för denna. Besiktningen görs i köparens namn så att besiktningsman blir ansvarig gentemot dem.”

FMI ansåg att besiktningsklausulen saknade reglering om vad som ansågs vara en godkänd besiktningsman samt en uttrycklig tidsfrist om när köparen senast kunnat besiktiga fastigheten. Dessutom saknades upplysningar om vem köparen skulle lämna en eventuell begäran om återgång till. Klausulen anger att köparen senast två dagar efter att den utförda besiktningen skett kan begära återgång. Det innebär att köparen endast har två dagar på sig att få tillgång till besiktningsprotokollet, bestämma sig samt eventuellt begära återgång av köpet.

2013-02-20:10 – Innebörden av ordet ”väsentlig”

I det aktuella avgörandet hade det kommit in ett ärende från allmänna reklamationsnämnden där en köpare av en fastighet angett att mäklaren utformat en besiktningsklausul som låg till grund för tvist mellan köpare och säljare.

I köpekontraktets 13 § fanns följande villkor:

”Köparen har rätt att besiktiga fastigheten med hjälp av sakkunnig person före den 27 juni 2011. Skulle vid besiktningsgenomgång upptäckas väsentliga fel eller brister utöver vad köparen tidigare känt och vars totala kostnad för avhjälpande överstiger ett prisbasbelopp inkl. moms äger endera part rätt att senast dagen efter genomförd besiktningsgenomgång låta detta köp skadeståndslöst återgå, såvida inte säljaren svarar för kostnaderna som överstigande ett prisbasbelopp inkl. moms för avhjälpande av felen eller bristerna.”

Besiktningsklausulen ger vid att köparen har rätt till återgång om vissa väsentliga brister eller fel som överstiger ett prisbasbelopp inklusive moms finnes. Dock framgår det inte vem som avgör vad som är en väsentlig brist eller ett väsentligt fel och inte heller vem som skulle beräkna kostnaderna för dessa. FMI angav även att tidsfristen att kunna begära återgång efter besiktningsgenomgången varit mycket kort, så pass att parterna i praktiken inte kunnat fatta genomtänkta beslut. FMI fann således att klausulen var oklar samt innehöll allvarliga brister.

5.4 Analys av domarna och avgörandena

Genom ovanstående rättsfall och avgöranden kan man dra slutsatsen att problemet inte ligger i att det sker ett användande av besiktningsklausuler inom svensk rätt. Det är således inte användandet i sig som skapar problem, vare sig det handlar om öppna eller begränsade besiktningsklausuler. Problemet ligger i att de oftast är otydligt formulerade och att, i dessa fall, mäklaren inte är införstådd vilka konsekvenser en bristande besiktningsklausul kan ge då tolkningsutrymmet oftast har gjorts allt för stort.

Det är tydligt, endast genom att studera rättsfallen, att det är oklarheten som är det grundläggande problemet. Ytterligare problematik går att finna i den intressekonflikt som råder mellan kontraktsparterna vid en fastighetsöverlåtelse. Trots att en mäklare enligt lag ska företräda båda parter är denne oftast anlitad av säljaren för att genomföra en så lyckad försäljning som möjligt. Det betyder att både mäklaren och säljaren gynnas av att få ut högsta möjliga summa för fastigheten i fråga. Att mäklarens och säljarens intressen är identiska går således inte att komma ifrån.

Frågan om mäklarens roll som opartisk mellanman har diskuterats flitigt i propositioner samt bland remissinstanserna allt sedan första förslaget till FML framfördes. Med bakgrund av Sveriges advokatsamfunds invändande, framhöll då det föredragande statsrådet att det är orealistiskt att kräva att en mäklare ska vara fullständigt neutral och verka som opartisk mellanman. Främst avsåg man den affärsmässiga delen och frågan om priset, samt att det är naturligt att en mäklare har ett starkare band till säljaren som uppdragsgivare än till köparen.⁷⁹

Ett av de vanligast förekommande problemen för konsumenter i samband med fastighetstransaktioner är man anser att mäklare har svårt för att vara opartiska.⁸⁰ I de flesta fall är det säljaren som anlitat mäklaren och vars provision står för mäklarens inkomst. Det behöver inte betyda att mäklare agerar partiskt, men misstankar om ett sådant agerande kan skada förtroendet för mäklarkåren i stort.⁸¹ Detta bekräftar vidare den intressekonflikt som finns och att även konsumenter märker av problematiken med att mäklare ska verka som opartisk mellanman, trots att det i realiteten sällan stämmer då mäklare handlar för någon annans räkning. I förarbetena till 2011 års FML framfördes det dock att båda

⁷⁹ Prop. 1983/84:16, s. 13.

⁸⁰ Riksrevisionen, En av de största affärerna i livet – tillsyn över fastighetsmäklare och konsumenternas möjlighet till tvistelösning, RiR, 2007:7, s. 24.

⁸¹ Prop. 2010/11:15, s. 23.

kontraktsparterna ska kunna lita på mäklaren och att denne bistår båda parter i den utsträckning som sker i enlighet med god fastighetsmäklarsed.⁸²

Denna underliggande problematik avseende intressekonflikten mellan parterna går inte att radera ut helt och hållet. Som säljare är det mer förmånligt med en begränsad besiktningsklausul där återgångsmöjligheten är mindre än i öppna besiktningsklausuler. En köpare i sin tur, gynnas oftast inte av en begränsad besiktningsklausul utan istället av en öppen med möjlighet till återgång. Är klausulen å andra sidan klar och tydlig med minimalt tolkningsutrymme ska det inte spela någon större roll vilken besiktningsklausul man använder sig av. I verkligheten vill säljaren sällan återgå köpet, och en begränsad besiktningsklausul som sätter en relativt låg summa som tak kan således vara av intresse om alla omständigheter är reglerade i klausulen.

5.4.1 Analys av domarna

Då det endast avgjorts ett fåtal fall beträffande besiktningsklausuler i domstolarna är det svårt att dra generella riktlinjer hur tolkningen sker och vad det läggs mest vikt på vid en bedömning. Dock kan man utröna mönster vilket främst visar vikten av tydlighet i utformandet samt fastighetsmäklarens centrala roll. En viktig och intressant slutsats som kan dras av kammarrättens dom 9347-08 avseende det senare, är att en mäklare som utformar en besiktningsklausul, som inte har behövts användas och inte varit föremål för tvist, ändå kan tilldra sig en varning av FMI. Grunden ligger således inte om en tvist har uppstått eller inte, utan istället om den kan ligga till grund för att en tvist kan komma att uppstå vilket kan generera kostbara konsekvenser för både säljare och köpare.

Vidare visar båda domarna från hovrätten, T 1305-11 samt T 9454-05, vikten av att mäklaren klargör ett villkors innehåll och betydelse för parterna i samband med att köpet genomförs. I T 1305-11 kunde köparna inte göra gällande att

⁸² Prop. 2010/11:15, s. 49.

klausulen hade utgjort hinder för hävningsrätten.⁸³ Det då mäklaren hade givit båda parter information om att det inte var avsikten med klausulen. Om mäklaren inte hade gjort detta, hade köparna med fog kunnat framföra att de inte förstod och inte blev informerade om innebörden av klausulen. Dock hade mäklaren fullgjort sin skyldighet och meddelat kontraktsparterna om innehållet och verkningarna av klausulen. I Svea Hovrätts dom T 9454 var fallet tvärt om och mäklaren hade brutit i sin informationsskyldighet genom att inte informera om innehållet i den medtagna klausulen.

5.4.2 Analys av avgörandena från FMI

Genom att studera ovanstående avgöranden från FMI kan det uppmärksammas att det läggs stor vikt på formuleringen av klausulerna. FMI använder sig av en noggrann avtalstolkning och pekar ofta på enstaka ord eller meningar som kan komma bli problematiska. En formulering som ”ev. påpekande” anses inte kunna användas och använder man sig av begreppet ”godkänd besiktningsman” måste det specificeras ytterligare. Vid användning av formuleringar som ”väsentligt fel” eller ”väsentlig brist” måste man förteckna vad det handlar om för fel och brister. Det är tydligt att FMI ofta understryker vikten av rimliga tidsfrister. Ett exempel på det är det angivna avgörandet 2013-02-20:10 där FMI redovisar viktiga och intressanta kommentarer angående problemen som kan uppstå om man anger en allt för kort tidsfrist. Konsekvenserna av en sådan är att köparen kan fatta ofullständiga och icke-genomtänka beslut.

FMI har ställt sig ogillande till formuleringar som talar om fel med hänsyn till fastighetens ålder, skick och pris. Framst då dessa formuleringar inte ger möjlighet för köparen att åberopa fel som faller inom hävningsrätten i enlighet med 4 kap JB. Det är således möjligt att utforma klausuler som ger en begränsande verkan på den hävningsrätt som köparen innehar. FMI har i de flesta av sina bedömningar understrukit vikten av att besiktningsklausulerna så tydligt som möjligt stadgar hur förfarandet ska te sig.

⁸³ Se avsnitt 3.3 ovan om valet av ordet återgång eller hävning i ett återgångsvillkor.

5.5 Påverkan på kontraktsparterna

5.5.1 Köpare

Öppna besiktningssklausuler är generellt mer köparvänliga då de ofta kan fungera som öppet köp. En öppen besiktningssklausul ger köparen av fastigheten en valmöjlighet att kvarstå köpet eller låta det återgå som om besiktningen gjorts innan kontraktet skrivits under av parterna, genom att ha betänketid under den tidsfrist som klausulen anger. Utgångspunkten för de öppna besiktningssklausulerna är följaktligen att köparen inte förlorar mer än den utgift som läggs ut för besiktningen om denne har anlitat en sakkunnig besiktningssman.⁸⁴

Det kan till en början verka som att öppna besiktningssklausuler endast medför köparen fördelar. Det är uppenbart att de, tvärtemot de begränsade, inte har samma tolkningsproblematik då det ofta endast finns en tidsfrist att förhålla sig till. Det finns dock nackdelar med en allt för lång tidsfrist. Generellt för besiktningssklausuler, både öppna och begränsade, är att de motverkar att lagfart tilldelas köparen. Köparen får bara vilande lagfart om det finns återgångsvillkor i köpekontraktet. Lagfarten innebär en officiell registrering av den nya (lagfarne) ägaren. Huvudregeln vid köp av fastighet är att köparen ska söka lagfart inom tre månader efter att köpekontraktet undertecknats.⁸⁵ Om förvärvet är behäftat med återgångsvillkor ska istället tiden räknas då villkoret inte längre kan göras gällande.⁸⁶ Om köparen ändå skulle söka lagfart blir denna vilande under tiden.⁸⁷

Utifrån praxis och avgöranden som redovisats i kapitel fem ovan ger det vid handen att begränsade besiktningssklausuler oftast inte är köparvänliga då de kopplar ihop rätten till återgång med ett visst resultat, vilket många gånger betyder att ett fel ska nå upp till en viss beloppsgräns. Köparen kan visserligen utnyttja sin undersökningsplikt men inte under samma premisser som gäller vid

⁸⁴ Det är det vanligaste scenariot. Parterna kan dock välja att köparen ska betala en mindre summa om denne väljer att låta köpet gå åter.

⁸⁵ 20 kap. 2 § 1 st. JB, där köpekontraktet benämns fångeshandlingen.

⁸⁶ 20 kap. 2 § 2 st. p. 1.

⁸⁷ 20 kap. 7 § 2 st. p. 13.

undersökning innan köpet där köparen kan välja att inte genomföra det om det hittas allvarliga fel, oavsett uppnått belopp.

Det är de begränsade besiktningsklausulerna som är vanligast använda och allt som oftast skapar problem för köpare om fel finnes i fastigheten. Många gånger är dessa så hårt och oförmånligt upprättade att köparen inte kan dra sig ur köpet trots att allvarliga fel upptäckts, som möjligen skulle gjort att de inte köpt fastigheten om de utnyttjat sin undersökningsplikt innan köpet. Om köparen till trots kan dra sig ur fastighetsköpet förlorar de ofta erlagd handpenning eller riskerar skadeståndskrav från säljaren på grund av avtalsbrott.

Dock kan en begränsad besiktningsklausul ge köparen möjlighet till en helt ny förhandlingssituation förutsatt hur klausulen är formulerad. Ger klausulen möjlighet till återgång om ett specifikt fel hittas, kan köparen istället trycka på att köpeskillingen ska minska. Säljaren sitter i det läget i en låst position om denne vill undvika återgång av köpet. Många gånger vill varken köpare eller säljare att köpet ska återgå då det ofta inleds genom en lång process för båda parter. För säljaren tar det tid att hitta mäklare, lägga ut fastigheten på marknaden och förbereda för visningar för att hitta rätt köpare. För köparens del kan det ta tid att hitta en fastighet som uppfyller både önskemål och behov. Vid funnet fel kan köparen således försöka förhandla om priset istället för att kräva att köpet ska gå åter.

5.5.2 Säljare

Öppna besiktningsklausuler gynnar vanligtvis köparen mer än säljaren. Dock finns det även fördelar för en säljare om parterna väljer att använda sig av en öppen besiktningsklausul i köpekontraktet. Genom en besiktning kommer eventuella fel upp till ytan vilket minskar risken för överraskningar i framtiden som eventuellt kan komma att läggas på säljaren. En öppen besiktningsklausul som innehåller rimliga tidsfrister och tydliga formuleringar hur köparen kan åberopa sin återgångsrätt torde sällan leda till tolkningsproblem för varken köpare eller säljare. Dock skapar dessa besiktningsklausuler större

osäkerhet för säljaren genom att denne svävar i osäkerhet under tidsfristen som sätts. Det kan skapa stora problem om denna tidsfrist är alldeles för lång. Vidare innebär en längre tidsfrist att säljaren får en lång period av osäkerhet. Visar det sig sedan att köparen väljer att låta köpet återgå, kan säljaren behöva gå igenom hela processen igen. Det kan betyda att tidigare köparspekulanter bortfallit och att fastigheten säljs till ett lägre pris.

Beträffande begränsade besiktningssklausuler främjar de vanligtvis säljaren mer än köparen. Om besiktningssklausulen endast ger rätt till prisavdrag och inte återgång riskerar säljaren inte att behöva göra om processen och slipper dessutom stå för fel som kommit fram vid en besiktning som skett innan, då köparen utnyttjade sin undersökningsplikt innan köpet genomgicks.

6. Förslag på åtgärd

I dagens samhälle sker allt fler affärer som helst ska genomföras så snabbt som möjligt vilket ger en effektiv marknad. Det är där besiktningsklausuler fyller sin funktion. Om klausulerna är tydligt utförda, vare sig det rör sig om öppna besiktningsklausuler med rimliga tidsfrister eller klara och tydliga begränsade besiktningsklausuler, kan det öka effektiviteten på marknaden. Minskar antalet tvister kan det innebära att spekulanter som befinner sig långt ifrån fastigheten fortfarande kan känna sig trygga med att genomföra ett köp och utnyttja sin undersökningsplikt. Det kan på sikt öka antalet spekulanter på fastigheterna vilket i sin tur ger resultatet att säljaren får ut mer för fastigheten. Det är således en situation som gynnar båda parterna. I rådande situation måste fokus ligga på båda parter som har motstående intressen. Att tillgodose alla intressen är svårt i de flesta situationer där en intressekonflikt gör sig tydlig. Dock kan man, genom en kompromiss och med båda parterna i åtanke, finna en lösning där båda parterna på ett eller annat sätt kan gynnas oavsett vilken variant av besiktningsklausul man använder sig av.

6.1 Varför ett förbud är omotiverat

De bakomliggande syftena med en avtalsbestämmelse beror på det enskilda fallet och ger bevis på kontraktsparternas partsvilja, det vill säga vad som avsetts med avtalet. Ett vanligt syfte med besiktningsklausuler är att köparen ska kunna använda sig av sin undersökningsplikt, fast att denna utförs efter att köpet genomförts istället för innan. Då besiktningsklausuler varit föremål för prövning, både i domstol och genom FMI, har det aldrig varit någon fråga om klausulernas vara eller inte vara. Det pekar på att de är allmänt accepterade inom svensk rätt. Samma gäller det lilla som framförts och uttryckts om klausulerna i doktrin.

Egen uppfattning är att det inte finns någon anledning att ifrågasätta besiktningsklausulers existens och det finns heller ingen anledning att införa ett förbud då de uppenbarligen uppfyller en samhällelig funktion. Besiktningsklausuler fyller i

vissa situationer ett viktigt syfte och dess kvarstående gör att rådande samhällsintressen kan kvarstå. De ger många gånger en snabbare fastighetsaffär vilket kan gynna både kontraktsparterna och mäklaren.

Att ta bort möjligheten att använda sig av besiktningsklausuler skulle inskränka på avtalsfriheten, det vill säga friheten för kontraktsparterna att bestämma vad som ska finnas i köpekontraktet. Trots minimikrav kan parterna med hjälp av mäklaren bestämma det mesta som ska vara med utöver dessa krav. Att villkora ett köp, trots att det rör sig om fast egendom, känns med andra ord något som borde kvarstå inom ramarna av 4:3 JB varför ett förbud mot besiktningsklausuler inte borde införas. Problematiken är inte att de går att använda sig av, utan att det inte finns något som reglerar hur de ska författas för att minimera tolkningsutrymmet. Istället för ett förbud, kanske främst på grund av den knapphändiga praxis som finns att tillgå, behövs det ramar för hur de ska utföras.

Eftersom mäklare är de främsta utövarna av dessa klausuler är det just mäklare man primärt behöver vända sig till med information. Det är tydligt att det behövs en förändring på gällande område så att antal tvister och otydliga besiktningsklausuler minskar. Istället för en långdragen lagreglering kan lösningen vara att författa en standardklausul.

6.2 Fördelarna med en standardklausul för mäklaren

När en mäklare är anlita för att ta hand om parternas fastighetsöverlåtelse har också mäklaren i fråga ansvar för köpekontraktet som utformas. I förarbetet till dagens FML har det, som nämnts, lagts fram att mäklaren måste upplysa båda kontraktsparterna om vilka villkor som kan tas in i avtalet, som till exempel en besiktningsklausul. De ska inte bara upplysa om innehållet utan dessutom vilka följderna kan bli för villkoret i fråga. Att en mäklare har tillgång till en standardklausul kommer troligtvis göra att mäklare i allt mindre form utformar egna klausuler. Det är vid det egna utformandet det är lätt att göra tolkningsutrymmet allt för stort och inte tänka på konsekvenserna som kan uppstå

i verkligheten. Det skulle således leda till mindre utgivna varningar från FMI i fall som rör besiktningsklausuler. Viktigt är dock att klausulerna anpassas till det specifika fallet.

6.3 Förslag på innehåll till en standardklausul

Det finns obegränsat antal olika utformningar av besiktningsklausuler. Alla som utformas är dock inte otydliga, vilket det är lätt att få det att framstå som. Det finns klausuler som författas av mäklarbyråer som ger en klar och tydlig bild vad som gäller vilket måste anses vara målet med alla besiktningsklausuler. Målet är att de ska ge en klar bild, hjälpa till i köpprocessen och inte skapa problem. Det kan vara svårt för mäklare eller privatpersoner att veta hur en besiktningsklausul ska avfattas så att tolkningsutrymmet minimeras. För att råda bot på osäkerheten skulle det kunna utformas standardklausuler, både avseende öppna och begränsade som tillhandahålls och ges ut av FMI. Det för att öka rättssäkerheten och underlätta för alla parter vid ett utformande av köpekontraktet. Det är viktigt att påpeka att de begränsade besiktningsklausulerna ofta innebär större tolkningsmöjligheter och köparen överskattar då lätt möjligheten att begära återgång. Det är således mycket viktigt att en anlitaad mäklare klargör villkorets innebörd i samband med att köpekontraktet skrivs under.

6.3.1 Öppen besiktningsklausul

Öppna besiktningsklausuler ger, som nämnts, ofta mindre utrymme till tolkningsmöjligheter. Men även dessa klausuler har frambringat problem då de formulerats på ett bristfälligt vis. Den utformade öppna standardklausulen bör svara på följande frågor:

1. Vem ska utföra besiktningen? Till exempel sakkunnig besiktningsman.
2. Vilket är det senaste datumet för besiktning? Det för att säkra säljarens rätt och undvika att köpet ska hållas svävande allt för länge.
3. Vilket är det senaste datumet som återgångsbegäran kan framställas? Här finns det viktiga intressen att ta tillvara på, det går därför inte att ange

specifikt antal dagar. Det beror på omständigheterna vid det enskilda tillfället, se fortsatt resonemang nedan.

4. Vem bär rätten att framställa begäran om återgång? Vanligtvis anges köparen och begäran ska helst framställas skriftligen.
5. Till vem ska begäran om återgång ställas och hur? Det rekommenderade är att ställa sin begäran till mäklaren, om parterna kommer överens om annat tillsammans med mäklaren ska detta framgå i köpekontraktet.

Besiktningssklausulerna bör innehålla specifika datum för punkt två och tre. Vad som vidare nämnts i punkt tre kan en standardklausul inte ange ett specifikt antal dagar då det beror på från fall till fall. Vid en formulering av en öppen standardklausul måste man ta hänsyn till det verkliga utfallet. Det är lätt att påstå att möjligheten till återgång endast gör att en återgång av köpet blir det som genomförs vid ett av köparen funnet fel. Dock ser verkligheten annorlunda ut då köparen, i de flesta fall, primärt inte vill att en återgång ska gå igenom. En fastighetsaffär innebär inte endast en lång process för säljaren utan även för köparen. Det kan ta tid för en köpare att finna ett objekt som passar både önskemål och behov. Avseende de olika momenten måste man se till både fördelar och nackdelar med olika utfall.

En längre tidsfrist är inte till för att ge köparen tid att fundera och verka som ett öppet köp. Den är i vissa fall nödvändig för att köparen ska hinna skaffa sig information kring ett eventuellt funnet fel. Framst avser det omfattningen av felet men även kostnaderna för att avhjälpa det då det många gånger kan vara svårt att avgöra på egen hand. Köparen måste dessutom, inom den angivna tidsfristen, inte bara ta del av besiktningssprotokollet, utan även ges viss betänketid och kunna ställa frågor till besiktningssmannen. Det framfördes bland annat i Kammarrättens dom 6603-14, angivet i avsnitt 5.2.

I vissa städer kan det ta lång tid att finna en sakkunnig besiktningssman, därför måste köparen få tid på sig att både finna en, få besiktningen utförd samt få fastställt kostnader för eventuella fel. Just detta belystes i Svea Hovrätts dom T

9454-05. Hur lång tid detta tar beror som nämnts från fall till fall, det viktiga är att mäklarens specificerar klausulen så den passar till det enskilda fallet. I Svea Hovrätts dom hade köparna svårt att hitta en sakkunnig besiktningsman då det var högsäsong på fastighetsmarkland. Detta måste man som mäklare ta hänsyn till vid utförandet.

En allt för kort tidsfrist kan leda till scenarion där snabba och ogenomtänkta beslut tas på grund av okunskap avseende felets omfattning. Vikten av en rimlig tidsfrist togs upp av FMI i avgörande 2013-02-20:10. En längre tidsfrist än några få dagar gynnar således båda parter då det i de flesta fall ter sig att ingendera parten vill att köpet ska återgå. Om ett omfattande fel finnes torde en säljare i de flesta fall gå med på att sänka priset snarare än att låta hela köpet återgå. Vid en eventuell omförsäljning får säljaren ändå stå för felet då denne är medveten om existensen av det.

Punkt fem är viktig om parterna kommer fram till att en begäran om återgång ska framställas på ett specifikt sätt. Vikten av det går att hämta ur länsrättens dom 6064-09 ovan. Om mäklaren och parterna kommer fram till att begäran ska framställas till mäklaren, som oftast sker, ska den helst vara skriftlig vilket framkommer av FMI:s rekommendationer. Det visar ytterligare hur viktigt det är att besiktningsklausulen är tydligt utformad.

6.3.2 Tillägg för begränsad besiktningsklausul

En begränsad besiktningsklausul ska svara på samma frågor som de öppna.⁸⁸ Då de begränsade oftast är mer komplexa och svåra att utforma utan risk för tvist, måste det finnas ytterligare moment för att minska otydligheten. Följande moment bör läggas till avseende de begränsade besiktningsklausulerna:

6. Om vissa skador ska nå upp till ett visst belopp för att göras gällande, vilket är beloppet? Beloppet bör inte sättas allt för högt då köparen måste

⁸⁸ Avseende punkt tre, fyra och fem i avsnitt 6.3.1 handlar det inte alltid om återgång gällande de begränsade besiktningsklausulerna utan det kan vara vem som ställer fram begäran om prisreduktion. Återgång kan dock även gälla.

kunna göra en återgång om fel finnes som gör att det påverkar viljan att stå fast vid köpet.

7. Vem ska bedöma priset på dessa skador? Det är mycket viktigt att parterna bestämmer detta innan, då exempelvis vardera parten kan hitta varsin seriös bedömare som uppskattar reparationskostnaderna olika.
8. Hur lång tid ska säljaren ha på sig att åtgärda felet?⁸⁹ När är senaste datum för att fel ska åtgärdas?

De begränsade besiktningssklausulerna ställer större krav på tydlighet än de öppna varför ytterligare information är behövlig för att minska tolkningsutrymmet. Det är oftast de begränsade som ligger till grund för tvist mellan parterna. En vanlig utformning är att man missar att specificera vem som ska bedöma beloppet på skadorna. Trots att det rör sig om seriösa bedömare kan tillvägagångssättet för bedömningen och även resultatet te sig mycket olika. I dessa fall står ord mot ord och om parterna inte förlikas och kommer överens om en prisreduktion kan tvisten behövas dras i domstol.

⁸⁹ Ytterligare valbara påföljder kan vara att man väljer prisavdrag om allvarligt fel finnes eller att köparen kan åtgärda felet på säljarens bekostnad. Oavsett vilken åtgärd parterna väljer att använda sig av ska detta anges i besiktningssklausulen så det inte råder några tveksamheter om vad som gäller om situationen skulle uppstå.

7. Slutord

Slutsatsen som kan dras är att riktlinjerna för hur besiktningsklausuler bör utformas går att finna i praxis och avgöranden från FMI, då det saknas reglering på området. Vad som framkommit under tiden för uppsatsskrivandet är att få personer vet vad en besiktningsklausul är och medför, trots att de är mycket vanligt använda i köpekontrakt beträffande fastighetstransaktioner mellan privatpersoner. Framförallt används de på marknader där efterfrågan och behovet av snabba affärer är stor. Det har framkommit att de begränsade besiktningsklausulerna generellt är förenade med många osäkerhetsmoment om klausulen inte preciseras vad avser tid, pris, vem som utför specifika bedömningar etc. De öppna besiktningsklausulerna innehåller inte lika många osäkerhetsmoment och tolkningsutrymmet brukar vara mindre än vad som gäller de begränsade. Dock kan det även avseende de öppna besiktningsklausulerna uppstå problem om de inte preciseras i köpekontraktet eller av mäklaren. Felaktigt utförda besiktningsklausuler ger främst kontraktsparterna negativa konsekvenser, vilket gör att medvetenheten om dess existens och omfattning bör öka.

Rättsfallen och avgörandena visar klart och tydligt att många besiktningsklausuler idag formuleras med ett stort tolkningsutrymme som ligger till grund för tvister mellan kontraktsparterna. Det råder en grundläggande intressekonflikt mellan köpare och säljare vid en fastighetstransaktion och vid användningen av en besiktningsklausul kan det vara svårt att balansera båda intressen så att båda parterna blir nöjda. Mäklaren och säljaren har likalydande intressen av att fastigheten ska generera så mycket som möjligt vilket spär på denna intressekonflikt.

Fastighetsmäklaren har ett stort ansvar vid utformandet av köpekontraktet och eventuella villkor som detta innehåller. Det framkommer av både FML och praxis att en anlitad fastighetsmäklare ska ge kontraktsparterna information om köpekontraktets villkor och vad de innebär om de kan komma att utnyttjas. En standardklausul gynnar således alla parter, främst kontraktsparterna men även

fastighetsmäklaren som inte behöver lägga tid på om en besiktningsklausul är tydligt utförd.

De begränsade besiktningsklausulerna gynnar oftast säljaren medan de öppna gynnar köparen. Det är svårt att göra så att båda varianter av besiktningsklausuler blir neutrala och inte gynnar någon av parterna. Lösningen blir således att ge ut en standardklausul med förklaringar om vad som bör ingå och varför. Om man som fastighetsmäklare eller privatperson blir varse om konsekvenserna av vad en otydlig besiktningsklausul kan frambringa, blir budskapet än tydligare.

Referenser

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, Avtalsrätt I, uppl. 13, Studentlitteratur AB, Lund, 2011.

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, Avtalsrätt II, uppl. 6, Studentlitteratur AB, Lund, 2013.

Grauers, Folke, Fastighetsköp, uppl. 20, Juristförlaget i Lund, Lund, 2012.

Jingryd, Ola & Segergren, Lotta, Fastighetsförmedling, uppl. 4, Studentlitteratur AB, Lund, 2015.

Melin, Magnus, Fastighetsmäklarlagen: En kommentar, uppl. 3, Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, Allmän Avtalsrätt, uppl. 10, Norstedts Juridik, Stockholm, 2016.

Faktablad

Fastighetsmäklarnämnden, Om besiktningsklausuler och andra återgångsvillkor, God fastighetsmäklarsed, 2006.

Villaägarnas Riksförbund, Kompletterande klausuler till köpekontrakt, 2009.

Tidskriftsartiklar

Jingryd, Ola, Fastighetsmäklaren och köpekontraktet, JT 2015-16 s. 531.

Zacharias, Claude, En återgångsklausuls inverkan på fastighetsmäklarens rätt till provision, JT 2014-15 NR1 s. 249.

Tillsynsrapporter

Fastighetsmäklarinspektionen, Tematisk tillsyn om besiktningsklausuler, 2014-03-13, Dnr. 4.2-1346-13.

Riksrevisionen, En av de största affärerna i livet – tillsyn över fastighetsmäklare och konsumenternas möjlighet till tvistelösning, RiR, 2007:7.

Lagar

Fastighetsmäklarlag (2011:666).

Jordabalk (1970:994).

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

Offentligt tryck

Prop. 1970:20	Kungl. Maj:ts proposition med förslag till Jordabalk.
Prop. 1983/84:16	Om fastighetsmäklare.
Prop. 1989/90:77	Om konsumentskyddet vid förvärv av småhus m.m.
Prop. 1991/92:110	Om ändring i jordabalken m.m.
Prop. 1994/95:14	Ny fastighetsmäklarlag.
Prop. 2010/11:15	Ny fastighetsmäklarlag.
SOU 1981:102	Fastighetsförmedlingslag, betänkande av småhusköpskommittén.

Rättsfallsförteckning

Hovrätten

Svea Hovrätt, mål nr. T 9454-05.

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr. T 1305/11.

Länsrätten

Länsrätten i Stockholms län, mål nr. 6064-09.

Kammarrätten

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 6603-14.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 9347-08.

Avgöranden från FMI

FMN 2006-06-07:5.

FMI 2011-09-28:15.

FMI 2013-02-20:7.

FMI 2013-02-20:10.

Jag, Isabelle Ekman, registrerades på kursen för första gången höstterminen 2016.
Jag har inte deltagit på något tidigare examinationstillfälle eller omregistrerats på kursen någon gång tidigare.