
MAGNUS MELIN

**Om köparens, säljarens och fastighetsmäklarens
inbördes ansvar**

2006-07 NR 1



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Om köparens, säljarens och fastighetsmäklarens inbördes ansvar*

MAGNUS MELIN**

Alltsedan den första fastighetsmäklarlagen infördes år 1984 har det rått viss osäkerhet om samspelet mellan å ena sidan mäklarens skadeståndsskyldighet enligt fastighetsmäklarlagens regler och å andra sidan köparens respektive säljarens ansvar enligt de köprättsliga reglerna. De frågor som uppkommit, och som här skall utredas, kan i huvudsak formuleras på följande sätt.

- Under vilka förutsättningar kan mäklaren återkräva från säljaren vad han förpliktats utge till köparen i form av skadestånd?
- Kan säljaren återkräva från mäklaren vad han förpliktats utge till köparen i form av prisavdrag eller skadestånd, och i så fall under vilka förutsättningar?
- Kan köparens rätt till skadestånd från mäklaren påverkas om han underlåter att skydda mäklarens regressrätt mot säljaren?
- Kan köparens försummade undersökningsplikt i förhållande till säljaren påverka köparens rätt till skadestånd från mäklaren?

1. Mäklarens rättsliga relation till köparen och säljaren

Innan jag går in på de konkreta frågeställningarna vill jag först säga några ord om mäklarens rättsliga ställning och relation till köpare och säljare.

Fastighetsmäklaren anses sedan gammalt vara en mellanman, men en mellanman av speciellt slag. Mäklaren skall, har det sagts, vara en ”fri och obunden mellanman” som kan inta en ”oberoende och opartisk ställning gentemot båda parter”.¹ Som ett utflöde av denna princip innehåller fastighetsmäklarlagen (FML) bland annat ett generellt förbud för mäklaren att agera som ombud för någon av parterna.²

* Författaren vill tacka professor Christina Ramberg och advokaten, jur. dr Jon Kihlman för värdefulla synpunkter.

**Förbundsjurist vid mäklarsamfundet.

¹ SOU 1981:102, s. 190 och 208.

² Se 15 § FML. Undantag görs för begränsade ombudsåtgärder i den mån de är förenliga med god fastighetsmäklarsed.

Mäklaren står i ett kontraktuellt förhållande till sin uppdragsgivare, vanligen säljaren, men har skadeståndssanktionerade förpliktelser gentemot såväl sin uppdragsgivare som dennes motpart. Skadeståndsskyldigheten är reglerad i FML och innebär att såväl köpare som säljare kan bli berättigade till skadestånd för ren förmögenhetsskada.³ FML:s bestämmelser i denna del utgör närmast en kodifiering av vad som under lång tid ansetts utgöra gällande rätt. Redan år 1925 uttalade Martin Fehr i en inflytelserik uppsats att beträffande förpliktelserna stod mäklaren i samma förhållande till båda parterna.⁴ Detta synsätt accepterades också i senare praxis.⁵

Det har diskuterats om man bör karaktärisera förhållandet mellan mäklaren och uppdragsgivarens motpart som kontraktuellt, kvasikontraktuellt eller kanske till och med som utomobligatoriskt. Jan Hellner nämner fastighetsmäklarens ansvar under rubriken ”Kontraktsmässigt ansvar mot flera parter”.⁶ Jan Kleineman uppger att fastighetsmäklarens ansvar ”närmast är en form av ’äkta’ kontraktsansvar mot två parter”.⁷ I Småhusköpkommitténs betänkande, som låg till grund för 1984 års fastighetsmäklarlag, beskrevs förhållandet mellan mäklaren och uppdragsgivarens motpart som ”kontraktsliknande”.⁸ Utan att ta ställning kan man konstatera att omfattningen av mäklarens skadeståndsskyldighet torde vara densamma, oavsett om den avser skyldigheten att utge ersättning till uppdragsgivaren eller till dennes motpart. Däremot kan frågeställningen måhända ha betydelse i andra och närliggande sammanhang.⁹

Efter denna bakgrundsteckning återvänder jag nu till de fyra frågeställningar som redovisades i inledningen.

2. Mäklarens regressrätt mot säljaren

Det kan förekomma att såväl mäklaren som säljaren blir ersättningsskyldiga gentemot köparen för ett och samma fel i det överlåtna objektet, låt vara på olika ansvarsgrund. Som exempel kan nämnas att mäklaren lämnar en felaktig uppgift

³ Se 20 § 1 st. FML och prop. 1983/84:16, s. 42 f. Enligt förarbetena till FML kan även presumtiva köpare och säljare tillhöra den skadeståndsberättigade kretsen.

⁴ Fehr, M., Mäklarens rättsliga ställning, SvJT 1925 s. 92. Se även SOU 1981:102, s. 99 ff. med där gjorda hänvisningar till äldre nordisk doktrin.

⁵ Se exempelvis RH 156:81, som avsåg tiden innan tillkomsten av 1984 års fastighetsmäklarlag. Här förpliktades mäklaren, utan stöd i lag, att ersätta sin uppdragsgivares motpart för ren förmögenhetsskada.

⁶ Hellner, J., Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, Sthlm 1996, s. 131 f.

⁷ Kleineman, J., Ren förmögenhetsskada, Sthlm 1987, s. 493 f.

⁸ SOU 1981:102, s. 100. Uttalandet avsåg rättsläget innan tillkomsten av 1984 års fastighetsmäklarlag.

⁹ Se not 33 och 37 nedan angående reklamation och jämkning.

om fastigheten.¹⁰ Säljaren blir då ofta bunden av uppgiften i förhållande till köparen.¹¹ Samtidigt kan mäklaren bli skadeståndsskyldig gentemot köparen om han insåg eller borde ha insett att uppgiften var felaktig, det vill säga om mäklaren agerade oaktsamt. Med andra ord kan mäklaren förpliktas att utge skadestånd för sådant som primärt utgör ett köprättsligt fel. I ett sådant fall, det vill säga när både mäklaren och säljaren är ansvariga gentemot köparen, är det inte ovanligt att köparen vänder sig mot mäklaren med sitt ersättningskrav, inte minst eftersom mäklaren har en lagstadgad ansvarsförsäkring.¹²

Under lagstiftningsarbetet till 1984 års fastighetsmäklarlag anfördes emellertid från flera remissinstanser att mäklarens skadeståndsansvar inte borde få urholka säljarens köprättsliga ansvar. Man menade att det var säljaren, och inte mäklaren, som borde bära det *shutliga* ansvaret för köprättsliga fel. Remissinstansernas synpunkter vann gehör hos departementschefen, som i den allmänna motiveringen uttalade följande.

”Under remissbehandlingen har från flera håll påpekats att det finns en risk för att säljarens ansvar enligt 4 kap. jordabalken urholkas, om ansvaret helt eller delvis kommer att belasta mäklarens ansvarsförsäkring. För egen del anser jag att denna kritik är befogad. Mäklaren bör visserligen även i de aktuella fallen primärt ha en skyldighet att vid försumlighet ersätta köparens skada. Det slutliga ansvaret för skadan bör dock i allmänhet falla på säljarens ensam.”¹³

Departementschefens ställningstagande ledde till att det i nuvarande 20 § 2 st. FML infördes en regressregel med följande innehåll.

”Om fastighetsmäklaren har betalat skadestånd till köparen på grund av skada som köparen har tillfogats genom att fastigheten avviker från vad köparen har haft anledning att räkna med, kan mäklaren kräva tillbaka skadeståndet från säljaren i den mån också säljaren är ansvarig för skadan och det inte är oskäligt att säljaren i sista hand får bära detta ansvar ensam.”

Regressregeln ger besked om att det normalt är säljaren som skall stå det slutliga ansvaret, i de fall där både mäklaren och säljaren är ersättningsskyldiga gentemot köparen. Regeln kan motiveras med att säljaren inte skall kunna vinna något på att mäklaren har agerat oaktsamt. Regeln är inte heller unik för fastighets-

¹⁰ Artikeln behandlar företrädesvis fastigheter, men är i allt väsentligt tillämplig även på bostadsrätter. Med några få och i sammanhanget betydelselösa undantag träffar FML:s bestämmelser samtliga de objekt som kan bli föremål för mäklarens förmedlingsverksamhet, se 2 § FML.

¹¹ Mer exakt undgår säljaren bundenhet om han inte kände till, och inte heller borde ha känt till, vilka uppgifter som mäklaren lämnade. Se vidare Dotevall, R., Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet, Sthlm 1998, s. 301 ff., Malmberg, J., Om fastighetssäljares ansvar för mäklarens uppgifter och insikter, SvJT 1993 s. 863 ff. samt Melin, M., Fastighetsmäklarlagen. En kommentar, Sthlm 2005, s. 197 ff.

¹² Se 6 § 1 st. 2 p. FML. Enligt den nya försäkringsavtalslagen (SFS 2005:104), som trädde i kraft den 1 januari 2006, kan den skadelidande även framställa ett direktkrav mot mäklarens ansvarsförsäkringsbolag.

¹³ Prop. 1983/84:16, s. 16 f.

mäklarrätten. Motsvarande anses även gälla för förmedlaransvaret enligt 1 § 2 st. konsumentköplagen, även om detta inte framgår av lagtexten.¹⁴

Det kan nämnas att den ordning som lagstiftaren har anvisat, att det är säljaren som i princip skall bära det slutliga ansvaret, inte har påverkat det praktiska rättslivet i någon större utsträckning. Det ligger sällan i mäklarens affärsmässiga intresse att framställa regresskrav mot sin uppdragsgivare och inte heller har mäklarnas ansvarsförsäkringsbolag visat något intresse för detta. Såvitt jag känner till har regressregeln aldrig prövats i domstol.

2.1 Förutsättningar för mäklarens regressrätt

Regressregeln förutsätter att både mäklaren och säljaren kan göras ansvariga för felet i det överlättna objektet. Med andra ord krävs det att säljaren verkligen *har* ett köprättsligt ansvar och att köparen med framgång *skulle* ha kunnat rikta ett krav mot säljaren.¹⁵

Anta att säljaren har friskrivit sig från ansvar för fel i fastigheten. I sådant fall anses regress mot säljaren vara utesluten, eftersom säljaren på grund av friskrivningen inte längre har något köprättsligt ansvar.¹⁶ Ett annat fall kan vara om grunden för köparens krav mot mäklaren motsvaras av den köprättsliga sanktionen skadestånd, men där säljaren – om kravet hade riktats mot honom – endast hade varit skyldig att utge prisavdrag. Vid fastighetsköp är det ju mindre vanligt att säljaren även blir skyldig att utge skadestånd till köparen.¹⁷ Ett tredje fall är om köparen underlåter att reklamera gentemot säljaren. Om köparen i ett sådant fall vänder sig mot mäklaren med krav på skadestånd torde mäklaren inte kunna utöva regress mot säljaren, eftersom säljaren på grund av köparens uteblivna reklamation inte längre har något köprättsligt ansvar.¹⁸

2.2 Regressrättens omfattning

Enligt ordalydelsen i 20 § 2 st. FML avser mäklarens regressrätt de fall där ”fastigheten avviker från vad köparen har haft anledning att räkna med”, vilket inbjuder till slutsatsen att regressansvaret endast skulle omfatta s.k. abstrakta fel och inte sådana fel som avses i första ledet i 4 kap. 19 § jordabalken, det vill säga när fastigheten inte stämmer överens med vad som följer av avtalet (s.k. kon-

¹⁴ Prop. 1989/90:89, s. 61.

¹⁵ Prop. 1983/84:16, s. 43.

¹⁶ Prop. 1983/84:16, s. 43.

¹⁷ Skadestånd utgår endast om felet eller förlusten beror på försummelse från säljarens sida eller om fastigheten avviker från vad säljaren får anses ha utfäst, se 4 kap. 19 § jordabalken.

¹⁸ Den närliggande frågan om köparens underlåtenhet att reklamera mot säljaren kan påverka dennes rätt till skadestånd från mäklaren behandlas under avsnitt 4 nedan.

kreta fel). Men det kan knappast råda något tvivel om att regressansvaret även omfattar konkreta fel. Det finns inga rationella skäl till varför säljaren inte skall stå det slutliga ansvaret om fastigheten avviker från vad som följer av avtalet, jämfört med de fall där fastigheten avviker från en abstrakt standard. I båda fallen avviker köpeobjektet från köparens befogade förväntningar.¹⁹

Av förarbetena till FML framgår att regressansvaret avser såväl faktiska fel som rättsliga fel och rådighetsfel.²⁰ Förarbetena uttalar sig inte om vad som skall gälla för det speciella fall av rådighetsfel som regleras i 10 kap. 25 § plan- och bygglagen, s.k. svartbyggen, men även sådana fel torde omfattas av regressansvaret.

Vad gäller påföljdssidan anger lagtexten att regressregeln är tillämplig om säljaren är ansvarig för ”skadan”. Enligt förarbetena träffar bestämmelsen emellertid inte endast de fall där säljaren är skyldig att utge skadestånd till köparen, utan även de fall där han är skyldig att utge prisavdrag.²¹ Man kan tillägga att regeln torde ha sin *främsta* tillämpning just i de fall där säljaren är skyldig att utge prisavdrag. Detta följer av vad som måste antas vara regelns syfte; att mäklarens skadeståndsansvar inte skall urholka det köprättsliga ansvaret och att säljaren inte skall kunna vinna något på mäklarens oaktsamhet.

Sammanfattningsvis torde regressregeln träffa hela säljarens felansvar, såväl när det gäller feltyper som påföljder.

2.3 Begränsning av regressrätten

Som framgår av lagtexten begränsas mäklarens möjlighet att utöva regress mot säljaren av en oskälighetsregel. Regress kan endast utövas om och i den mån det inte framstår som oskäligt att säljaren ensam i sista hand får bära ansvaret.

Den praktiska tillämpningen av oskälighetsregeln bjuder på vissa svårigheter. Som exempel på fall, där mäklaren inte bör kunna utöva regress, nämner förarbetena att mäklaren medvetet har förtigit ett fel i fastigheten som säljaren varit i god tro om, att mäklaren har underlåtit att vidarebefordra en uppgift från säljaren angående ett för köparen dolt fel eller att köparens skada huvudsakligen har vållats av mäklaren.²² Här finns det anledning att stanna upp ett slag. Utta-landet i förarbetena, att regress är utesluten om mäklaren har förtigit ett fel i

¹⁹ Det kan diskuteras om det alls är meningsfullt att göra någon åtskillnad mellan abstrakta och konkreta fel. Jfr Grauers, F., *Fastighetsköp*, Lund 2006, s. 136 ff. samt Victorin, A. och Sundell, J., *Allmän fastighetsrätt*, Uppsala 2004, s. 210 ff. I Kihlman, J., *Fel – särskilt vid överlåtelse av lös och fast egendom*, Sthlm 1999, avvisas uppdelningen helt.

²⁰ Prop. 1983/84:16, s. 43.

²¹ Prop. 1983/84:16, s. 59 och 67. Påpekandet gjordes av lagrådet och lämnades utan erinran av departementschefen.

²² Prop. 1983/84:16, s. 17 och 43. Det kan påpekas att i förhållandet mellan köpare och säljare är frågan om säljarens goda eller onda tro sällan relevant.

fastigheten, medför en udda konsekvens. Om det är riktigt att mäklaren inte kan utöva regress i ett sådant fall, innebär det att säljaren får tillgodogöra sig en köpeskillning som motsvarar fastighetens värde *utan* det aktuella felet. Annorlunda uttryckt slipper säljaren att utge prisavdrag för ett fel som han annars skulle ha ansvarat för och konsekvensen blir onekligen att säljaren gör en vinst på grund av mäklarens oaktsamhet. Om man skall acceptera förarbetsuttalandet som gällande rätt får man göra bedömningen att det är rätt och riktigt att säljaren i vissa fall skall kunna vinna på att ha anlitat en culpös eller dolös mäklare. Denna lösning får väl i så fall motiveras i närmast moralis(tis)ka termer: ”Säljaren var i god tro, det vill säga moraliskt oförvitlig, och den mäklare som är så tarvlig att han förtiger kända fel kan gott få lida ekonomiskt, även om säljaren därigenom gör en oförtjänt vinst.” Som kommer att utvecklas under avsnitt 3.2 är det emellertid min uppfattning att oskälighetsregeln inte bör tillämpas på de fall där säljaren är skyldig att utge prisavdrag.

3. Säljarens regressrätt mot mäklaren

Låt mig nu skissera följande situation. Både säljaren och mäklaren är ansvariga för ett visst fel i fastigheten, men köparen väljer att rikta sitt krav mot säljaren. Kan säljaren i sådant fall utöva regress mot mäklaren? Denna fråga regleras inte i FML.

Som angetts under avsnitt 2 innebär regressregeln i 20 § 2 st. FML att det i princip är säljaren som skall stå det slutliga ansvaret, i de fall där både säljaren och mäklaren är ansvariga gentemot köparen. En klar huvudregel måste därför vara att säljaren inte kan utöva regress mot mäklaren. Något annat skulle motverka FML:s uttalade syfte.²³ Men huvudregeln är sannolikt försedd med ett undantag. Av lagtexten framgår att mäklaren inte kan utöva regress mot säljaren om och i den mån detta framstår som oskäligt. Antag nu att förhållandena är sådana att mäklaren, på grund av oskälighetsregeln, helt eller delvis skulle ha varit *förhindrad* att utöva regress mot säljaren, om köparen hade valt att vända sig mot mäklaren. Om köparen i ett sådant fall i stället väljer att vända sig mot säljaren, borde säljaren kunna utöva regress mot mäklaren i samma omfattning som mäklaren hade varit förhindrad att utöva regress mot säljaren. Enligt detta argument, som jag här väljer att kalla koherensargumentet, bör *omfattningen* av säljarens regressrätt mot mäklaren vara kongruent med *begränsningen* av mäklarens regressrätt mot säljaren. Mäklarens regressrätt mot säljaren respektive säljarens regressrätt mot mäklaren blir då spegelbilder av varandra.

²³ Jfr dock Jonas Malmberg i SvJT 1993 s. 864, som tycks vara av annan uppfattning. Malmberg anger reservationslöst att mäklaren och säljaren kan utöva regress mot varandra och att den inbördes fördelningen skall göras efter skälighet.

Koherensargumentet kanske kan framstå som ”vackert” i överkant, men det finns starka och rationella ändamålsskäl som talar för det. Om man inte accepterar koherensargumentet blir resultatet tämligen udda. Antag återigen att förhållandena är sådana att mäklaren inte kan utöva regress mot säljaren, på grund av att detta anses oskäligt enligt regeln i 20 § 2 st. FML. Låt oss vidare för diskussionens skull avvisa koherensargumentet och hävda att säljaren *aldrig* kan utöva regress mot mäklaren. Om köparen under sådana förhållanden väljer att kräva mäklaren, kommer det slutliga ansvaret också att stanna hos denne. Detta följer direkt av oskälighetsregeln. Men om köparen i stället väljer att framställa sitt krav mot säljaren, kommer ansvaret under de nu angivna förutsättningarna att stanna hos säljaren. Resultatet blir att placeringen av det slutliga ansvaret mellan mäklaren och säljaren kan komma att bestämmas av något så nyckfullt som *köparens* dispositioner, det vill säga om han väljer att kräva mäklaren eller säljaren. Det blir då en ren tillfällighet var det slutliga ansvaret hamnar.

Om man vill undvika att placeringen av det slutliga ansvaret styrs av tillfälligheter måste man således acceptera koherensargumentet. Och eftersom vi vet att mäklaren på grund av oskälighetsregeln i vissa fall är förhindrad att utöva regress mot säljaren, måste säljaren följaktligen kunna utöva regress mot mäklaren i dessa fall.

3.1 Omfattningen av säljarens regressrätt mot mäklaren

Den slutsats som redovisats ovan, att det inte är principiellt uteslutet för säljaren att utöva regress mot mäklaren, säger ingenting om under vilka förutsättningar eller i vilken omfattning detta kan ske. Denna fråga skall nu utredas.

Som påpekats under avsnitt 2.3 kan mäklaren, i varje fall om man får tro förarbetena, i vissa fall vara förhindrad att utöva regress mot säljaren avseende sådana köprättsliga fel som medför prisavdrag. Låt oss tills vidare anta att detta förarbetsuttalande avspeglar gällande rätt. Man kan då tycka att säljaren, som en följd av koherensargumentet, borde kunna utöva regress mot mäklaren i dessa fall. Det finns emellertid flera argument som talar mot en sådan lösning. Ett argument har redan antytts ovan: Ett oaktsamt handlande av mäklaren – exempelvis ett förtigande av ett fel i fastigheten, en underlåtenhet att redogöra för ett belastande servitut eller ett angivande av för låga driftskostnader – påverkar typiskt sett fastighetens pris. Skulle man i ett sådant fall tillåta en regresstalan från säljarens sida mot mäklaren, skulle det innebära att säljaren i någon mening tjänar på mäklarens oaktsamhet och gör en oförtjänt vinst på dennes bekostnad. Säljaren får ju då en köpeskillning som motsvarar fastighetens värde *utan* det aktuella felet. Ett kanske mer avgörande argument är följande: Enligt FML kan mäklaren förpliktas att utge skadestånd till säljaren. Men om den felaktiga uppgiften eller förtigandet från mäklarens sida leder till att fastigheten säljs till ett högre pris, som säljaren förpliktas att utge prisavdrag för, har säljaren inte lidit

någon *skada* på grund av den felaktiga uppgiften eller förtigandet.²⁴ Tvärtom får säljaren, genom att utge prisavdrag, exakt det pris för fastigheten som han rätteligen skulle ha fått, om någon felaktig uppgift eller något förtigande av fel från mäklarens sida inte hade förekommit. Någon skada föreligger då inte och följaktligen inte heller någon rätt till skadestånd.

Slutsatsen måste således bli att säljaren i princip aldrig med framgång kan rikta en regressstalan mot mäklaren avseende det *prisavdrag* han förpliktats att utge till köparen, även om prisavdraget grundar sig på ett fel som mäklaren i och för sig hade kunnat bli skadeståndsansvarig för gentemot köparen.²⁵

Undantag från denna regel kan tänkas, men då i andra situationer än de nu skisserade. I RH 1986:21, som avsåg tiden innan fastighetsmäklarrätten hade kodifierats i lag, förpliktades mäklaren att utge skadestånd motsvarande det prisavdrag som säljaren förpliktades att utge till köparen. Mäklaren hade förbundit sig att teckna en försäkring som övertog delar av säljarens ansvar för fel i fastigheten, varför säljaren utgick från att hennes köprättsliga ansvar var begränsat. Någon försäkring kom dock aldrig att tecknas. Fallet rörde således *inte* frågan om felaktiga uppgifter eller förtigande av fel från mäklarens sida, där mäklarens agerande påverkade priset på fastigheten. Med andra ord gjorde inte säljaren någon vinst på att det var mäklaren som slutligen fick stå för prisavdraget. Utgången i målet framstår därmed inte som felaktig.

Saken ställer sig förmodligen annorlunda om säljaren blir skyldig att utge *skadestånd* till köparen och detta ytterst beror på mäklarens oaktsamhet. Då torde det inte finnas några principiella hinder mot att säljaren återkräver hela eller delar av det skadestånd som han förpliktats att utge till köparen.²⁶ I dessa fall, där regresskravet avser skadestånd och inte prisavdrag, bortfaller argumentet om säljarens oförtjänta vinst och uteblivna skada.²⁷ På motsvarande sätt bör det förhålla sig med mäklarens regressrätt mot säljaren. Om mäklarens regresskrav avser köprättsligt skadestånd, bör oskälighetsregeln kunna tillämpas allt efter vad som framstår som lämpligt och rimligt i det enskilda fallet.

²⁴ I Danmark kan mäklaren i vissa fall förpliktas att utge skadestånd (erstatning) till motparten, även om denne inte har lidit någon skada i skadeståndsrättslig mening. Denna ordning anses vara en nyskapelse i dansk rätt, se Kjær Stolt, M., Lov om omsætning av fast ejendom, Gylling 2001, s. 302.

²⁵ Samma uppfattning redovisas i Brækhus, S., Meglerens rettslige stilling, Oslo 1947, s. 274 f. och i Samuelsson, M., Ejendomsrådgiveransvar, Bjerringbro 1990, s. 47. Brækhus och Samuelsson poängterar dock att priset, sedan prisavdrag skett, skall motsvara vad marknaden hade varit beredd att betala för fastigheten med vetskap om den felaktiga uppgiften. Om prisavdraget av något skäl blir större än så, skulle säljaren regressvis kunna utkräva mellanskillnaden av mäklaren. Mot detta finns väl inget att invända, annat än att prisavdraget enligt svensk rätt skall beräknas just på det sätt som författarna anger, se 4 kap. 19 c § jordabalken. Under förutsättning att prisavdraget är korrekt beräknat skall detta problem således inte behöva uppstå.

²⁶ Jfr SOU 1981:102, s. 212 f.

²⁷ Det skall observeras att säljaren, i de fall där frågan om dennes möjlighet att utöva regress mot mäklaren blir aktuell, alltid kan erhålla nedsättning av provisionen enligt 23 § FML. Nedsättning av provisionen kräver inte att säljaren har lidit någon skada utan endast att mäklaren har åsidosatt sina skyldigheter mot köparen eller säljaren.

3.2. Sammanfattande synpunkter på mäklarens och säljarens inbördes regressrätt

Vi har hittills sett att säljarens regressrätt mot mäklaren respektive mäklarens regressrätt mot säljaren bör utgöra varandras spegelbilder, detta för att undvika att det blir en tillfällighet vem av mäklaren och säljaren som får bära det slutliga ansvaret. Med andra ord får slutsatserna angående omfattningen av säljarens regressrätt mot mäklaren även betydelse för dess spegelbild; omfattningen av mäklarens regressrätt mot säljaren.

Under avsnitt 3.1 har vi sett att säljaren i princip *aldrig* bör kunna utöva regress mot mäklaren när grunden för kravet avser prisavdrag, främst eftersom säljaren då inte har lidit någon skada i skadeståndsrättslig mening. Av detta följer i sin tur att mäklaren i princip *alltid* bör kunna utöva regress mot säljaren i dessa fall. Som framgått av avsnitt 2.3 tycks den sistnämnda slutsatsen strida mot förarbetsuttalandena angående oskälighetsregelns tillämpningsområde, men den följer logiskt ur det jag har valt att benämna koherensargumentet.

Om man anser att den sistnämnda slutsatsen leder till ett orimligt resultat i det enskilda fallet, är det naturligtvis fullt möjligt att avvisa koherensargumentet och i linje med förarbetenas resonemang göra en allmän skälighetsbedömning *in casu*. Men som påpekats flera gånger skulle en sådan lösning medföra att det kan bli en ren tillfällighet vem av mäklaren eller säljaren som får bära det slutliga ansvaret. Detta framstår enligt min mening som mindre lämpligt. Ytterligare en synpunkt är att tillämpning av allmänna skälighetsbedömningar sällan främjar förutsebarheten i rättsordningen.

4. Är köparen skyldig att skydda mäklarens regressrätt mot säljaren?

FML innehåller inte någon regel som säger att den köpare eller säljare, som vill framställa ett skadeståndskrav mot mäklaren, måste reklamera inom skäligen tid. Av lagtextens tystnad kan man dock knappast dra slutsatsen att det inte skulle finnas någon sådan skyldighet. Även i icke lagreglerade områden anses det, som en följd av lojalitetsplikten, att den skadelidande parten är skyldig att reklamera inom skäligen tid.²⁸ Den rättsliga påföljden av försenad reklamation när det saknas uttryckligt lagstöd är emellertid osäker och omdiskuterad. Enligt en uppfattning är påföljden analog med de köprättsliga reklamationsreglerna, det vill säga möjligheten att göra påföljder gällande går helt om intet.²⁹ Även om denna uppfatt-

²⁸ Se Hultmark, C., Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996, s. 145 ff. samt NJA 1994 s. 532 och NJA 2005 s. 142.

²⁹ Se Hovrättens för Västra Sverige dom i mål T 2099-05.

ning kanske inte är riktig, torde i alla händelser den skadelidandes anspråk kunna nedsättas med den skada som den underlåtna reklamationen har orsakat.³⁰

Frågan om reklamationsskyldighet har inte bara betydelse för förhållandet mellan å ena sidan mäklaren och å andra sidan den skadelidande köparen eller säljaren. Den har även betydelse för den inbördes ansvarsrelationen mellan mäklare, köpare och säljare. Under avsnitt 2.1 angavs, som en förutsättning för mäklarens regressrätt mot säljaren, att säljaren verkligen har ett köprättsligt ansvar. Det påpekades också, vilket följer direkt av jordabalkens regler, att säljarens köprättsliga ansvar kan bortfalla om köparen underlåter att reklamera mot säljaren.³¹ Av det sagda följer att köparen, genom sin underlåtenhet att reklamera mot säljaren, kan skada mäklaren på så sätt att dennes regressrätt mot säljaren går om intet. Man kan fråga sig om en sådan underlåtenhet bör få några konsekvenser för köparens möjlighet att framställa skadeståndsanspråk mot mäklaren.

Det brukar sägas att ett av syftena bakom reklimationsinstitutet är att minska skadevållarens egen skada genom att skydda dennes regressanspråk mot tredje man.³² Detta ger vid handen att köparen bör ha en skyldighet att reklamera mot säljaren, för att på så sätt skydda mäklarens regressrätt mot säljaren.³³ Om köparen underlåter att göra detta, bör det rimligen få återverkningar på köparens skadeståndsanspråk mot mäklaren. Skadeståndet bör i sådant fall kunna jämkas. Denna slutsats rimmar också väl med den grundläggande tanken bakom 20 § FML, att det slutliga ansvaret för köprättsliga fel i princip skall landa på köparen eller säljaren och inte på mäklaren. Jag återkommer till detta under avsnitt 5 nedan.

4.1 Får mäklaren reklamera mot säljaren för köparens räkning?

En annan fråga är om mäklaren har möjlighet att reklamera mot säljaren *för köparens räkning*, för att på så sätt skydda sin egen regressrätt mot säljaren. Frågan är för omfattande för att utredas här, men jag vill ändå framföra några synpunkter ur perspektivet god fastighetsmäklarsed. Synpunkterna avser alltså frå-

³⁰ Se Hultmark, C., Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996, s. 162. Frågan kan komma att prövas i HD:s mål T 128-06.

³¹ Se 4 kap. 19 a § jordabalken.

³² Se Hultmark, C., Reklamation vid kontraktsbrott, Sthlm 1996, s. 28. Jfr även 22 § kommissionslagen. Här anges att om kommittenten reklameras ett fel i godset för sent så förlorar han möjligheterna att göra anspråk gällande mot kommissionären, men endast om kommissionären i sin tur inte kan få täckning hos tredje man.

³³ I detta sammanhang blir frågan om den rättsliga relationen mellan mäklaren och uppdragsgivarens motpart intressant, jfr avsnitt 1 ovan. Har uppdragsgivarens motpart en lojalitetsplikt mot mäklaren, på samma sätt som uppdragsgivaren har? Här har antagits att så är fallet.

gan om mäklaren *får* reklamera för köparens räkning, inte om han med framgång *kan* göra detta.

I 12 § FML anges att mäklaren skall ”tillvarata både köparens och säljarens intresse”. Detta lagrum anses utgöra den rättsliga grunden för mäklarens speciella ställning som opartisk mellanman. Uttrycket ”opartisk mellanman” kan synas vara en motsägelse i sak, men är en allmänt vedertagen beskrivning av den rättsfigur som fastighetsmäklaren utgör. Vidare finns i 15 § FML ett generellt förbud för mäklaren att företräda köparen eller säljaren som ombud. Undantag görs för begränsade ombudsåtgärder i den mån de är förenliga med god fastighetsmäklarsed.³⁴

Om mäklaren reklamerar mot säljaren innebär det att mäklaren utför en rättshandling för den ena partens räkning, riktad mot den andra parten. Även om mäklaren *ytterst sett* reklamerar för sin egen skull, och inte för köparens, kan det tänkas att ett sådant agerande skulle anses strida mot grunderna för 12 och 15 §§ FML och därmed vara oförenligt med god fastighetsmäklarsed.

För egen del anser jag inte att det strider mot god fastighetsmäklarsed om mäklaren reklamerar för köparens räkning, när syftet är att skydda den egna regressrätten mot säljaren. Mäklaren är visserligen skyldig att vara opartisk och lojal mot båda parterna, men denna skyldighet kan knappast innebära att mäklaren skall tvingas försämra sin egen rättsliga ställning.

5. Jämkning av mäklarens skadeståndsansvar

Slutligen skall jag behandla frågan om jämkning av mäklarens skadeståndsansvar gentemot köparen. I 20 § 1 st. FML finns följande bestämmelse.

”Om fastighetsmäklaren uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter sina skyldigheter enligt 11–19 §§, skall han ersätta skada som till följd av detta drabbar köparen eller säljaren. Om det är skäligt, kan skadeståndet sättas ned eller helt falla bort.”

Jämkningsregeln i andra meningen ser ut som en traditionell skadeståndsrättslig jämkningsregel, men på grund av det speciella trepartsförhållandet mellan köpare, säljare och mäklare bjuder den på vissa tillämpningsproblem. Den huvudsakliga frågeställningen är om köparens försummade undersökningsplikt i förhållande till säljaren bör påverka köparens rätt till skadestånd från mäklaren.

³⁴ Det kan noteras att den rättshandling som en mäklare vidtar i strid mot ombudsförbudet är civilrättsligt giltig under förutsättning att mäklaren är behörig enligt de sedvanliga fullmaktreglerna. Ombudsförbudet har endast bäring på frågan om god fastighetsmäklarsed, se Melin, M., Fastighetsmäklarlagen. En kommentar, Sthlm 2005, s. 170 f.

I specialmotiveringen anförde departementschefen att jämningsregeln, på grund av mäklarens obligatoriska ansvarsförsäkring, borde tillämpas restriktivt.³⁵ Senare under lagstiftningsarbetet begärde emellertid lagrådet ett klarläggande från departementschefens sida. Lagrådet framhöll att en restriktiv tillämpning skulle medföra att det köprättsliga ansvaret övervältrades på mäklaren, vilket departementschefen i ett annat sammanhang hade sagt sig vilja undvika och vilket i sin tur hade föranlett regressregeln i 20 § 2 st. FML. Annorlunda uttryckt ifrågasatte Lagrådet om inte lika fall skall behandlas lika: Eftersom vi vet att säljaren i princip skall stå det slutliga ansvaret, när denne ansvarar enligt det köprättsliga regelverket, skall då inte också köparen stå det slutliga ansvaret, när det är köparen som bär det köprättsliga ansvaret? Som exempel anförde Lagrådet det fall där mäklaren underlåter att verka för att köparen undersöker fastigheten och köparen som en följd därav försummar sin undersökningsplikt i förhållande till säljaren.³⁶ Den outtalade implikationen av Lagrådets påpekande var att mäklarens skadeståndsansvar normalt borde jämkas till noll i de fall där köparen hade försummat sin undersökningsplikt, detta för att uppnå att köpare och säljare behandlades lika och båda få bära sitt köprättsliga ansvar fullt ut. Departementschefen kommenterade Lagrådets synpunkter på ett erkännamt men inte särskilt klagörande sätt. I slutprotokollet uttalade departementschefen att ”med anledning av vad Lagrådet har anfört ... [bör] mäklarens skadestånd...kunna sättas ned eller helt falla bort i fall då köparen har försummat sin undersökningsplikt”.³⁷

5.1 Doktrin

Problemet har berörts i litteraturen, där meningarna delvis har gått isär. Ulf Cervin och Ulf Sallnäs berör inte Lagrådets synpunkter utan refererar endast departementschefens ursprungliga uttalande i specialmotiveringen, att jämkning skall ske restriktivt.³⁸ Mats Broström rekommenderar att jämningsregeln bör användas ”frekvent”.³⁹ Folke Grauers uttalar, i linje med Lagrådets kritik, att ”en utgångspunkt är att det slutliga ansvaret skall vila på säljaren, om han skulle haft

³⁵ Prop. 1983/84:16, s. 43.

³⁶ Prop. 1983/84:16, s. 59. Enligt 16 § FML är mäklaren skyldig att verka för att köparen undersöker eller låter undersöka fastigheten.

³⁷ Prop. 1983/84:16, s. 67. Jämför med vad som gäller i utomobligatoriska förhållanden, där en ansvarsförsäkring på skadevållarens sida torde utesluta att jämkning sker, se Hellner, J. och Johansson, S., Skadeståndsrätt, Sthlm 2000, s. 185 f. Som påpekats under avsnitt 1 kan man fundera över om mäklarens förhållande till uppdragsgivarens motpart skall ses som renodlat kontraktuellt eller inte, vilket kan ha viss betydelse för frågan om jämkning.

³⁸ Cervin, U., och Sallnäs, U., Fastighetsmäklaren. En kommentar till 1995 års fastighetsmäklarlag, Malmö 1995, s. 94.

³⁹ Broström, M., Fastighetsmäklare – aktsamhetskrav och oaktsamhetsansvar vid fastighetsförmedling, Sthlm 1995, s. 145.

det köprättsliga ansvaret, och på köparen, om han skulle haft det köprättsliga ansvaret”.⁴⁰ Grauers torde därmed mena att skadeståndet normalt – men inte nödvändigtvis alltid – skall jämkas till noll när köparen har försummat sin undersökningsplikt. Nils A. Hegardt uppger lite kryptiskt att ”en köpare som inte har fullgjort sin undersökningsplikt får...själv bära ansvaret för detta”.⁴¹ Christina Ramberg är mer kategorisk och menar att ”köparen inte kan rikta anspråk mot fastighetsmäklaren beträffande sådana fel som omfattas av köparens undersökningsplikt”.⁴² För dansk rätts vidkommande uttalar Morten Samuelsson att om köparen inte kan rikta krav mot säljaren på grund av principen *caveat emptor*, det vill säga om köparen bär det köprättsliga ansvaret, så är köparens möjligheter att rikta skadeståndsanspråk mot mäklaren begränsade.⁴³

5.2 Praxis

Frågan om mäklarens skadeståndsansvar kontra köparens försummade undersökningsplikt uppkommer relativt ofta i de fall där köpare framställer skadeståndskrav mot mäklare. Trots detta är praxis på området sparsam. Såvitt jag kunnat finna har frågan endast prövats i tre hovrättsdomar.

I Hovrättens över Skåne och Blekinge mål T 347/95 hade mäklaren förtigit ett fel som han misstänkte föreligga. Trots att köparen hade försummat sin undersökningsplikt befanns mäklaren vara skadeståndsskyldig fullt ut. Som motivering till varför jämkning inte skulle ske anförde hovrätten departementschefens uttalande att jämkning skulle ske restriktivt. Lagrådets yttrande och departementschefens förnyade uttalande berördes inte. Ett hovrättsråd var skiljaktigt och ville jämka skadeståndet till hälften, men inte heller här hänvisades till Lagrådets synpunkter. Värdet av domen ter sig därmed som ganska ringa.

Även i Svea hovrätts mål T 7411-00 befanns mäklaren vara skadeståndsskyldig gentemot köparen, men här jämkades skadeståndet till noll. Köparen hade underlåtit att vidta en fördjupad teknisk undersökning med anledning av ett fuktgenomslag i en källarvägg. Att det var fråga om försummad undersökningsplikt var tydligt, låt vara att försummelsen knappast kan sägas ha varit särskilt omfattande. Till saken hör att köparen förde en fastställsetalan, varför hovrätten med hänvisning till NJA 1973 s. 412 ansåg sig vara förhindrad att pröva omständigheter som kunde leda till annat än jämkning till noll, om jämkning överhuvudtaget skulle ske. Värdet av rättsfallet grumlans av detta faktum.

I Hovrättens över Skåne och Blekinge mål T 209-04, där jag själv företrädde mäklaren, var det fråga om rostangrepp på ett plåttak. Säljaren hade informerat mäklaren om rostangreppet, men denne underlät att vidarebefordra informationen till köparen. Rostangreppet var väl synligt och enligt hovrätten hade det varit ”enkelt att konstatera” att taket var behäftat med ett misstänkt fel. Eftersom köparens försummelse av undersökningsplikten var omfattande, jämkades mäklarens skadeståndsskyldighet till noll. Vid en omfattande försummelse av undersökningsplikten fanns det

⁴⁰ Grauers, F., Fastighetsköp, Lund 2006, s. 249.

⁴¹ Hegardt, N. A., Lag om fastighetsmäklare, Sthlm 1984, s. 43.

⁴² Ramberg, C., Kontraktstyper, Sthlm 2005, s. 143.

⁴³ Samuelsson, M., Ejendomsmäglersansvar, Bjerringbro 1990, s. 163 f.

enligt hovrätten inte någon anledning att beakta mäklarens lagstadgade ansvarsförsäkring och den restriktivitet vid tillämpningen av jämningsregeln som departementschefen hade förordat.

5.3 Synpunkter på jämkning

Å ena sidan torde uttalandet i specialmotiveringen – att jämkning skall ske restriktivt – rimligen vara överspelat genom Lagrådets kritik, vilken departementschefen i stort accepterade. Å andra sidan bör jämkning enligt min mening normalt inte ske till noll, eftersom mäklaren i sådant fall skulle sakna ekonomiska incitament att informera köparen om dennes undersökningsplikt och de icke dolda fel som mäklaren känner till eller misstänker föreligga. Motsvarande incitamentsproblem gör sig inte gällande på köparsidan, om man placerar ansvaret på mäklaren. Köparen kommer då fortfarande att ha ett kraftfullt incitament att uppfylla sin undersökningsplikt, dels eftersom mäklaren normalt endast känner till ett fåtal av de icke dolda fel som fastigheten kan vara behäftad med, dels eftersom jämkning trots allt skall ske om köparen försummar sin undersökningsplikt. Det skall också framhållas att mäklaren enligt god fastighetsmäklarsed är skyldig att upplysa om fel som han känner till, även om dessa fel i och för sig skulle falla under köparens undersökningsplikt. Ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv hade denna regel närmast varit en ren chimär om skadeståndet regelmässigt skulle jämkas till noll. Den ”enda” sanktionen vid brott mot upplysningsskyldigheten skulle i sådant fall bli att mäklaren kan ådra sig disciplinärt ansvar, det vill säga varning eller ytterst avregistrering enligt 8 § FML, låt vara att detta i och för sig kan vara ett nog så verksamt incitament för mäklaren.

Frågan om jämkning av mäklarens skadeståndsansvar kan bli aktuell utan att frågan om parternas köprättsliga ansvar aktualiseras, exempelvis om mäklaren underlåter att verka för ett s.k. lånevillkor eller om han upprättar en felaktig boendekostnadsräkning.⁴⁴ Ett annat exempel är om mäklaren av oaktsamhet lämnar felaktiga uppgifter om fastigheten och där säljaren inte känner till, och inte heller borde känna till, vilka uppgifter som mäklaren har lämnat till köparen. Då ansvarar inte säljaren för den felaktiga uppgiften utan endast mäklaren.⁴⁵ I sådana situationer, där det alltså inte är fråga om ett köprättsligt ansvar som köparen vill övervältra på mäklaren, torde det inte finnas några principiella hinder mot den restriktiva tillämpningen av jämningsregeln som departementschefen förordade. I dessa fall bortfaller argumentet att mäklarens skadeståndsskyldighet inte skall få urholka parternas köprättsliga ansvar.

⁴⁴ Se NJA 1997 s. 127 I och II angående skyldigheten att verka för lånevillkor.

⁴⁵ Jfr 18 § 2 st. köplagen. Se även prop. 1983/84:16, s. 43 och RH 1991:86.

6. Avslutande synpunkter

Redan år 1925 uttalade Martin Fehr att mäklaren utgjorde ”ett särskilt rättsinstitut som på grund av sin vikt väl förtjänar att utredas”.⁴⁶ Trots att drygt åttio år har förflutit sedan detta uttalande gjordes finns det fortfarande många dunkla vrår kvar att utforska.

FML är för närvarande föremål för översyn och en revision av lagen är att vänta inom några år. En utredning har tillsatts där utredaren, vid sidan av vissa specifika frågor, har fått mandat att se över FML i dess helhet och föreslå ändringar och kompletteringar.⁴⁷ Det återstår att se om lagstiftaren väljer att göra några ingrepp i det grundläggande civilrättsliga regelverket eller om det blir fråga om justeringar av detaljer. En fråga, som endast indirekt har berörts i denna artikel och där ett förtydligande enligt min mening bör ske, är frågan om den skadelidande köparens eller säljarens skyldighet att reklamera mot mäklaren samt den rättsliga påföljden av utebliven reklamation. Frågan har reglerats i annan modern och näraliggande lagstiftning men inte i FML.⁴⁸ Med tanke på den osäkerhet som råder framstår en sådan reglering som önskvärd. Även den fråga som har utgjort den huvudsakliga problemställningen i denna artikel, det vill säga mäklarens och säljarens inbördes regressansvar, kan förtjäna lagstiftarens uppmärksamhet.

⁴⁶ Fehr, M., Mäklarens rättsliga ställning, SvJT 1925 s. 89 ff.

⁴⁷ Kommittédirektiv 2005:140.

⁴⁸ Se 7 § lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter. Här anges att uppdragsgivarens möjlighet att framställa skadeståndsanspråk mot uppdragstagaren går om intet om reklamation inte sker inom skäligen tid efter det att uppdragsgivaren märkt eller bortmärka att skada har uppkommit. Detsamma gäller enligt 5 kap. 8 § lagen (2005:405) om försäkringsförmedling.