

# 36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar\*

JORI MUNUKKA

## 1. Inledning

HD har på senare år haft en oöverträffad förmåga att hitta de klassiska förmögenhetsrättsliga ämnena.<sup>1</sup> Det som nu analyseras är ett av de tydligaste bevisen på detta. Här är det inte fråga om en enstaka klassiker, utan en serie.

Trots den självklara utgångspunkten om parternas rätt att bestämma avtalsinnehållet, dvs. den i avtalsfriheten ingående dispositionsfriheten, har friskrivningar och ansvarsbegränsningar bemötts med skepsis av lagstiftaren och domstolarna. De bekämpas med hjälp av många rättsliga normer. Det har länge ifrågasatts om alla dessa rättsmedel som kunnat åberopas mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar verkligen behövs efter införandet av generalklausulen 36 § avtalslagen.<sup>2</sup> *NJA 2017 s. 113* (Den övertagna överlåtelsebesiktningen) är en garderobsstädning där inget kastades bort men en hel del sorterades om.

Det har under en tid sett ut ungefär så här: Införlivande av standardavtalsvillkor kan förutsätta särskild *tydlighet* (i). Standardavtalsvillkor som för den skadelidande parten är *överraskande* (ii<sup>1</sup>) eller *särskilt betungande* (ii<sup>2</sup>) riskerar att inte införlivas trots att standardavtalsvillkoren i övrigt har blivit

\* Tack till Lars Heuman, Magnus Melin och Stina Bratt för värdefulla synpunkter på ett sent utkast.

<sup>1</sup> Jan Hellner klagade ofta på prejudikattorkan i förmögenhetsrätten. Jfr t.ex. Hellner J., *Högsta domstolen och avtalsrätten 1920–1989*, i Hellner J., *Köp och avtal* (Sales and Contracts) uppsatser 1980–1992, 1992, s. 170 och 206 f., som konstaterar att de avtalsrättsliga tvisterna under de då senaste decennierna var få, och att de typer av tvister som förekom – fel i fastighet, konsumenttvister och tvister om oskäliga villkor i kommersiella förhållanden – ändå var jämförelsevis få i ett internationellt perspektiv.

<sup>2</sup> Se t.ex. Bernitz U., *Standardavtalsrätt*, 8 u. 2013, s. 105 f., Lundmark T., *Friskrivningsklausuler. Giltighet och räckvidd*, 1996, s. 133 ff. och Johansson S. O., *Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi i dag med ansvarsfriskrivningar?*, JT 2015–16 s. 50 ff.

införlivade i parternas individuella avtal. Friskrivningar och ansvarsbegränsningar ska tolkas restriktivt (iii). Uppsåt (iv<sup>1</sup>) och grov vårdslöshet (iv<sup>2</sup>) hos skadevällaren (iv<sup>A1-2</sup>) eller annan på skadevällarens sida (iv<sup>B1-2</sup>) leder till att friskrivningen eller ansvarsbegränsningen bortfaller. En preciserad uppgift lämnad av skadevällaren genombryter allmänt hållna *egenskapsfriskrivningar* (v<sup>1</sup>), *påföljdsfriskrivningar* (v<sup>2</sup>) eller *ansvarsbegränsningar* (v<sup>3</sup>), och skadevällarens *förtigande av en uppgift av väsentlig betydelse* (vi<sup>1-3</sup>) likaså. Levererar skadevällaren en i något avseende *väsentligt sämre prestation än vad skadelidanden med fog kunde förutsätta* är friskrivningen eller ansvarsbegränsningen (vii<sup>1-3</sup>) inte verksam i förhållande till den aktuella defekten i prestationen. I tillägg till allt detta finns möjligheten att jämka eller åsidosätta friskrivningar och ansvarsbegränsningar vid *oskälighet*, 36 § avtalslagen (viii<sup>1</sup>), vilket till förmån för konsument kompletteras med 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, AVLK (viii<sup>2</sup>). Och dessutom har vi ju *passivitetsregeln*, 6 § 2 st. avtalslagen, som är ett uttryck för den förmodat bredare *dolusregeln* vid avtalstolkning, *förklaringsmisstagsregeln*, 32 § 1 st. avtalslagen, som är ett uttryck för den förmodat bredare *culparegeln* vid avtalstolkning, *oklarhetsregeln*, bl.a. uttryckt i 10 § AVLK, *typförutsättningar*, *garantifiktio-ner*, *handelsduglighetspresumtionen*, bl.a. 17 § 2 st. 1 köplagen (1990:931), *fackmässighetskravet*, bl.a. 4 § konsumenttjänstlagen (1985:716), *beställarförväntningsregeln* ("fog att förutsätta"), bl.a. 17 § 3 st. köplagen, och *kärnegenskapsregeln*, vilka alla kan användas till att på något sätt dämpa verkningarna av ett begränsningsvillkor.

Domen uttrycker ambitionen att uttradera den allmänna avtalsrättens s.k. dolda kontroll. Med skandinavisk rättsrealism som resonansbotten framstår detta som en vällovlig ambition. Men det är inte troligt att de normer som beskylls för att vara onskans redskap ska behöva strykas ur läroböckerna precis nu. Sannolikt kommer rättssystemet att bjuda motstånd av just rätts-systematiska skäl mot omsorteringen, och möjligen rättskällehierarkiska, med prejudikatbundenhet som en betydelsefull faktor.

En liten finurlighet bakom den dolda kontrollen är att legitima verktyg används även i situationer där verktygen inte var avsedda, och det är ofta inte så lätt att visa detta, eftersom det just sker dolt. Det dolda ligger i att ett handlande tolkas på ett annat sätt än det rätteligen borde ha tolkats med de bevisnormer som gäller, exempelvis att parterna "får anses ha överenskommit" om någonting som inte är styrkt eller att det "inte visats att parterna överenskommit" om något som borde ha ansetts vara styrkt. En norm som innebär att uppsåt eller grov oaktsamhet neutraliserar ett begränsningsvillkor

är inte i sig själv dold, den är öppen, men tillämpningen av den kan vara dold, nämligen när handlandet av dolda skäl oriktigt, medvetet, klassificeras som uppsåtligt eller grovt oaktsamt. – En rättstillämpare kan också uttrycka att ett handlande inte var uppsåtligt eller grovt oaktsamt, trots att det enligt rättstillämparens egentliga uppfattning var det, men det har vi inte något förmögenhetsrättsligt uttryck för.

HD antydde inte någon ambition att ifrågasätta den kontraktsrättsliga lagregleringen av allmänt hållna egenskapsfriskrivningar, s.k. befintligt skick-klausuler – vilken enligt vad HD nyligen angav även ska omfatta påföljdsfriskrivningar<sup>3</sup> – de kontraktsrättsliga avtalsinnehållspresumtionerna<sup>4</sup> eller de halvt om halvt lagfästa avtalstolkningsreglerna som sådana. Detta talar för att dessa verktyg även fortsatt ska tillämpas innan 36 § avtalslagen kan aktualiseras. Det gör även ganska sentida bekräftelser av HD, av de normer som HD nu ifrågasatte.

Vi känner nog alla sympati inför ambitionen att motverka fiktionsgenererande normer.<sup>5</sup> Jag tror dock att prejudikatet ensamt inte kommer att räcka till för att föra rättsutvecklingen till det önskade målet. Bortsett den enligt min mening överdrivna regleringsivern, kommer också inkonsekvenser i det aktuella avgörandet och avgörandets förhållande till nyliga avgöranden att tala emot prejudikatverkningarna. Det finns dessutom en del överraskande förbiseenden i det aktuella avgörandet som troligen kommer att verka besvärande. Men känslan är att ambitionen bara var att putta lite på rättsvecklingen, i förening med ett ganska nytt prejudikat,<sup>6</sup> inte att omedelbart omstöpa. Domen kommer säkert ha viss effekt hos underinstanserna i detta avseende. En domstol kommer i framtiden sannolikt att åsidosätta en begränsningsklausul *bl.a.* eftersom handlandet varit grovt oaktsamt, inte *för att* handlandet varit grovt oaktsamt. Domen ger endast ett obiter dictum i detta, centrala, avseende.

<sup>3</sup> NJA 2016 s. 237 (Kommersiella bostadsrättsarean), p. 9–12 och 21. Jfr Grauers F, Fastighetsköp, 21 u. 2016, s. 220 ff. och Ramberg J. & Herre J., Köplagen. En kommentar, databasen Zeteo version den 1 maj 2016, avsnitt 5.4.1.

<sup>4</sup> Jfr NJA 2015 s. 110 (Konsumentbeställda enstegstätade fasaderna I), p. 19–22, där en beställares med fog förväntade avtalsresultat ansågs avtalat, i så snäv mening att en av lagstiftaren uttryckligen avsedd immunitet för s.k. utvecklingsfel, prop. 2003/04:45, Stärkt konsumentkydd vid småhusbyggande, s. 64 ff., helt neutraliserades för all framtid.

<sup>5</sup> Ett dråpligt exempel på fiktion är NJA 1985 s. 641 (Premiumbensin).

<sup>6</sup> NJA 2015 s. 741 (Partneravtalet med konkurrensklausulen), p. 16. Jfr även minoriteten, p. 16.

## 2. Bakgrund och underinstanserna

Ett par förvärvade en villafastighet för 9 mkr. Villan var relativt nybyggd, den hade slutbesiktats ca två och ett halvt år före köpet, med fastighetssäljaren som beställare. Säljaren hade anlitat ett besiktningsföretag för att genomföra en överlåtelsebesiktning av huset, jämte okulära elinstallations- och ventilationskontroller, radonmätning och energideklaration. Till detta kom en försäkring för dolda fel. Detta kostade sammanlagt drygt 17 000 kr, varav överlåtelsebesiktningen knappt 8 000 kr.

I besiktningsföretagets standardavtal beskrevs att ändamålet med en överlåtelsebesiktning för säljare är att inför en överlåtelse samla och redovisa information om fastighetens skick, att insamlingen sker genom en byggnadsteknisk undersökning med sakkunnig besiktningsman, att ett besiktningsutlåtande utfärdas avsett att användas vid försäljningen, att det kan ha betydelse vid köpförhandlingarna och utgöra underlag för en försäkring för dolda fel. Därtill angavs att besiktningsutlåtandets överlämnande till köparen bl.a. medför att redovisade fel och risker inte kan utgöra dolda fel. Köparna träffade avtal med besiktningsföretaget om att överta besiktningsutlåtandet från säljaren. Detta innebar enligt villkoren att köparen övertog säljarens rättigheter och skyldigheter mot besiktningsföretaget, bl.a. besiktningsutlåtandet. För detta betalade köparna knappt 4 000 kr, varmed ingick en genomgång av besiktningsutlåtandet. I ett dokument som allmänt informerade om genomgången angavs ändamålet med överlåtelsebesiktning för köpare. Denna information var relativt likalydande den som angavs i redovisningen av ändamålet med överlåtelsebesiktning för säljaren, med den mera betydelsefulla skillnaden att besiktningsutlåtandet kan utgöra del av köparens uppfyllelse av undersökningsplikten, men att utlåtandet inte ersatte denna plikt. Bland avtalsvillkoren fanns en klausul om att besiktningsmannens skadeståndsskyldighet var begränsad till 15 prisbasbelopp, vilket vid tillfället var ca 640 000 kr. Samtliga dessa villkor har utarbetats av Svenska Byggingenjörers Riksförbund, SBR. SBR erbjuder en ansvarsförsäkring som förutsätter att den aktuella ansvarsbegränsningen utgör avtalsinnehåll.

Köparna framställde skadeståndsanspråk mot besiktningsföretaget om drygt 1,9 mkr. Köparna åberopade att besiktningen var utförd på ett grovt vårdslöst sätt, varför ansvarsbegränsningen skulle sakna verkan, och att ansvarsbegränsningen med hänsyn till omständigheterna inte skulle gälla även om vårdslösheten inte skulle vara att bedöma som grov.

Tingsrätten fann grov vårdslöshet föreligga och åsidosatte ansvarsbegränsningen. Skadeståndet bestämdes till drygt 1,5 mkr. Hovrätten fann skadan uppgå till drygt 1,8 mkr, men ansåg att vårdslösheten inte var grov och att skäl att jämka ansvarsbegränsningen med stöd av 36 § avtalslagen saknades, varför ansvarsbegränsningen blev tillämplig fullt ut.

### 3. HD

#### 3.1 Prövningstillståndet

HD hade meddelat prövningstillstånd i frågan om ansvarsbegränsningen om 15 prisbasbelopp skulle tillmätas någon verkan.<sup>7</sup> Denna prövning skulle ske ”med utgångspunkt i hovrättens bedömningar” i ett antal uppräknade avsnitt i hovrättens dom, medan frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt förklarades vilande.

Uttrycket ”med utgångspunkt i hovrättens bedömningar” ska inte uppfattas så att alla hovrättens bedömningar skulle läggas till grund för HD:s bedömning, utan endast bevisvärderingen i de angivna avsnitten.

Däremot skulle HD, enligt domen, ha att utgå från att besiktningsmannen av vårdslöshet hade underlåtit att i besiktningsprotokollet notera de fel som hovrätten hade funnit föreligga och att köparnas skada därav var lite drygt 1,8 mkr.<sup>8</sup> HD framhöll i domen att graden av vårdslöshet var öppen för prövning.

#### 3.2 Innebörden av köparens övertagande av säljarens rätt

HD inledde sin prövning med att bedöma innebörden av att köparen skulle överta säljarens rättigheter, vilket bedömdes utgöra en oklarhet. HD fann att uttryckssättet närmast ledde till tanken att köparna endast skulle ha rätt till ersättning för sådan skada som *säljaren* skulle ha kunnat göra gällande mot besiktningsföretaget och att den ansvarsbegränsningsklausul som skulle prövas var den som gällde enligt avtalet mellan besiktningsföretaget och säljaren. Detta skulle då leda till att begränsningar i säljarens rätt mot besiktningsföretaget skulle kunna återopas också mot köparna, bl.a. invändningar hänförliga till säljarens egen kunskap.

Med ”säljarens egen kunskap” som möjlig invändningsgrund mot köparna avsågs sannolikt säljarens kunskap om byggnadens brister. Besiktningsföreta-

<sup>7</sup> PT-beslut 2015-12-03, T 3034-15.

<sup>8</sup> HD:s dom, p. 11.

gets underlåtenhet att notera brister som redan var kända för säljaren skulle ju kunna sakna betydelse, eftersom det för säljarens del endast är intressant att få kunskap om nya brister, verkar HD ha resonerat.<sup>9</sup> Men frågan är om inte detta är en uppfattning som kan nyanseras. En person som får ett läkarutlåtande som utpekar en sjukdom kan vilja ha ett nytt läkarutlåtande för att få större klarhet i om hen verkligen är frisk eller inte, en s.k. second opinion. Personen uppfattar efter det första läkarutlåtandet antagligen att den är sjuk i någon slags objektiv mening, men om det andra läkarutlåtandet innebär ett friskintyg blir väl personens ”kunskap” en annan, kanske att den inte alls är sjuk? En person som anlitar en expert fäster i allmänhet någon grad av tillit till sakkunskapen. Samtidigt finns det få som litar blint på expertisen, eller på sin egen bedömning i frågor som den själv inte är expert i. Om nu en besiktningsförrättare avgett ett besiktningsutlåtande utan anmärkningar i betydelsefulla hänseenden kan det hos beställaren tas till intäkt för att beställarens egen bedömning av beskaffenheten av besiktningsföremålet varit alldeles för kritisk. Om detta utlåtande är det andra, och det första utpekade ett antal brister, kan flera tänkbara slutsatser dras av beställaren, varav en är att den första besiktningsmannens bedömning var överkritisk och därför felaktig. I ett sådant fall har beställaren inte alls haft kännedom om bristerna, eftersom de med beställarens nya ”kunskap” inte är att uppfatta som brister. Men om den andra besiktningsmannens bedömning var oriktig har beställaren vilseletts, och tjänsten bör då ha ett mindre värde än det värde som beställaren hade fög att förutsätta av tjänsten. Kort och gott, en beställare av en besiktningstjänst kan ha ett intresse av att få reda på alla brister – även sådana som är fullt synbara för alla – eftersom det som ser ut som en brist för novisen inte behöver vara det och tvärtom. Har då HD:s syn på saken över huvud taget någon betydelse i detta fall? Ja, dessvärre ska det visa sig ha betydelse, trots att vad som redovisas i det omedelbart följande ger intryck av att det inte skulle ha det.

Efter att ha konstaterat att ordalydelsen innebar att köparna endast övertagit den rätt som säljaren kunde ha mot besiktningsföretaget fann HD att köparen genom vissa dokument hade bibringats uppfattningen att besiktningsutlåtandet skulle utgöra del av köparens undersökning av fastigheten. Detta innebar enligt HD att besiktningsföretaget åtagit sig ett självständigt

<sup>9</sup> Slutbesiktningsprotokollet efter entreprenaden utvisade ett antal allvarliga brister. Antagligen förstod säljaren inte protokollets innebörd eller hade säljaren lämnat det oläst. Bristerna hade i vart fall inte avhjälpats. Det kan i teorin tänkas att säljaren hade nöjt sig med ett s.k. värdeminskingsavdrag, vilket i praktiken verkar ytterst osannolikt.

ansvar mot köparna, varför köparna skulle ha rätt till ersättning för skada som de själva lidit, och inte bara den som säljaren hade lidit. HD konstaterade att detta också hade varit hovrättens uppfattning, och att den ansvarsbegränsningsklausul som skulle prövas, var den som gällde mellan besiktningföretaget och köparna. HD insköt att det förhållandet att säljaren var uppdragsgivare kunde påverka bedömningen av graden av vårdslöshet.

Eftersom nu köparna hade fått betala besiktningföretaget för att ”överta” besiktningssprotokollet, och därtill fått en genomgång av detta med besiktningssmannen, framstår slutsatsen om tillkomsten av en självständig rätt som välgrundad, och klart mera välgrundad än enbart med ett dokumentets reserverade omnämnande att besiktningen kunde utgöra ett sätt för köparna att delvis uppfylla sin undersökningsplikt. Ett övertagande av säljarens rätt till skadestånd skulle sannolikt ha varit noll. De enda återstående rättigheterna av det som övertagits skulle vara protokollet i sig självt och ett tänkbart krav på nedsättning av besiktningssarvodet på ca 8 000 kr, jämte motsvarande nedsättning av övertagandepriiset på ca 4 000 kr, som ju betalades till besiktningföretaget och inte till säljaren. Om slutsatsen av tolkningen skulle ha blivit en annan, dvs. att köparna övertagit en rätt av så begränsat värde, är det inte osannolikt att övertagandevillkoret skulle ha kunnat underkastas en skälighetsprövning, där villkorets oklara utformning hade kunnat vara en faktor av betydelse.<sup>10</sup>

Jag har inte tagit del av processmaterialet på annat sätt än genom det som framgår av referatet och beslutet om prövningstillstånd, men jag antar att det var samma ansvarsbegränsningsklausul som gällde för köparna som det hade varit för säljarna. HD:s uttryck – att den ansvarsbegränsningsklausul som skulle prövas, var den som gällde mellan besiktningföretaget och köparna – ger intryck av att det inte var så, men är antagligen endast motiverad av

<sup>10</sup> Jfr art. 4.2 avtalsvillkorsdirektivet. Skälighetsbedömningen enligt direktivet ska inte avse beskrivningen av avtalets huvudföremål eller relationen mellan prestation och pris, den s.k. avtalskärnan, under förutsättning att dessa villkor är klart och begripligt formulerade. Eftersom direktivet är ett miniharmoniseringsdirektiv finns inget hinder mot att i nationell rätt ändå beakta skäligheten av avtalskärnan, vilket är fallet i svensk rätt, se bl.a. SOU 1974:83, Generalklausul i förmögenhetsrätten, s. 152 f. och 164 ff. En förutsättning för avtalskärnans immunitet är enligt direktivet att villkoret inte är oklart, vilket innebär att oklara sådana villkor måste underkastas en skälighetsprövning, jfr EGD:s dom 10.5.2001, C-144/99, Kommissionen mot Nederländerna, ECLI:EU:C:2001:257, och EUD:s dom 26.2.2015, C-143/13, Matei, ECLI:EU:C:2015:127. Oklara villkor talar i svensk rätt för att oskälighet föreligger, se t.ex. NJA 1979 s. 666 (Skiljeklausulen och designern) och NJA 1997 s. 524 (Kommersiella borgensåtagandet).

att poängtera att vi nu inte ska se köparnas ställning som en subrogation av säljarens ställning, utan som en som står på egna ben.

### 3.3 Konsumenttjänstlagens tillämplighet

HD prövade om konsumenttjänstlagen var tillämplig och vilken ansvarsgrund för skadestånd som kunde uppställas. HD noterade att lagen föreskriver kontrollansvar för all skada, dvs. utan begränsning, även om parterna visserligen kan avtala om att konsumentens förlust i näringsverksamhet inte ska vara ersättningsgill. Det konstaterades att lagen inte var tillämplig eftersom besiktningsuppdrag är att hänföra till immateriella tjänster. Visserligen skulle allmänna kontraktsrättsliga principer kunna sammanfalla med innehållet i konsumenttjänstlagen, men detta gällde dock inte generellt i fråga om kontrollansvar, utan ansvarsgrunden vid besiktningsmans fel i utförandet skulle vara ett vanligt vårdslöshetsansvar. Eftersom den tvingande lagen inte var tillämplig skulle det också medföra att avtalade ansvarsbegränsningar i princip skulle vara tillåtna. Ansvarsbegränsningens verkan skulle då avgöras av allmänna principer, varvid skyddsnivån i tvingande konsumenträtt skulle kunna ingå i bedömningen.

Det kan konstateras att domen innebär ett av få konkreta uttryck i praxis för att ett kontrollansvar inte gör sig gällande utanför lagregleringen, eller i vart fall inte på området för immateriella tjänster. Domen bekräftar också att den ansvarsgrund som gör sig gällande vid immateriella tjänster är ett culpaansvar med rättvänd bevisbörda. Därtill konstateras att dispositionsfrihet råder utanför tvingande rätt, varför avtalade ansvarsbegränsningar i princip är verksamma i förhållande mot en konsument samt att konsumentskyddsnivån i den tvingande rätten kan utgöra en bedömningsnorm utanför det tvingande området.

### 3.4 Övervakningen av ansvarsbegränsningar

HD redogjorde för den rättsliga kontrollen av friskrivningar och ansvarsbegränsningar. Det konstaterades att en metod varit att uppställa en förhöjd avtalströskel (se i och ii ovan), en annan att tolka villkoret inskränkande (se iii ovan) och en tredje att åsidosätta en klausul till följd av att skadevällaren handlat särskilt klandervärt (jfr iv ovan).

Anledningen till att HD använde uttrycket ”särskilt klandervärt”, i stället för uppsåtligt eller grovt oaktsamt, ligger säkerligen i att HD då valde att hänvisa till NJA 1981 s. 400 (Självybygget). En privatperson med fackkun-



skap hade till ett par sålt en fastighet som var under byggnation. HD uttalade där följande:

”Det kan inte godtas att en fackman i byggnadsbranschen vid försäljning av en fastighet till enskilda konsumenter genom en allmän friskrivning frånsäger sig ansvar för dolda konstruktionsfel av allvarlig art i ett byggnadsarbete som han själv har utfört på fastigheten.”

Det får antas att handlandet låg under gränsen för grov oaktsamhet, och uppsåt hade inte ens påståtts, varför det redan innan den aktuella domen var möjligt att underkänna en friskrivningsklausul utan att uppsåt, grov oaktsamhet eller någon annan särskild grund förelegat, och detta utan att tillämpa 36 § avtalslagen, som inte hade trätt i kraft vid avtalsingåendet, eller föregångaren 8 § lagen (1936:81) om skuldebrev. Men detta är veterligen enda gången.

HD noterade att en regel om att friskrivningar inte skulle kunna återopas av säljaren vid grov oaktsamhet föreslogs bli lagfäst i 1973 års konsumentköplag<sup>11</sup> men att departementschefen ansåg den vara överflödigt eftersom det ändå gällde en regel om att ett begränsningsvillkor inte skulle kunna återopas vid uppsåt och grov vårdslöshet. HD fann att regeln hade stöd i doktrinen samt att den inte sällan förekommer i standardavtal. HD noterade vidare att det i doktrinen uttalats osäkerhet om denna regel, bl.a. till följd av osäkerhet om bestämningen av grov vårdslöshet i skilda sammanhang och till följd av att 36 § avtalslagen kan tillämpas även om uppsåt eller grov vårdslöshet inte föreligger, och att den rättsliga kontrollen bör ske öppet, och inte dolt, exempelvis genom en förhöjd avtalströskel eller en inskränkande tolkning. HD konstaterade därefter att ett stigande antal författare förordade en tillämpning av 36 § avtalslagen i stället för att åsidosätta ansvarsbegränsningar på grund av klandervärt handlande, innefattande uppsåt och grov oaktsamhet. HD fann själv att fördelen med den lösningen skulle medge en mera flexibel tillämpning, anpassad efter förhållandena i det enskilda fallet, och som inte skulle ge

<sup>11</sup> SOU 1972:28, Konsumentköplag. Delbetänkande av köplagsutredningen, s. 9, 40, 75, 78 f., 124 f., 129 f., och 132, där det även talas om uppsåt, och där det föreslogs att inte heller tillverkare och andra i tidigare säljled skulle kunna återropa friskrivningar under sådana förhållanden. Se även SOU 1976:66, Ny köplag. Slutbetänkande av köplagsutredningen, s. 90. I prop. 1988/89:76, Ny köplag, s. 206 f. anförs att jämkning av skadeståndsskyldighet med stöd av 70 § andra stycket köplagen vid grovt vållande endast bör ifrågakomma undantagsvis, och då endast vid särskilt tungt vägande skäl, dvs. den omvända jämkningssituationen.

en binär rättsföljd i form av att ansvarsbegränsningen antingen skulle anses giltig eller ogiltig. 36 § avtalslagen skulle i kontrast medge dels jämkning eller åsidosättande, dels en helhetsbedömning av samtliga omständigheter. HD uppmärksammade att en sådan helhetsvärdering väl överensstämmer med det internationella rättsläget, och hänvisade till Unidroit Principles for International Commercial Contracts (PICC) art. 7.1.6, med uttrycket ”grossly unfair”, samt Principles of European Contract Law (PECL) art. 8:109 och Draft Common Frame of Reference (DCFR) III. – 3:105(2), vilka refererar till ”good faith and fair dealing”. HD noterade dock att DCFR III. – 3:105(1) föreskriver ogiltighet för friskrivningar och ansvarsbegränsningar i den mån uppsåt eller grov oaktsamhet resulterat i personskada.

De åberopade transnationella instrumenten ser ut att ge visst stöd för att man kan avvara en hel verktygslåda till förmån för ett enda universalverktyg. Men stödet försvagas av att det också i DCFR finns avtalstypsspecifika uttryck för att grov oaktsamhet är tillräckligt för bortfall av ansvarsbegränsningar. DCFR III. – 3:105 reglerar på ett allmänt plan verkan av ansvarsbegränsningar. Denna bestämmelse refererar till oskälighetströsklar i DCFR II. – 9:4, vilka varierar med partsstatusen. Men inte nog med det. I vissa avtalstyper ska ansvarsbegränsningar alltid anses oskäliga i den mening som anges i DCFR II. – 9:4 om skadan har uppkommit till följd av grov oaktsamhet. Så är fallet med bearbetningsavtal, IV. C. – 4:108, förvaringsavtal, IV. C. – 5:109, hotellvistelseavtal, IV. C. – 5:110(4), och designavtal, IV. C. – 6:107. Effekten av att en ansvarsbegränsning är oskälig är att den inte får åberopas (dvs. en binär modell). Till detta kommer dessutom att det allmängiltiga skadeståndsrättsliga förutsebarhetskrav som motsvarar vårt adekvanskrav enligt DCFR III. – 3:703 och PECL art. 1:305 inte gäller vid grov vårdslöshet.<sup>12</sup> Någon universell inställning om att grov oaktsamhet inte ska utgöra en ensamt gällande tillräcklig grund för åsidosättande av ansvarsbegränsningar avseende annat än personskada kan därför inte utläsas av dessa instrument, vilket ju dock HD:s åberopande ger intryck av.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Något sådant undantag föreskrivs inte i PICC art. 7.4.4, vilket dock motiverar att förutsebarhetskravet enligt kommentaren till bestämmelsen endast omfattar skadans art, inte dess omfattning, Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010, Rome, s. 271.

<sup>13</sup> Jfr Johansson, JT 2015–16 s. 57 f. Det kan också noteras att det i kommentaren till PICC art. 7.1.6 uttalas att det kan vara ”grossly unfair” att åberopa en friskrivning eller en begränsning vid grovt vårdslöst avtalsbrott.

Resonemanget avslutades med ett principuttalande. Godtagbarheten av en ansvarsbegränsning bör numera i princip bedömas enligt 36 § avtalslagen. Grövre oaktsamhet kan vid en jämkningsprövning fortfarande vara skäl att åsidosätta ansvarsbegränsningen, men det är inte säkert att en helhetsbedömning ska leda till någon som helst jämkning. Om avtalet skulle föreskriva att begränsningen inte ska gälla vid uppsåt eller grov oaktsamhet så gäller det, men jämkning kan ske även om uppsåt eller grov oaktsamhet inte är för handen.

HD:s principuttalande får uppfattas som ett normativt uttryck, som syftar till att inrätta en nyordning. Normen kommer sannolikt att anses ha sin tyngdpunkt i det som ligger närmast *ratio decidendi*,<sup>14</sup> nämligen ansvarsbegränsningars verkan vid grov oaktsamhet. Det är uppenbart att friskrivningar får behandlas på samma sätt som ansvarsbegränsningar i detta hänseende.

Det är mindre klart om uppsåtliga avtalsbrott ska behandlas på samma sätt, dvs. om ansvarsbegränsningar ska kunna godtas vid uppsåtliga avtalsbrott, eftersom domen inte ger tillräcklig ledning. I den operativa delen, principuttalandet, anknyter HD nämligen endast till ”grövre oaktsamhet”. NJA 1998 s. 390 (De försvunna diamanterna), där en ansvarsbegränsning åsidosattes vid någon anställds tillgreppsbrott, utan att 36 § avtalslagen åberopades, talar starkt mot att uppsåtliga avtalsbrott inte ska anses vara ensamt tillräckliga för att åsidosätta ansvarsbegränsningar. HD uttalade i 1998 års fall följande: ”Huvudregeln i svensk rätt är nämligen att den som mot ersättning tar emot egendom för befordran, förvaring eller annat ändamål inte kan friskriva sig från ansvar för skadegörelse, stöld eller andra brott mot egendomen som begås av mottagaren eller hans arbetstagare och inte heller för skador på egendomen som dessa förorsakar av grov vårdslöshet”. Jan Hellner ifrågasatte visserligen uttrycket, eftersom det inte nyanserade mellan olika personalkategorier.<sup>15</sup> Jan Hellner angav att domens principuttryck utan tvivel gällde för företagets driftsledning och kanske även arbetsledning, medan friskrivningar avseende handlande av anställda på lägre nivå skulle kunna godtas. Men eftersom det i det fallet var fråga om någon anställd, dvs. lika gärna någon på lägre nivå, och snarast troligen så, får regeln anses vara fastslagen.

<sup>14</sup> Hovrätten hade funnit att grov oaktsamhet inte hade förekommit. Eftersom HD inte kom till någon annan slutsats i detta avseende får det antas att handlandet inte ansågs vara grovt vårdslöst.

<sup>15</sup> Hellner J., *Stulna diamanter*, JT 1998–99 s. 152 f.

Huruvida andra övervakningsinstrument, såsom den förhöjda avtals-tröskeln vid införlivandeprovningen eller den restriktiva tolkningen av friskrivningar och ansvarsbegränsningar, kommer att falla under rättsfallets skugga får framtiden utvisa. Särskilt här kan konkurrens mellan prejudikaten uppstå. Den förhöjda avtalströskeln av varianten ii<sup>1</sup> och ii<sup>2</sup> gäller inte bara friskrivningar och ansvarsbegränsningar, utan alla slags överraskande eller särskilt betungande villkor. De mest välkända fallen där en sådan införlivandeprovning omtalas är NJA 1978 s. 432 (Charterresan), NJA 1979 s. 401 (Indexklausulen i konsumentavtalet), NJA 1980 s. 46 (Lastbilscentralen), NJA 2007 s. 962 (Reklamationsvillkor i besiktningsprotokoll) och NJA 2011 s. 600 (Tandbryggan).<sup>16</sup>

HD:s minoritet var inne på frågan om skälighetsprovningens fördelar framför höjda införlivandetrösklar redan i NJA 2015 s. 741 (Partneravtalet med konkurrensklausulen), p. 16:

”Sådan provning utgör en öppen kontroll av ett avtalsvillkors skälighet till skillnad från s.k. dold villkorskontroll, dvs. när ett avtalsvillkor tolkningsvis inte anses gälla eller tolkningsvis ges begränsade verkningar på grund av oväntad eller tyngande effekt.”

Majoriteten var inne på liknande tankegångar, p. 16. På allra senaste tid har alltså HD-ledamöter två gånger uttryckt att den innehållsinriktade införlivandeprovningen bör avvaras till förmån för en skälighetsprovning. Om dessa två fall verkligen räcker att utrota det snart 40 år gamla verktyget återstår att se. Det kan i sammanhanget noteras att det endast i 1979 års fall faktiskt skett en bortgallring av ett överraskande eller särskilt betungande villkor.

### 3.5 36 § avtalslagen och AVLK

HD förklarade att oskälighetsprovningen enligt 36 § avtalslagen hade ett nära samband med 3 § AVLK, med vilken en näringsidkare kan förbjudas att använda ett likadant eller liknande avtalsvillkor i framtiden, och att 3 § AVLK är baserad på art. 3 avtalsvillkorsdirektivet.<sup>17</sup>

HD:s historiebeteckning, att 3 § AVLK skulle vara baserad på avtalsvillkorsdirektivet är inte korrekt. En till innehållet överensstämmande bestämmelse fanns redan i 1 § lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentför-

<sup>16</sup> Se även RH 2012:8, TR i NJA 2000 s. 462, TR i NJA 2016 s. 149 (Sjölagspreskriptionen) och TR i RH 1989:1.

<sup>17</sup> 93/13/EEG om oskäligen villkor i konsumentavtal.

hållanden, vilken ursprungligen hade rubriken lagen om förbud mot oskäligen avtalsvillkor, men som döptes om i samband med införandet av lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare.<sup>18</sup> Dessa lagar var helt och hållet marknadsrättsliga, dvs. utan civilrättslig verkan.

Däremot har direktivet gett upphov till att avtalsvillkorlagen stöptes om till 1994 års AVLK, och att lagen försågs med civilrättsliga bestämmelser, då 10–13 §§ (varav 10–12 §§ motsvarar innehållet i art. 3), vilka numera, efter konsumenträttsdirektivets införlivande,<sup>19</sup> utgörs av 10–14 §§. Den bestämmelse som hade varit mest närliggande att nämna hade enligt min mening varit 11 § AVLK, som kan sägas vara en förstärkning av 36 § avtalslagen.

Det är heller inte helt rättvisande att påstå att 3 § AVLK skulle ha något närmare samband med art. 3 avtalsvillkorsdirektivet, även om skälighetsnormen kanske är densamma. En artikel som ligger närmare till hands att anknyta till AVLK:s marknadsrättsliga bestämmelser är art. 7, där det bl.a. anges att konsumentorganisationer ska kunna föra talan och att det ska finnas lämpliga och effektiva medel för att förhindra framtida bruk av oskäligen villkor. Varför HD redogör för den marknadsrättsliga regleringen, och inte den civilrättsliga, är något oklart men det saknar betydelse för både domens enskildheter och utgång.

HD beskrev att ett villkor kan vara oskäligt trots att villkorets innehåll i sig inte är oskäligt om villkoret tillsammans med andra omständigheter vid avtalets tillkomst medför att oskälighet ändå föreligger. HD förklarade förhållandet mellan 36 § avtalslagen och ogiltighetsreglerna i 3 kap. avtalslagen, bl.a. med följande exempel:

”Exempelvis kan ett informationsövertag vid avtalsingåendet föranleda en villkorsjämkning fastän det inte rör sig om svek eller någon annan ogiltighetsgrund, när övertaget vid villkorsförhandlingen har utnyttjats på ett otillbörligt sätt.”<sup>20</sup>

Därtill betonades att senare inträffade förhållanden kan beaktas och att ju större grad av överraskande och ingripande verkan för konsumenten, desto närmare till hands ligger jämkning. Men också orsaken till effekten är av stor betydelse. Något generellt krav på att orsaken ska kunna tillskrivas motparten uppställs visserligen inte, men ofta – t.ex. vid ansvarsbegränsningar – är

<sup>18</sup> Prop. 1984/85:92 om avtalsvillkor mellan näringsidkare, s. 2.

<sup>19</sup> 2011/83/EU om konsumenträttigheter.

<sup>20</sup> HD:s dom, p. 29.

utgångspunkten för bedömningen att ett avtalsbrott begåtts av motparten. Arten och graden av överträdelsen bör då beaktas, vilket typiskt sett innebär att brott mot en huvudförpliktelse är mera graverande än brott mot en biförpliktelse eller en annars mera perifer förpliktelse. Huruvida beteendet är klandervärt, inte minst uppsåtligt, är av betydelse. Några begränsningar av vad som kan beaktas finns egentligen inte.

Jag vill fästa uppmärksamheten på att samtliga instanser talar om ”jämkning” av oskäliga villkor i konsumentavtal.<sup>21</sup> Sedan drygt fem år tillbaka står det av EU-domstolens tolkning av rättsföljdsbestämmelsen art. 6 fullkomligt klart att jämkning av villkor som är oskäliga enligt avtalsvillkorsdirektivet inte får ske, utan enbart en ogiltigförklaring av det aktuella villkoret.<sup>22</sup> Inte minst på grundval av de skäl som HD i detta fall anförde mot dolda kontrollverktyg – de binära rättsföljderna – skulle man kunna tycka att EU-domstolen har tagit ett steg i fel riktning i det förmenta syftet att ge konsumenterna ett starkt skydd. Men det finns inte någon praktisk möjlighet att kringgå EU-domstolens tolkning av direktivet, det är bara att underkasta sig.

I Sverige skulle vi visserligen kunna jämka sådana oskäliga konsumentvillkor som inte skulle anses oskäliga med en tillämpning av direktivet. Detta förutsätter dock att det enligt svensk rätt skulle råda en lägre oskälighetströskel än enligt avtalsvillkorsdirektivet. Så kanske var fallet en gång i tiden.<sup>23</sup> Det är vanskligt att fastställa att så är fallet och att det aktuella villkoret inte skulle träffas av direktivet. I EU-domstolens praxis anges aldrig direkt om

<sup>21</sup> Se t.ex. referatrubriken (”Med hänsyn till omständigheterna har tillräckliga skäl för jämkning inte ansetts föreligga.”) och HD:s dom, p. 30 (”Ju mer överraskande och ingripande denna är för den drabbade konsumenten, desto mer talar det för en jämkning. Men i allmänhet är orsaken till effekten också av stor betydelse.”). Jfr även NJA 2012 s. 776 (Gymkortet), p. 5 (dom meddelad 2012-11-23).

<sup>22</sup> Se bl.a. följande avgöranden: EUD:s domar 14.6.2012, C-618/10, Banco Español de Crédito, ECLI: EU:C:2012:349; 30.5.2013, C-397/11, Jörös, ECLI:EU:C:2013:340; 30.5.2013, C-488/11, Brusse, ECLI:EU:C:2013:341; 1.1.2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 och C-487/13, Unicaja Banco och Caixabank, ECLI:EU:C:2015:21; 21.12.2016, C-154/15 och C-307/15, Gutiérrez Naranjo, ECLI:EU:C:2016:980; 26.1.2017 C-421/14, Banco Primus, ECLI:EU:C:2017:60.

<sup>23</sup> Prop. 1994/95:17 s. 55: ”Att märka är dock att ett avtalsvillkor är oskäligt enligt direktivet endast då det i strid med god sed (’contrary to the requirement of good faith’) medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten.” Samma utgångspunkt hade också de danska och finska lagstiftarna, Lyngse Andersen L., Aftaleloven, 6 u. 2014, 324 med citat av förarbeten, och HE 218/1994 vp, avsnitt 2.1.

ett villkor är oskäligt eller inte,<sup>24</sup> men väl så ofta ges indirekta men tydliga fingervisningar,<sup>25</sup> som sammantaget kan uppfattas som en låg tröskel.

Jag skulle vilja ge rättstillämparna det enkla rådet att *aldrig jämkna konsumentavtal*, och att inte ens nämna jämkning som en möjlighet, utan att endast antingen låta villkoret bestå om det inte är oskäligt eller att ogiltigförklara villkoret om det är oskäligt. Enda undantaget bör vara om det står klart att det villkor som medför det oskäliga resultatet utgör ett individuellt förhandlat villkor, jfr 11 och 12 §§ AVLK. Om villkoret har ogiltigförklarats står det sedan några år tillbaka klart att rättstillämparen får fylla ut luckan med en regel som följer av nationell dispositiv rätt.<sup>26</sup> När det är fråga om ansvarsbegränsningar finns det mera sällan någon sådan dispositiv rätt att falla tillbaka på, utan då utgår ett ansvar utan begränsning, bortsett en allmän möjlighet att jämkna alltför långtgående skadeståndsskyldighet, jfr 70 § köplagen.

Möjligheten att jämkna villkor i stället för att åsidosätta dem som ett argument för att undvika andra kontrollverktyg blir i konsumentfall missvisande. Oskälighetsregleringen ger här samma binära lösning som vid åsidosättande med stöd av uppsåt eller grov oaktsamhet eller vägrat införlivande. Däremot lär restriktiv tolkning fortfarande erbjuda ett visst utrymme att glida på skalan, vilket med HD:s rättsföljdsargument kanske skulle vara att föredra.

### 3.6 Överlåtelsebesiktningar och överlåtelseförsäkringar

HD analyserade ändamålen med överlåtelsebesiktningar.<sup>27</sup> Resultaten av analysen får stor betydelse för utgången i målet. Ändamålet påverkas enligt HD av vem som är uppdragsgivare i besiktningensavtalet. Innan just uppdragsgivaraspekten belyses förklarar HD varför. En köpare som är medveten om ”fel” (dvs. inte *fel* som kan göras gällande, utan *defekter* som inte kan göras gällande som fel) kan enligt HD förhandla informerat om ”vem som ska bära

<sup>24</sup> EGD:s domar 1.4.2004, C-237/02, Freiburger Kommunalbauten, ECLI:EU:C:2004:209 och 26.10.2006, C-168/05, Mostaza Claro, ECLI:EU:C:2006:675, p. 22.

<sup>25</sup> EGD:s dom 20.6.2000, C-240/98–C-244/98, Océano Grupo Editorial och Salvat Editores, ECLI:EU:C:2000:346, p. 21: ”Domstolen konstaterar inledningsvis att ett sådant villkor som det som är i fråga i målen vid den nationella domstolen uppfyller alla kriterier för att det skall kunna anses vara oskäligt enligt direktivet, i den mån villkoret utan att ha varit föremål för individuell förhandling har införts i ett avtal mellan en konsument och en näringsidkare i den mening som avses i direktivet.” EUD:s dom 21.3.2013, C-92/11, RWE Vertrieb, ECLI:EU:C:2013:180.

<sup>26</sup> EUD:s dom 30.3.2014, C-26/13, Kásler, ECLI:EU:C:2014:282.

<sup>27</sup> HD:s dom, p. 31 och 32.

riskan eller kostnaden för felet eller svara för åtgärdandet av dem”. Detta ger dessutom köparen möjligheten att avstå från köpet om inte säljaren accepterar köparens krav. En säljares ändamål är i kontrast till detta, ”närmast”, att möjliggöra ”en tydlig avtalad riskfördelning mellan lika informerade parter till undvikande av framtida tvister”.

HD:s bruk av ordet ”risk” är uppenbarligen inte liktydigt med risken för händelser som försämrar egendomen efter tidpunkten för avtalsbundenhet. Risk verkar snarare anknyta till osäkerheten om följderna av för båda parterna kända svaghetstecken hos egendomen, inte okända sådana. Parterna har enligt HD olika syften med att beställa en opartisk besiktning av tredje man. Detta resonemang diskuterar jag senare nedan.

HD fortsatte med att redovisa sin syn på innebörden av den centrala felbestämmelsen, 4 kap. 19 § jordabalken. Denna handlar om ”riskfördelningen mellan säljare och köpare”, och första stycket reglerar felbedömningen och felpåföljderna, medan andra stycket föreskriver köparens undersökningsplikt. Om överlåtelsebesiktningen utförs på köparens uppdrag går den ut på att uppfylla köparens undersökningsplikt, även om en bestämmelse i uppdragsavtalet skulle innebära ett förbehåll mot detta, men ett förbehåll får den effekten att köparen görs medveten om att de felindikationer som anmärks vid besiktningen måste följas upp med en djupare undersökning av köparen för att uppfylla undersökningsplikten, utan att besiktningsförrättaren ska utföra denna fördjupade undersökning om inte parterna avtalar om annat och utan att besiktningsförrättaren blir ansvarig.

HD:s uttryck är klagörande, och innebär att besiktningsföretagets invändning om att en överlåtelsebesiktning inte alls har till syfte att fullgöra köparens undersökningsplikt inte godtogs. Syftet med besiktningen är ju bl.a. att köparen ska veta vad den köper och att slippa behöva bära följderna av upptäckbara defekter. Om köparen anlitar en expert för undersökningen, ska köparen kunna räkna med att undersökningen är så väl genomförd att icke anmärkta defekter eller defektindikationer av felansvarsdignitet ska uppfattas som fel som ligger utanför undersökningsplikten, s.k. dolda fel. Det förhållandet att standardvillkoren i överlåtelsebesiktningsavtalet ger ett närmast motsatt besked ska inte tillmätas större betydelse än att köparen därmed ska förstå att protokollförda anmärkningar kan leda till en fördjupning av undersökningsplikten. Men uttalandet är ett obiter dictum, eftersom det förutsätter att besiktningen ursprungligen beställts av köparen.

Härpå kom HD in helt allmänt på skälighetsprövningen av ansvarsbegränsningar vid ”överlåtelsebesiktningar för köpare”, i ett avsnitt på 10 punk-



ter.<sup>28</sup> Med hänsyn till avsnittets längd skulle man kanske förvänta sig att det skulle innefatta den aktuella situationen, en överlåtelsebesiktning ”för säljare” men ”övertagen” av köparen. Både avsnittsrubriken och ett antal uttryck i detta avsnitt talar emellertid för att så inte var avsikten,<sup>29</sup> utan temat för avsnittet är troligen endast köparbeställda besiktningar, varför avsnittet i så fall är obiter dicta, bortsett uttalanden av helt generell karaktär rörande skälighetsbedömningen. Jag ska av utrymmesskäl inte upprepa allt detta här. Det konstaterades bl.a. att det är angeläget att det beslutsunderlag som besiktningsförrättaren tillhandahåller är av hög kvalitet och att det är viktigt att det är informativt. I det senare avseendet hänvisade HD jämförelsevis till NJA 1997 s. 65 (Besiktningsprotokoll utan riskanalys) och NJA 2001 s. 269 (Besiktningsprotokoll med vilseledande riskanalys).<sup>30</sup>

SBR:s villkor innehåller en begränsning för bagatellskador på 20 procent av prisbasbeloppet, för närvarande ca 9 000 kr. Det förekommer andra villkor i branschen med en motsvarande gräns på 50 procent, dvs. ca 23 000 kr, motsvarande gränsen för förenklade tvistemål.<sup>31</sup> Det kan diskuteras om detta är låga belopp. I kontrast kan noteras att en straffavgift på 15 000 kr för nyckelförlust, uppfattat som ett vite, i NJA 2010 s. 629 (Den försvunna nyckeln) ansågs vara ett så högt belopp att skadevällaren hade fog att uppfatta avgiften som en föreskrift om maximal ersättningskyldighet i ett kommersiellt entreprenadförhållande.

HD förklarade – nu i särskilt hög grad obiter – att sådana minimigränser är acceptabla när de avskär skador under en viss rimlig nivå, ”mindre skador”, såvida inte det skulle föreligga ”alldeles särskilda omständigheter”.

<sup>28</sup> HD:s dom, p. 35–44.

<sup>29</sup> HD:s dom, p. 37: ”När köparen inte själv har erforderlig expertis ... så är den mest närliggande och i praktiken ofta enda möjligheten att skydda sig mot den risken att anlita en sakkunnig för att utföra en besiktning.”; p. 38 ”När en köpare av en bostadsfastighet anlitar en besiktningsman för en besiktning av fastigheten inför ett förestående köp, är således besiktningsmannens bedömningar vanligtvis av avgörande betydelse för köparen.”

<sup>30</sup> I båda dessa fall rörde det sig om byggnadstekniska svagheter som hade blivit antecknade i besiktningsprotokoll, men där antingen någon närmare riskanalys av svagheten inte angetts i protokollet eller angetts men med en utformning som kunde uppfattas som ett bagatelliserande av risken, vilket i båda fallen bedömdes vara vårdslöst.

<sup>31</sup> <http://besiktningsexperten.se/allmanna-villkor/>, senast besökt 2017-10-08: ”Besiktnings-expertens ansvar är under alla förhållanden begränsat till 12 prisbasbelopp per skadetillfälle. Besiktningsexperten friskriver sig för samtliga skador och krav understigande 50 % av prisbasbeloppet.”

Även om inte HD uttryckligen hänvisade till SBR:s 20-procentsgräns kan det antas att det var avsikten att för besiktningbranschen förklara att en sådan gräns generellt sett inte är en orimligt hög sådan.

### 3.7 Tillämpningen i det enskilda fallet

HD prövade slutligen om ansvarsbegränsningen var oskälig i två steg, och som ett första steg huruvida villkoret var oskäligt i sig självt, *per se*, och sedan om det var oskäligt efter en helhetsbedömning.

HD inledde denna prövning med att hänvisa till avtalsvillkorsdirektivets art. 3.3 och dess bilaga, den s.k. grå listan, som innehåller en uppräkningslista av avtalsvillkor som ska presumeras vara oskäliga:

”[1. Avtalsvillkor vars mål eller konsekvens är] b) att otillbörligt utesluta eller begränsa konsumentens lagliga rättigheter gentemot näringsidkaren eller någon annan part i händelse av att näringsidkaren bryter helt eller delvis mot någon avtalsförpliktelse, däribland möjligheten för konsumenten att åberopa en fordran som han kan ha mot näringsidkaren för kvittning mot en skuld som han har till denne” kan enligt art. 3.3 anses oskäliga.

HD tolkade detta exempel så att oskälighet skulle föreligga om den principiella rätten till påföljder blir till en formalitet utan praktiskt värde. Därefter konstaterades att det aktuella villkoret om begränsning till 15 prisbasbelopp långtifrån var en formalitet utan praktiskt värde samt att villkoret inte heller av annan anledning var oskälig i sig.

Det är inte svårt att hålla med om att ett avtalsvillkor som medför att rätten till påföljder blir praktiskt betydelselös oftast får anses vara oskäligt i konsumentförhållanden.<sup>32</sup> Det kan däremot ifrågasättas att exempelvillkoret skulle innefatta endast så långtgående begränsningar att påföljder helt uteblir (”utesluta *eller begränsa*”). Slutsatsen är dock inte förvånande. Ytterst få villkor är oskäliga i sig.<sup>33</sup> Det har veterligen inte hänt att en svensk rättstilläm-

<sup>32</sup> Jfr NJA 1979 s. 483 (Bensinpumpsmätarna) och NJA 1988 s. 230 (Leasade datasystemet) för kommersiella förhållanden, där uppenbar obillighet/oskälighet inte ansågs föreligga.

<sup>33</sup> Jfr det i denna del återkallade förslaget till konsumenträttighetsdirektiv, Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om konsumenträttigheter, KOM (2008) 614 slutlig, EUT 2009 C 317/54, bilaga II, som innehöll en lista på fem villkorstyper som alltid skulle bedömas vara oskäliga: ansvarsbegränsning för personskada, avsaknad av plikt att respektera sina representanters åtaganden eller att göra åtaganden beroende av villkor vars inträffande ensidigt kontrolleras av näringsidkaren, att begränsa konsumentens processuella rättigheter, särskilt genom vissa skiljeklausuler, begränsa konsumentens rätt till fri bevisföring eller att övervältra bevisbördan på konsumenten, samt

pare, som funnit ett villkor vara oskäligt, skulle ha nöjt sig med att betrakta avtalsinnehållet.

HD gick därefter på steg två, helhetsbedömningen. Inledningsvis uppräknades omständigheter som talade för oskälighet. De många och allvarliga fel som förbisetts, att många av dessa var relativt lätta att upptäcka för en besiktningsman, att misstagen inte låg nära den nedre vårdslöshetsgränsen, att beloppet över begränsningen var ca 1,2 mkr, vilket lett till ”fördyring av boendekostnaderna” för köparna, att ett rättvisande utlåtande skulle ha medfört en möjlighet att förhandla om felet och att köparna inte hade någon annan möjlighet att skydda sig än genom en besiktning.

Mot oskälighet talade att det var säljaren som var ursprunglig beställare av besiktningen. En sådan besiktning tar, enligt HD, inte sikte på den typiska köparrisken, utan på säljarens situation. Inte bara ändamålet har betydelse, utan det kan vara så att det som förekommit mellan säljaren och besiktningsmannen, vid besiktningen eller annars, påverkar besiktningsresultatet. Nu var både en representant för säljaren och slutbesiktningsmannen från småhusentreprenaden närvarande. Sådant kan enligt HD påverka besiktningens utförande och besiktningsutlåtandets innehåll, och kan påverka bedömningen av graden av eventuell vårdslöshet.

Avrundningsvis konstaterade HD att avtalet visserligen gav köparna rätt till ersättning men det skulle inte betyda att köparna skulle ha samma rätt att fästa tillit till det övertagna utlåtandet som om de skulle ha beställt besiktningen själva.

”Genom att nöja sig med att ta över en av säljaren beställd och i dennes intresse utförd överlåtelsebesiktning i stället för att anlita en egen besiktningsman, har köparna inte gjort vad de hade kunnat göra för att undvika eller i allt fall minska den köparrisk som följer med riskfördelningen enligt 4 kap. 19 § JB.” ”Vidare måste det klander som kan riktas mot besiktningsmannen bedömas i ljuset av att hans uppdragsgivare vid besiktningen var säljaren, som får antas ha haft en helt annan och bättre kunskap om fastigheten än köparna och som dessutom tillsammans med slutbesiktningsmannen var närvarande vid besiktningen.”

---

att överlämna åt näringsidkaren att ensidigt bestämma om näringsidkaren begått avtalsbrott eller att ge näringsidkaren tolkningsföreträde avseende någon avtalsbestämmelse. I DCFR II. – 9:410 upptas, bortsett tidigare nämnda fall där grov vårdslöshet medför absolut oskälighet, endast ett slags villkor, prorogationsklausuler som utpekar näringsidkarens hemmaforum.

Tillräckliga skäl att jämka ansvarsbegränsningen med stöd av 36 § avtalslagen fanns inte.

HD:s uppräknig av omständigheter som talade för oskälighet är omfattande och måste nog av HD ansetts vara riktigt tungt vägande. Bland omständigheter som talade mot oskälighet upprepades förvånansvärt nog inte att ansvarsbegränsningen var väl tilltagen för att täcka de skador som kan uppstå i de allra flesta besiktningssuppdrag. Det förvånar också, stort, att HD dels fäste så stor vikt vid vem som beställt besiktningen, särskilt som köparna dessutom genom avtal med besiktningss företaget övertagit besiktningss resultatet och dessutom betalat besiktningss företaget mera än en symbolisk summa för detta, dels att HD tycks beskylla köparna för någon slags blåögdhet.

Vid utarbetandet av de nuvarande felbestämmelserna vid köp av fast egendom, inklusive köparens undersökningsplikt, hade införandet av en bestämmelse föreslagits: köparen skulle alltid anses ha uppfyllt sin undersökningsplikt om en sakkunnig besiktningss förrättare anlitas, som båda parter hade godkänt, och besiktningss protokollet varit tillgängligt för båda parterna.

”Regeln kan sägas bygga på tanken att man inte kan begära mer i fråga om undersökningsplikt av köparen än vad en yrkesmässig besiktningss man har funnit vid sin undersökning av huset. Besiktningss utlåtandet så att säga desarmerar undersökningsplikten; köparen vet att han inte behöver själv undersöka fastigheten utan det räcker med att han skaffar ett skriftligt utlåtande av en yrkesman på området. Självfallet kan också säljaren ha intresse av att skaffa ett besiktningss utlåtande för att undvika framtida tvister. Eftersom besiktningss utlåtandet får verkan på det civilrättsliga planet för båda parter, bör krävas att den aktuella besiktningss mannen har godtagits av båda parter.”<sup>34</sup>

Detta lagförslag infördes inte men i propositionen uttalades följande:

”För närvarande saknas regler om att en fastighet skall besiktigas av en opartisk sakkunnig före ett fastighetsköp. Det torde dock vara tämligen vanligt att fastighetsmäklarna anlitar en opartisk sakkunnig för besiktning och värdering av fastigheten. Det utlåtande som den sakkunnige avger kan ses som ett komplement till den skriftliga beskrivning av fastigheten som mäklaren enligt 12 § lagen (1984:81) om fastighetsmäklare är skyldig att tillhandahålla köparen. Av en sådan beskrivning skall framgå bl.a. fastighetens taxeringsvärde samt byggnadens ålder, storlek och byggnadssätt. De rättsliga verkningarna av ett besiktningss utlåtande är inte lagreglerade. Det torde dock ligga i sakens natur att säljaren som

<sup>34</sup> SOU 1987:30, Fel i fastighet. Delbetänkande av småhusköpsutredningen, s. 71 f.

regel inte kan få gehör för ett påstående om att köparen brustit i sin undersökningsplikt i fråga om en avvikelse som den sakkunnige inte märkt.”<sup>35</sup>

Departementschefen uttalade att det då, som nu, är vanligt att ”fastighetsmäklarna”, dvs. *säljarna*, anlitar en opartisk sakkunnig. Det skulle dock inte behöva anges i lag att köparens tillit till en sådan skulle anses uppfylla köparens undersökningsplikt avseende fel som den sakkunnige inte märkt eftersom detta skulle *ligga i sakens natur*. Den tillit som lagstiftaren fann ligga i sakens natur har HD nu ansett utgöra en naivitet som kan stå köparen dyrt.

HD:s besked kan innebära att varje seriös spekulant ska skaffa sig ett eget besiktningensutlåtande, eller att flera spekulanter ska gå ihop om ett sådant. Därtill finns möjligheten att besiktningen genomförs först när köpekontrakt tecknats, om köpekontraktet innehåller ett svärvillkor, t.ex. ett besiktningensförbehåll, som gör att köparen sanktionsfritt kan återträda från köpet om besiktningensresultatet inte skulle vara tillfredsställande. Lagstiftaren hade vid införandet av regleringen som sagt anfört att man fick nöja sig med ett säljarbeställt utlåtande, och hade åberopat även ekonomisk rationalitet som ett argument vid sidan av ”sakens natur”:

”Det kan vidare inte anses som rationellt att alla spekulanter på ett småhus – de kan vara många – själva bekostar en besiktning.”<sup>36</sup>

#### 4. Avslutande synpunkter

Praktiskt viktiga besked av domen är att ansvarsbegränsningar även gäller mot konsumenter utanför den tvingande rättens domäner och att de inte är oskäliga *per se* eller till följd av att konsumenten drabbas ekonomiskt hårt.

Besiktningensföretagets argumentation om innebörden av det aktuella avtalsvillkorspaketet fick sig två törnar. Den ena törnen: köparens ”övertagande” av säljarens rätt blev i stället en självständig rätt för köparen att bl.a. få skadestånd för den egna skadan. Den andra törnen: en köparbeställd besiktning syftar enligt HD just till att uppfylla undersökningsplikten, även om motsatsen föreskrivs i villkoren.

Ett annat besked är att resultatet av en överlåtelsebesiktning, besiktningensprotokollet, inte har samma innebörd för en säljare som för en köpare. Det finns anledning att på denna punkt kritisera domen i rättspolitiskt

<sup>35</sup> Prop. 1989/90:77 om konsumentskyddet vid förvärv av småhus m.m., s. 42.

<sup>36</sup> Prop. 1989/90:77, s. 43.

och rättsekonomiskt hänseende. Nu måste en fastighetsköpare låta besikta fastigheten en andra gång, och så även om köparen övertagit resultatet av säljarbesiktningen i enlighet med de standardavtalsvillkor som fanns redan i avtalet mellan besiktningsföretaget och säljaren, dvs. beställaren av överlåtelsebesiktningen. Så är dessutom fallet trots att köparens övertagande skett mot betalning, som inte skett till säljaren utan till besiktningsföretaget. Det kan ju naturligtvis ha omsättningsfrämjande effekter om det blir nödvändigt för fastighetsköpare att själva anlita besiktningsförrättare, under förutsättning att säljarkollektivet fortsätter att tillhandahålla besiktningsresultat, men innebär ett hinder mot snabb och smidig överlåtelse, vilket kan antas hämma omsättningen.

Det förvånar att en köpare anses vara i någon mån klandervärd om den ”bara” förlitar sig på en säljarbeställd besiktning, en s.k. förbesiktning. En effekt av domen är frågan om det i framtiden kommer att gå att sälja den här typen av förbesiktningar. De ger inte den s.k. opartiska trygghet som marknadsförs. Branschen borde antingen i avtalsvillkoren föreskriva att syftet med en sakkunnig överlåtelsebesiktning är att ersätta köparens egen besiktning (även om det inte innebär att samtliga icke upptäckta fel skulle vara dolda, såsom en gång Småhusköpsutredningen föreslog) eller upphöra med övertagbara förbesiktningar. Och till köparkollektivet kan man ge rådet att påfordra att de i protokollet anges som uppdragsgivare.<sup>37</sup>

HD hade inledningsvis uttalat att graden av vårdslöshet var öppen för prövning.<sup>38</sup> HD analyserade ju också frågan om grov vårdslöshets inverkan på ansvarsbegränsningar på ett djupgående sätt.<sup>39</sup> Överraskande nog lämnade HD den öppna frågan öppen. HD uttalade alltså inte om vårdslösheten i det enskilda fallet var ordinär eller grov. HD konstaterade med hänvisning till hovrättens bedömningar att besiktningsmannen hade förbisett många och allvarliga fel, varav flera var förhållandevis lätta att upptäcka för en besikt-

<sup>37</sup> En viss anpassning i branschen kan skönjas. Per 2017-10-01 anger Anticimex villkor följande: ”Om säljaren är uppdragsgivare kan köparen reklamera besiktningen och Anticimex tar samma ansvar mot denna som om köparen själv varit uppdragsgivare”. Hur övriga besiktningsaktörer kommer att förhålla sig är okänt.

De aktuella köparna kan vända sig mot entreprenören, NJA 2015 s. 1040, såvida inte ansvarstiden skulle ha passerat, vilket verkar osannolikt. Slutbesiktning skedde i februari 2008, och ansvarstiden är tio år från besiktningen, 61 § 3 st. konsumenttjänstlagen. Köparna bör i så fall avhålla sig från att åberopa grov oaktsamhet, såvida inte entreprenören hade underlåtit att teckna ansvarsförsäkring.

<sup>38</sup> HD:s dom, p. 11.

<sup>39</sup> HD:s dom, p. 20–27.

ningsman, och att det inte rörde sig om något enstaka misstag i närheten av vårdlöshetsgränsen. Vårdslösheten i sig bedömdes inte vara tillräckligt allvarlig för att ensam föranleda åsidosättande eller jämkning av ansvarsbegränsningen. Kan det antas att underlåtenheten att uttala huruvida vårdslösheten var ordinär eller grov var avsedd att ytterligare markera att svaret i sig är av mindre betydelse?

Några civilprocessrättsliga tankar: vad var poängen med att HD axiomatiskt skulle utgå från att vårdslöshet förelåg, om HD ändå skulle pröva – och valde att uttala sig om – graden av vårdslöshet, eftersom en förbehållslös prövning väl borde kunna leda till slutsatsen att vårdslöshet inte förelåg? Varför framgick det inte redan av beslutet om prövningstillstånd att HD inte behövde utgå från att vårdslösheten var ordinär?

I vilken mån garderoobsstädningen av de olika rättsliga kontrollmekanismer som finns för standardvillkor i allmänhet och ansvarsbegränsningar i synnerhet får effekt får troligen låta vänta på sig. Har domen inneburit att det endast föreligger en central norm, 36 § avtalslagen, och att övriga normer har reducerats till faktorer? Beträffande 11 § AVLK kan frågan enkelt besvaras nekande. Den utgör enligt lydelserna av både 36 § avtalslagen och sig själv en konsumentförmånlig justering av 36 § avtalslagen. Inte heller 19 § köplagen kan ju ha blivit upphävd. Men kan 19 § köplagen nu anses behöva läsas i ljuset av 36 § avtalslagen, på så sätt att åsidosättande med stöd av 19 § köplagen sker först om sådan oskälighetsgrad uppnås som förutsätts i generalklausulen? Nej, det är inte närliggande att tro att HD på detta sätt skulle kunna modifiera en lagbestämmelses innebörd, utan att ens ha tillämpat bestämmelsen i fråga.

I köplagspropositionen anfördes dock i specialmotiveringen till 3 §, i vilken föreskrivs att lagen är dispositiv, ett exempel på när dispositionsfriheten kunde få vika.<sup>40</sup> 36 § avtalslagen skulle kunna tillämpas om en producent har friskrivit sig från allt ansvar för varans skick m.m. gentemot en ekonomiskt underlägsen ”mellanhand”, som i sin tur har konsumenter som köpare, vilka i sin tur har ett tvingande skydd. Att lagstiftaren här åberopade 36 § avtalslagen, när exemplet ligger nära det som regleras i 19 § 1 st. 3 köplagen (dvs. en allmänt hållen friskrivning från felansvar när varan är i väsentligt sämre skick än köparen kunde förvänta sig) är litet förvånande. Det kan dock inte, av fler anledningar än det finns utrymme för att redogöra för här, tas till

<sup>40</sup> Prop. 1988/89:76, Ny köplag, s. 66.

intäkt för att också lagstiftaren ansåg att 19 § köplagen skulle vara underkastad 36 § avtalslagens oskälighetströskel.

36 § avtalslagens förhållande till köplagen diskuterades också på andra ställen i köplagspropositionen. I allmänmotiveringen angavs som tendens att en uppmykning av avtalsbundenheten skett, bl.a. med åberopande av 36 § avtalslagen som exempel, vilket i sig talade för införandet av en så begränsad avbeställningsrätt som kom att uttryckas i 52 § köplagen.<sup>41</sup> Ett annat tillfälle: i specialmotiveringen till 23 § köplagen diskuterades förhållandet till 36 § avtalslagen.<sup>42</sup> Enligt 23 § 2 st. befrias säljaren från sin fullgörelseplikt när offergränsen passeras. Departementschefen konstaterade att 36 § avtalslagen visserligen är tillämplig på köpavtal, men att det knappast fanns utrymme att tillämpa bestämmelsen när säljarens fullgörelseplikt blivit betungande eftersom 23 § köplagen innebar en precisering av ramen för bedömningen. I specialmotiveringen till 45 § köplagen, som föreskriver att skäligt pris ska gälla om parterna inte avtalat om priset, gjorde lagstiftaren klart att bestämmelsen inte var tillämplig när pris avtalats, men påminde om att 36 § avtalslagen skulle kunna tillämpas på avtalat oskäligt pris.<sup>43</sup>

Kan domen ha rubbat tolkningsmaximen om att friskrivningar ska tolkas restriktivt? Det kan inte uteslutas, trots att tolkningsprocessen egentligen ska företas innan en jämkning kan komma till stånd. Det material som oskälighetsprövningen ska befatta sig med är i första hand avtalsinnehållet, och detta måste ju först fastställas innan det kan konstateras huruvida innehållet är oskäligt. Men trots denna interna systemkonflikt kan domen tolkas ge uttryck för att en sådan restriktiv tolkning inte behövs. Inom ramen för generalklausulen kan beaktas om ett avtalsvillkor är otydligt, och är så fallet är det en omständighet som talar i riktning mot oskälighet.

Kan domen innebära en mera allmän nedvärdering av tolkning till förmån för 36 § avtalslagen? En avtalsbestämmelse, som lexikaliskt leder i en oskälig riktning, behöver inte tolkas stelbent, utan med beaktande av samtliga omständigheter. Det går väl inte att utrota en sådan norm, och skulle det ändå gå är det väl inte något att eftersträva?

Så sent som 2015 valde HD att intolka en i entreprenadrätten tidigare okänd abstrakt felnorm om beställarens fog att förutsätta avsaknaden av ett

<sup>41</sup> Prop. 1988/89:76 s. 55. Se även Lagrådet, s. 230.

<sup>42</sup> Prop. 1988/89:76 s. 101.

<sup>43</sup> Prop. 1988/89:76 s. 152. Se även liknande i allmänmotiveringen, s. 58. Jfr NJA 1996 s. 663 (Metallslangen).



olämpligt bygghesultat,<sup>44</sup> NJA 2015 s. 110 (Konsumentbeställda enstegstättade fasaderna I), vilket skulle undanröja lagstiftarens önskan om ett undantag från felansvar vid s.k. utvecklingsfel.<sup>45</sup> Eftersom det i köplagen och konsumentköplagen finns en sådan felnorm, hade parterna i ljust därav i sitt standardavtal, ABS 95, enligt HD ”avtalat” om ett längre gående skydd. Lagstiftarens uttalade vilja att balansera mellan främjandet av teknisk utveckling och konsumenträttigheter på entreprenadområdet skulle därför sakna betydelse i de enskilda samtliga tiotusentals fallen, trots att det var lagstiftaren som en gång skapade både köplagen och konsumentköplagen. Om HD i det fallet skulle ha anknutit till den teoretiskt i och för sig tveksamma normen kärnegenskapsfel skulle det ha varit enklare att bortse från att det var fråga om en fiktion, eftersom alla (jurister) vet att det är fråga om en nödnorm, en slags avtalsnormskollaps. Ska fiktionerna tas bort, eller inte? Nu skapas nya fiktioner för att ta bort gamla utskällda.

Det duger enligt HD inte att åberopa ett förbehåll om att besiktningen inte ska anses ersätta köparens undersökningsplikt för att undvika ansvar om köparen eftersatt denna som en följd av besiktningföretagets förbiseende.<sup>46</sup> Jag bortser här nu från att HD i samma punkt uttalade ”om något annat inte har avtalats mellan parterna”, vilket jag dock återkommer till strax nedan. Den aktuella avtalstextens formulering var ganska vag på så vis att det inte angavs vad följderna av ett sådant förbiseende var, men tydlig på så vis att köparna uppmärksammades om existensen av undersökningsplikten och att denna alltjämt åvilar köparna. Det förekommer tydligare sådana förbehåll idag, i form av egenskapsfriskrivningar eller om de möjligen ska tolkas som omfattningsvillkor, dvs. bestämmelser av vad tjänsten går ut på.<sup>47</sup> Om det uttryckligen har avtalats att tjänsten inte går ut på att skydda köparen mot upptäckbara fel borde det lexikaliskt vara svårt att göra gällande att det förekommit fel i besiktningstjänsten. För detta talar också det centrala budskapet av ett sådant villkor: Ett visst besiktningföretag kan vilja åta sig uppdrag mot betalning, men utan att vilja åta sig ansvar.<sup>48</sup> Men HD köper alltså inte detta, vilket enligt min mening är rimligt. HD:s inställning i detta fall anknuter till

<sup>44</sup> Jfr dock Johansson S. O., Konsumenttjänstlagen. En kommentar, (databasen Zeteo, version 1 februari 2017), rubriken 9.4.1 Konsumentens befogade förväntning. Något liknande uttryck förekommer emellertid inte i kommentartexten.

<sup>45</sup> Prop. 2003/04:45, Stärkt konsumentskydd vid småhusbyggande, s. 64 ff.

<sup>46</sup> HD:s dom, p. 34.

<sup>47</sup> Jfr Johansson, JT 2015–16 s. 52, som inte vill jämställa omfattningsföreskrifter med ansvarsfriskrivningar.

<sup>48</sup> Jfr NJA 1975 s. 545 (Diffusionsspärren).

ett kärnegenskapstänkande som också 19 § köplagen och NJA 2015 s. 110 ger uttryck för, vilka uttalar normer som metodologiskt vanligen tillämpas innan 36 § avtalslagen aktualiseras. Alltså: Säljer du dricksvatten ska det gå att dricka vattnet, även om avtalsvillkoren reserverar sig mot tjänligheten. Alla kan acceptera detta som en rättslig norm. Men: HD revolterade mot dold kontroll av avtalsvillkor, men verkar själv ha nyttjat ett sådant verktyg. HD tolkade innebörden av förbehåll om att köparbeställda undersökningar inte ersätter undersökningsplikten som något annat än vad ordalydelsen gav vid handen. HD angav emellertid, i samma domskälspunkt, att parterna kan avtala om annat, dvs. att en köparbeställd besiktning inte ska syfta till att uppfylla köparens undersökningsplikt. Vad HD åsyftade med det blir oklart, eftersom det ju verkar vara det som HD menade inte skulle vara möjligt. Kanske är det ett särskilt tydlighetskrav som uppställs, dvs. ett dolt verktyg?