

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2014-01-31

**Närvarande:** F.d. justitieråden Torgny Håstad och Sten Heckscher samt justitierådet Göran Lambertz.

### **Avskaffande av den obligatoriska byggfelsförsäkringen och ny lag om färdigställandeskydd**

Enligt en lagrådsremiss den 16 januari 2014 (Socialdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om färdigställandeskydd,
2. lag om ändring i plan- och bygglagen (2010:900).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunnige Marcus Edelgård, biträdd av departementssekreteraren Lars Arell.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

### Upphävande av lagen (1993:320) om byggfelsförsäkring m.m.

Med utgångspunkt i lagrådslagen har Lagrådet ingen erinran mot detta förslag.

Lagrådet vill dock framhålla att förekomsten av fel i en entreprenad, vilka visar sig först efter entreprenadens godkännande (och omfattas av byggfelsförsäkringen), vid entreprenörens insolvens i allmänhet medför en större påfrestning på beställarens ekonomi än fel som visar sig vid slutbesiktningen (och omfattas av färdigställandeskyddet). I det första fallet har beställaren nämligen normalt betalat hela kontraktssumman. När entreprenören inte fullbordar en småhusentreprenad eller när fel visar sig redan vid slutbesiktningen, ska en konsument enligt den tvingande konsumenttjänstlagens 52 § inte ha betalat för mer än vad som utförts och fortfarande ha innehållit minst tio procent av entreprenadsumman. Konsumenten riskerar då i princip bara att förlora skillnaden mellan vad som har innehållits och det högre pris som en annan entreprenör kan komma att kräva för att fullborda entreprenaden eller avhjälpa felen. Lagrådet saknar en analys i remissen av den relativa vikten för konsumenterna av en byggfelsförsäkring, som täcker även fel som blir synbara först efter slutbesiktningen, och ett färdigställandeskydd som inte ger något skydd för sådana fel.

Remissen belyser inte heller i vad mån de andra argument som ligger till grund för förslaget om ett avskaffande av byggfelsförsäkringen är tillämpliga även på färdigställandeskyddet.

### Förslaget till lag om färdigställandeskydd

De flesta av förslagen i lagen om färdigställandeskydd överförs från den gällande lagen om byggförsäkring m.m. Det är emellertid fråga om införande av en ny lag. Lagrådet begränsar därför inte yttrandet till de ändringar som görs i sak utan lämnar även vissa påpekanden rörande lagförslaget i övrigt. Lagrådet utgår därvid från att det övergripande syftet med färdigställandeskyddet är att ge konsumenterna en säkerhet för de rättigheter de har mot entreprenörerna.

#### 5 §

Ett allmänt klagomål från konsumenthåll mot den nuvarande byggförsäkringen m.m. har enligt remissen varit att konsumenterna inte får det försäkringsskydd de har räknat med. Förslaget till 5 § i lagen om färdigställandeskydd ger förmodligen konsumenterna intrycket, när de betalar premien, att de får en säkerhet för de anspråk de kan ha mot entreprenören med anledning av dennes arbete fram till slutbesiktningen. Skyddet är emellertid långt ifrån fullständigt i detta avseende.

Genomgående i förslaget till 5 § är att skyddet enligt första stycket omfattar bara "kostnader", antingen för att slutföra arbetena eller för att avhjälpa fel eller skador. En konsument är emellertid inte alltid berättigad gentemot entreprenören till ersättning för kostnader för avhjälpande av fel. Om kostnaderna för ett avhjälpande skulle vara oproportionerliga i förhållande till nyttan, har konsumenten enligt 20 och 21 §§ konsumenttjänstlagen rätt endast till prisavdrag. Prisavdrag ingår enligt ordalydelsen dock inte i färdigställandeskyddet, och det är ovisst om en domstol skulle avvika från ordalydelsen. Förslaget till 5 § bör kompletteras med ett skydd för prisavdrag.

I första stycket 2 inskränks kostnadstäckningen till avhjälpande av fel som en besiktningsman har anmärkt på vid en slutbesiktning enligt 53 § konsumenttjänstlagen. Besiktning är emellertid inte obligatorisk enligt 53 § (se även 59 §), förmodligen därför att en besiktning medför extra kostnader för beställaren. Enligt konsumenttjänstlagen är entreprenören ansvarig även för fel som konsumenten kan styrka på annat sätt än genom slutbesiktning. Vidare ansvarar entreprenören också för fel som fanns vid avlämnandet men som en besiktningsman inte anmärkt på därför att de varit dolda, och konsumenten får reklamera t.o.m. fel som varit synliga vid slutbesiktningen inom sex månader därefter (se 60 § konsumenttjänstlagen). Lagrådet frågar sig vilka överväganden som ligger bakom att färdigställandeskyddet begränsar sig till fel som en besiktningsman anmärkt på vid en slutbesiktning. Enligt Lagrådets mening bör andra punkten kompletteras med orden "eller som näringsidkaren annars ansvarar för".

Det kan tilläggas att det varken enligt 60 § konsumenttjänstlagen eller enligt entreprenadrättsliga standardkontrakt är tillräckligt för entreprenörens ansvar att en besiktningsman antecknar något som fel i ett besiktningsprotokoll. För ansvaret förutsätts dessutom att entreprenören, och inte beställaren, är ansvarig för felet (d.v.s. att felet inte beror på beställaren, exempelvis därför att han har tagit entreprenaden i bruk före avlämnandet). Dessutom kan entreprenören bestrida ansvar inför domstol eller skiljenämnd. Bestämmelserna i 60 § konsumenttjänstlagen och motsvarande bestämmelser i standardkontrakt anger bara när en beställare *inte* får göra gällande ansvar för fel. Mot den bakgrunden kan det diskuteras om det är lämpligt att i lagförslaget skriva att färdigställandeskyddet gäller redan på grund av att besiktningsmannen betecknat något som ett fel vid en slutbesiktning. Införs orden "annars ansvarar för" (se ovan) blir detta problem möjligen löst.

I andra styckets andra mening anges att rätten till ersättning för kostnader för att avhjälpa fel eller skador på byggnaden får tas i anspråk om näringsidkaren har gått i konkurs eller av annan anledning inte "kan" fullgöra sitt åtagande. Lagförslaget är varken genom sin rubrik eller genom någon bestämmelse inskränkt till konkursfall. I den nu berörda bestämmelsen inskränks skyddet i fråga om avhjälpan dock till fall av oförmåga hos näringsidkaren. Lagrådet finner det från konsumentsynpunkt naturligt att skyddet omfattar alla situationer där konsumenten enligt konsumenttjänstlagen har rätt till ersättning från näringsidkaren för självhjälp. Orden "inte kan fullgöra" bör därför bytas till "inte fullgör".

## 6 §

Enligt 6 § får ett avtal om färdigställandeförsäkring inte innehålla villkor utöver dem som är tillåtna enligt 7 och 8 §§. Det anges inte vilken sanktionen är. I och för sig kan otillåtna villkor angripas med marknadsföringslagen och vara ogiltiga enligt 36 § avtalslagen eller 11 § konsumentavtalsvillkorlagen. Det vore emellertid mycket enklare för en konsument att hävda sin rätt om det i bestämmelsen stod att andra än tillåtna villkor är ogiltiga eller inte har verkan mot konsumenten.

## 7 §

Enligt denna paragraf ska ett avtal om färdigställandeskydd innehålla villkor som säkerställer att belopp som tas i anspråk används för att täcka sådana kostnader som avses i 5 § första stycket. Ett effektivt säkerställande kan ske om den som står för skyddet betalar en av konsumenten attesterad faktura direkt till den som har utfört arbetet. Men vad gäller om medlen i stället betalas till konsumenten, som sedan inte gottgör den som har utfört arbetet? Ska denne då ha rätt att

kräva den som ansvarar för skyddet på ny betalning? Rättsläget vid avvikelser från 7 § bör belysas. Om den som har utfört arbetet inte avses ha någon rätt mot den som står för färdigställandeskyddet, bör det övervägas om 7 § alls behövs.

## 9 §

Enligt paragrafen får ett villkor om reklamation innebära bara att en begäran om skydd enligt 5 § första stycket 1 (färdigställande) ska göras utan oskäligt dröjsmål efter det att konsumentens rätt att häva avtalet med näringsidkaren har uppkommit. Rätten att häva uppkommer så snart dröjsmålet är väsentligt (29 § konsumenttjänstlagen). Den angivna fristen medför därför att konsumenten riskerar att färdigställandeskyddet snabbt går förlorat. Enligt 26 § konsumenttjänstlagen behåller konsumenten emellertid, i enlighet med allmän kontraktsrätt, sin rätt att kräva färdigställande utan att alls behöva reklamera, när uppdraget *inte avslutats*, ända till dess att konsumenten har varit passiv orimligt länge (se NJA II 1985 s. 424 och 432). Det torde inte vara ovanligt att en konsument, trots att hävningsrätt uppkommit, under avsevärd tid uppmanar näringsidkaren att fullborda entreprenaden, innan konsumenten ger upp och häver. Denne har då fortfarande rätt att återkräva vad han har betalat utan att det motsvaras av utfört arbete, och han har också rätt till skadestånd för vad som behöver betalas till en ny entreprenör för arbetets fullbordan (23 och 31 §§ konsumenttjänstlagen).

Eftersom reklamation behövs bara om uppdraget har avslutats, d.v.s. arbetena färdigställts, och skyddet enligt 5 § första stycket 1 omfattar endast kostnader för färdigställande, strider alltså de i 9 § andra stycket första meningen ogiltigförklarade villkoren mot konsumenttjänstlagen. Anledningen är dock inte att fristen i vissa villkor skulle kunna vara för kort utan att ett krav på reklamation över huvud taget

inte är tillåtet i den berörda situationen. Lagrådet förordar att konsumenten behåller sitt färdigställandeskydd under hela den tid han eller hon i förhållande till näringsidkaren är bevarad rätten att kräva ersättning för utförande genom annan. Den behandlade meningen bör därför ersättas med en bestämmelse om att ett reklamationskrav för bibehållande av rätten till färdigställandeskydd enligt 5 § första stycket 1 är ogiltigt (utan verkan).

I andra styckets andra mening sägs att, såvitt gäller ersättning enligt 5 § första stycket 2 och 3, näringsidkaren får införa ett villkor om att begäran om ersättning ska göras inom ett år från den dag då entreprenaden godkändes vid en slutbesiktning enligt 53 § konsumenttjänstlagen. Det anses alltså angeläget att den som står för färdigställandeskyddet ska kunna bortse från framtida krav sedan ett år gått från slutbesiktningen, fastän samma skyddsgivare enligt den nu gällande byggfelsförsäkringen ansvarar under tio år och skyddsgivarna i sina remissyttranden velat behålla byggfelsförsäkringen. Lagrådet efterlyser en argumentering – när nu den byråkrati som är förenad med färdigställandeförsäkringen tillåts bli kvar – varför inte skyddet skulle kunna omfatta också fel som är dolda vid slutbesiktningen men upptäcks inom tio år. Med en sådan ändring skulle färdigställandeskyddet få en väsentlig konsumentskyddande effekt (jfr inledningen).

Det bör i detta sammanhang framhållas att orden ”såvida inte annat följer av garanti eller liknande utfästelse” i 17 och 61 §§ konsumenttjänstlagen avser endast åtaganden som går längre än tio år, eftersom ett ansvar inte kan inskränkas genom en ”garanti” eller ”utfästelse”. Det kan också framhållas att 59 § inte inskränker näringsidkarens ansvar till två år efter slutbesiktningen eller arbetets avslutande utan innehåller en legal presumtion om att fel som upptäcks inom denna tid är ursprungliga fel (jfr 21 § konsumentköplagen).

Som framgår av yttrandet över 5 § anser Lagrådet att skyddet inte ska bero av om slutbesiktning sker. Lagrådet förordar sammanfattningsvis att 9 § andra stycket får innebörden att konsumentens rätt att få ersättning ur färdigställandeförsäkringen inte ska kunna inskränkas jämfört med konsumentens rätt att kräva motsvarande sanktioner från näringsidkaren.

I anslutning till vad som nu har sagts om ansvar under tio år vill Lagrådet göra ett tillägg om s.k. utvecklingsfel. I remissen står: "Med begreppet utvecklingsfel avses i denna lagrådsremiss liksom i proposition 2003/04:45 sådana bristfälligheter som har uppstått trots att arbetet var fackmässigt när det utfördes och som därför inte kan åberopas som fel vare sig enligt konsumenttjänstlagen eller lagen om byggfelsförsäkring m.m." (s. 25 f.). I propositionen, där konsumenttjänstlagens tillämpningsområde *utan ändring av 9 §* utsträcktes till att omfatta småhusentreprenader, ställde regeringen frågan om konsumenttjänstlagen skulle ändras så att näringsidkaren skulle ansvara för utvecklingsfel. Efter en tämligen ensidig argumentering blev svaret nekande (s. 64 ff.). Regeringen förbisåg därvid att det i 9 § konsumenttjänstlagen anges att tjänsten är felaktig, inte bara om tjänsten inte har utförts fackmässigt (se 4 §) utan även om resultatet avviker från vad som därutöver *får anses* avtalat. I anslutning därtill kunde regeringen ha ställt frågan om det inte, särskilt vid en försäljning av ett nytt småhus till en konsument, kan anses avtalat att huset ska vara lämpat som bostad. Det kunde också ha observerats att Högsta domstolen i NJA 1997 s. 290 har slagit fast att ett byggbolag, som hade sålt ett nyuppfört hus tillsammans med marken, enligt 4 kap. 19 § jordabalken var ansvarigt för fukt- och mögelskador som hade uppkommit trots att huset hade byggts fackmässigt och i enlighet med byggnormer men som gjorde huset mindre lämpat som bostad. Lagrådet har svårt att förstå att det i fråga om ansvaret för ut-



vecklingsfel finns skäl att skilja mellan fallet att ett nytt hus säljs tillsammans med marken och fallet att det säljs genom ett entreprenadavtal (instämmande i remissen s. 21 m). Även om den skillnaden finns mellan å ena sidan 9 § konsumenttjänstlagen samt å andra sidan 4 kap. 19 § jordabalken och 16 § konsumentköplagen att de senare lagbestämmelserna hänvisar inte bara till vad som får anses avtalat eller följer av avtalet utan även till vad köparen med fog kunna förutsätta, borde remissen inte upprepa att gällande rätt innebär att en näringsidkare saknar ansvar för utvecklingsfel enligt konsumenttjänstlagen. Bedömningen borde åtminstone hållas öppen och hänvisning göras till kommande prejudikat av Högsta domstolen.

#### 10 §

Enligt andra punkten ska en färdigställandeförsäkring innehålla villkor om att konsumenten inte till nackdel för den som svarar för färdigställandeskyddet får avsäga sig den rätt till ersättning som tillkommer honom eller henne enligt avtal eller allmänna skadeståndsrättsliga bestämmelser.

Om avsägelsen sker innan konsumenten har uppburit ersättning från den som svarar för skyddet är det tvivelaktigt att avsägelsen sker till nackdel för denne, eftersom skyddsgivaren då knappast, trots 5 §, kan vara skyldig att utge någon ersättning. Den väsentliga förutsättningen om regressrätt enligt första punkten har då nämligen brustit.

Om avsägelsen sker efter det att konsumenten har uppburit ersättning från den som svarar för skyddet och denne enligt första punkten (och dessutom redan enligt 7 kap. 9 § försäkringsavtalslagen och allmänna regler om subrogation) har övertagit konsumentens rätt, skulle avsägelsen ändå kunna vara bindande för den som har svarat för skyddet, om entreprenören var i god tro (jfr 29 § skuldebrevslagen

och NJA 1985 s. 121). En entreprenör kan dock inte i god tro ha förbisett att konsumentens rätt kan ha övergått till någon som svarar för en normalt obligatorisk färdigställandeförsäkring.

Såväl första som andra punkten är därför troligen överflödiga. Om någon reglering behålls av pedagogiska skäl, vore det dock en förbättring om det i andra punkten angavs, i stället för vad avtalet om färdigställandeskydd ska innehålla, att en avsägelse gjord av konsumenten (sedan denne uppburit ersättning från den som svarar för skyddet i motsvarande mån) är utan verkan för skyddsgivarens regressrätt. Därmed skulle godtrosfrågan enligt 29 § skuldebrevslagen bli betydelselös.

#### 11 §

I denna paragraf anges att den som svarar för färdigställandeskyddet och den som har anskaffat det inte får, efter det att ett avtal om färdigställandeskydd har ingåtts, träffa nytt avtal som medför att villkoren inte längre uppfyller kraven på ett färdigställandeskydds innehåll enligt denna lag. Anskaffandet kan ha skett av antingen konsumenten eller näringsidkaren (entreprenören). Om skyddet har anskaffats av näringsidkaren för konsumentens räkning, vilken sedan debiterat konsumenten inom ramen för kontraktssumman, torde det följa av allmänna regler om kommission eller tredjemansavtal att näringsidkaren inte kan efterge konsumentens rätt. Den föreslagna bestämmelsen verkar alltså i denna del vara överflödig. Men regleringen kan ändå fylla en upplysningsfunktion. För att denna funktion ska bli ännu bättre bör orden "får ... inte" bytas mot "är ogiltigt/utan verkan mot konsumenten" (jfr ovan beträffande 6 §).

### Ikraftträdandebestämmelserna

Enligt punkt 2 ska den upphävda lagen om byggförsäkring m.m. fortfarande gälla för mål och ärenden om färdigställandeskydd som har påbörjats före den 1 juni 2014 ”och mål och ärenden som avser överklagande av beslut i ett sådant mål eller ärende till dess målet eller ärendet är slutligt avgjort”. Det avslutande tillägget framstår som överflödigt.

### Övrigt

Lagen innehåller inte någon regel om att färdigställandeskyddet gäller mot den som köpt konsumentens rätt mot entreprenören eller huset. Som sägs i remissen (s. 13 ö) fanns en sådan regel i byggförsäkringen. Det remitterade förslaget borde kompletteras med en sådan bestämmelse, så att konsumenten vid en överlåtelse får full valuta för sin premiebetalning.

### Sammanfattning

Lagrådet finner att det remitterade förslaget om färdigställandeskydd har sådana brister att det inte bör genomföras utan en väsentlig omarbetning.