



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Sjöström Bjälkander

Felavhjälpande vid en totalentreprenad

Om ansvarsfördelningen avseende felavhjälpande vid en totalentreprenad med
ABT som avtalsinnehåll

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Termin för examen: Period 1 HT2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	5
1.3 Frågeställningar	5
1.4 Avgränsningar	6
1.5 Metod och material	7
1.5.1 Inledning	7
1.5.2 Den rättsdogmatiska metoden	7
1.5.3 Entreprenadrättens rättskällor	9
1.5.3.1 Allmänt	9
1.5.3.2 Kort om entreprenadrättens särdrag	9
1.5.3.3 Lagregler	11
1.5.3.4 Rättspraxis	12
1.5.3.5 Förarbeten	13
1.5.3.6 Juridisk litteratur	13
1.5.3.7 Entreprenadavtalets ställning som rättskälla	14
1.5.3.8 Motiven till entreprenadavtal	15
1.5.3.9 Allmänna rättsprinciper	15
1.6 Några centrala begrepp	16
1.7 Disposition	18
2 UTFYLLNAD AV ENTREPRENADAVTAL	20
2.1 Inledning	20

2.2	Tolkning av entreprenadavtal	21
2.3	HD:s tolkning av entreprenadavtal	23
2.3.1	Inledning	23
2.3.2	HD:s fastställande av innehållet i dispositiv rätt	24
2.3.3	Entreprenadavtal och tolkning i ljuset av dispositiv rätt	29
2.3.4	HD:s beaktande av entreprenadavtalets särdrag och en övergripande rimlighetsbedömning	30
2.4	Sammanfattande analys	33
2.4.1	Inledning	33
2.4.2	Tolkning av entreprenadavtal	33
2.4.3	Fastställandet av den dispositiva utfyllande rätten	34
2.4.4	Beaktandet av entreprenadavtalets särdrag	35
2.4.5	Slutsats	35
3	ENTREPRENADAVTALET OCH KÖPLAGEN	37
3.1	Inledning	37
3.2	Köplagen och entreprenadavtalet	37
3.3	Analog tolkning	41
3.4	Sammanfattande analys	43
3.4.1	Likheter och skillnader	43
3.4.2	Analog tolkning	43
3.4.3	Slutsats	45
4	ANSVAR FÖR FELAVHJÄLPANDE VID EN TOTALENTREPRENAD	46
4.1	Inledning	46
4.2	Totalentreprenadens omfattning	46
4.3	Utförandeansvar och funktionsansvar	48
4.4	Ansvar för entreprenadhandlingar	49
4.5	Styrd totalentreprenad med en aktiv beställare	51

4.6	Ansvar för felavhjälpande	53
4.7	Sammanfattande analys	55
4.7.1	Omfattningen och ansvaret för totalentreprenaden	55
4.7.2	Ansvar att avhjälpa fel	56
4.7.3	Omfattningen av felavhjälpande-skyldigheten	58
4.7.4	Slutsats	59
5	ANSVAR FÖR FELAVHJÄLPANDE ENLIGT DISPOSITIV	
	RÄTT OCH KONSUMENTTJÄNSTLAGEN	60
5.1	Inledning	60
5.2	Ansvar för felavhjälpande enligt köplagen	61
5.3	Konsumenttjänstlagen	63
5.4	Kommissionslagen	65
5.5	Allmänna rättsprinciper	67
5.5.1	Entreprenadavtalet och allmänna rättsprinciper	67
5.5.2	Innebörden av allmänna rättsprinciper	67
5.6	Ansvar för felavhjälpande enligt rättspraxis	69
5.6.1	Beställarens ansvar för fel	69
5.6.2	Entreprenörens ansvar för fel	70
5.6.3	Felavhjälpandets omfattning	71
5.7	Sammanfattande analys	73
5.7.1	Den dispositiva rätten	73
5.7.2	Felavhjälpandets omfattning	74
5.7.3	Kan ledning hämtas från den dispositiva rätten?	75
5.7.4	Slutsats	77
6	AVSLUTANDE ANALYS	79
6.1	Inledning	79
6.2	Felavhjälpandets omfattning och entreprenadavtalets särdrag	80
6.3	Ansvar för felavhjälpande i framtiden	83

6.4 Slutsats	85
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	86
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	90

Summary

The scope of the obligation to make good defects in the Swedish standard construction contract ABT 06, does not appear in the provisions of the contract. It is also not clear if there are any limitations on the financial responsibility for making good defects. In a case from 2018 (NJA 2018 p. 653), the Swedish Supreme Court found, with the help of contractual interpretation, that the contractor was liable to pay for making good defects, despite the fact that the costs related to work outside the contract. The main purpose of this thesis is thus to investigate, by means of a legal dogmatic method, the responsibility between the contractor and the client regarding the costs of making good defects.

The Supreme Court has elaborated an interpretation method through its decisions on how a standard construction contract should be interpreted if it is incomplete. The Court has ruled that guidance can be taken from optional law, with a particular interest in the Sale of Goods Act and general legal principles, as a part of the interpretation. However, the standard construction contract has attributes that are expected to be given room within the interpretation. The external framework for how broad an interpretation can be is when the feature of the construction contract is breached or when a supplementary rule fits poorly into a constructional context.

Regarding the scope of the obligation to make good defects according to optional law, it appears that the obligation to make good is considered to include, in addition to the defect itself, direct and necessary costs in connection with the defect in order to obtain a contractual performance. There is therefore much reason to believe that there is a general principle of law that the duty to make good defects can cover more than just the defect as such. Namely direct and necessary costs, with the underlying purpose that the client has the right to have the contract in contractual condition.

Sammanfattning

Omfattningen av felavhjälpandeskyldigheten i ABT 06, det entreprenadavtal som reglerar totalentreprenader, framkommer inte av bestämmelserna i ABT 06. Det framkommer inte heller om det finns någon begränsning av det ekonomiska ansvaret för avhjälpande. I ett fall från 2018 (NJA 2018 s. 653) konstaterade HD, med hjälp av avtalstolkning, att entreprenören var skyldig att svara för kostnader i samband med felavhjälpande trots att avhjälpandekostnaderna avsåg arbeten som låg utanför entreprenaden. Det huvudsakliga syftet med denna uppsats är därmed att utreda, med hjälp av en rättsdogmatisk metod, ansvarsfördelningen mellan entreprenör och beställare avseende kostnaderna för felavhjälpande vid en totalentreprenad.

HD har arbetat fram en tolkningsmetod genom sina avgöranden för hur ett entreprenadavtal ska tolkas om det är ofullständigt. Domstolen har fastslagit att ledning kan hämtas från den dispositiva rätten, med ett särskilt intresse för köplagen och allmänna rättsprinciper, som ett led i tolkningen. Entreprenadavtalet har dock särdrag som förväntas få utrymme vid avtalstolkningen. De yttre ramarna för hur vidsträckt en tolkning kan vara är när entreprenadavtalets särdrag åsidosätts eller när en utfyllande regel passar mindre bra in i ett entreprenadsammanhang.

Angående felavhjälpandebegreppets omfattning enligt dispositiv rätt framkommer det att avhjälpandeskyldigheten anses innefatta, förutom avhjälpandet av själva felet, direkta och nödvändiga kostnader i samband med felavhjälpandet i syfte att få en avtalsenlig prestation. Mycket talar därför för att det råder en allmän rättsprincip om att felavhjälpandeskyldigheten kan omfatta mer än bara felet som sådant, nämligen direkta och nödvändiga kostnader, med det bakomliggande syftet att beställaren har rätt att få entreprenaden i avtalsenligt skick.

Förkortningar

AB 04	Allmänna bestämmelser för byggnads; anläggnings- och installationsentreprenader AB 04.
AB 65	Allmänna bestämmelser för byggnads; anläggnings- och installationsentreprenader AB 65
AB 75	Allmänna bestämmelser för byggnads; anläggnings- och installationsentreprenader AB 75
AB 92	Allmänna bestämmelser för byggnads; anläggnings- och installationsentreprenader AB 92
ABM 07	Allmänna bestämmelser för köp av varor i yrkesmässig byggverksamhet ABM 07
ABT 06	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads; anläggnings- och installationsarbeten ABT 06
ABT 94	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads; anläggnings- och installationsarbeten ABT 94
BKK	Föreningen Byggandets Kontraktskommitté
De ingjutna rören	NJA 2018 s. 653
HD	Högsta domstolen
Kommissionslagen	Kommissionslagen (2009:865)
Konsumenttjänstlagen	Konsumenttjänstlag (1985:716)
Köplagen	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Entreprenader innebär ofta omfattande och komplicerade arbeten som dessutom kräver stora summor pengar. Entreprenader omfattas inte av någon lagreglering och i köplagen undantas entreprenader från lagens tillämpningsområde. Därutöver finns det inga andra specialregleringar som omfattar entreprenadavtalet.¹ Istället regleras merparten av entreprenaderna av ett antal standardbestämmelser, Allmänna bestämmelser och andra standardkontrakt för byggsektorn (AB), som är utarbetade av Byggandets Kontraktskommitté (BKK).²

Entreprenadrätt är i allra högsta grad ett aktuellt ämne eftersom den utvecklas snabbt genom att Högsta domstolen (hädanefter: HD) dömer i allt fler entreprenadvister.³ Ett nytt fall från 2018⁴ väckte mitt intresse för att skriva om felavhjälpande vid totalentreprenader. Utfallet i rättsfallet blev att entreprenören fick betala avhjälpandekostnader för beställarens räkning för sådana arbeten som låg utanför själva entreprenaden. Rättsfallet gjorde mig intresserad av hur felavhjälpande är reglerat vid en totalentreprenad och vad det här avgörandet kan komma att få för konsekvenser för beställare och entreprenörer i framtiden.

¹ § 2 st. 1 men. 2 köplagen och Samuelsson, Per, *AB 04: en kommentar*, Upplaga 1, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016, (hädanefter: Samuelsson, 2016), s. 19 f.

² Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09*, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2010, (hädanefter: Hedberg, 2010), s. 15.

³ Se exempelvis; NJA 2018 s. 653, NJA 2015 s. 862, NJA 2015 s. 110 och NJA 2014 s. 960.

⁴ NJA 2018 s. 653.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att utreda ansvarsfördelningen mellan entreprenör och beställare avseende kostnaderna för felavhjälpande vid en totalentreprenad. Som framgått inledningsvis konstaterade HD i ett rättsfall från 2018, med hjälp av avtalstolkning, att entreprenören var skyldig att svara för kostnader i samband med felavhjälpande trots att avhjälpandekostnaderna avsåg arbeten som låg utanför entreprenaden. Enligt min mening är det intressant att undersöka vad det här rättsfallet kommer att betyda för ansvarsfördelningen mellan beställare och entreprenör vid felavhjälpande i den svenska entreprenadrätten i framtiden. Vidare är syftet att undersöka hur ansvarsfördelningen förändras vid en totalentreprenad när beställaren är aktiv och föreskriver egna tekniska lösningar. Uppsatsens syfte är även att undersöka tolkningsmöjligheterna av entreprenadavtal med beaktande av entreprenadavtalets särdrag.

1.3 Frågeställningar

För att uppnå uppsatsens syften ska följande frågeställningar besvaras:

- Inom vilka ramar kan ett entreprenadavtal tolkas och fyllas ut med hjälp av dispositiv rätt när avtalet är ofullständigt?
- Med utgångspunkt i NJA 2018 s. 653 (De ingjutna rören), vad innebär omfattningen av felavhjälpandeskyldigheten vid en totalentreprenad för beställaren och entreprenören?
- Förändras ansvarsfördelningen i en totalentreprenad med en aktiv beställare och i sådant fall, vilka konsekvenser får detta?
- Kan köplagen eller annan dispositiv rätt ge ledning vid fastställandet av felavhjälpandebegreppets omfattning vid en totalentreprenad?

1.4 Avgränsningar

Uppsatsens syfte är att utreda ansvaret för felavhjälpan av totalentreprenader reglerade av entreprenadavtal. Därför kommer uppsatsen att fokusera på tolkning av entreprenadavtal och inte allmänt om avtalstolkning. Det innebär att uppsatsen kommer att fokusera på de delar av avtalstolkningen som urskiljer entreprenadavtalet från andra avtalstyper.

Vidare avgränsas uppsatsen till svenska rättskällor. I De ingjutna rören konstaterade HD dock att hänsyn kan tas till entreprenadrätten i de nordiska grannländerna vid fastställandet av den dispositiva entreprenadrätten.⁵ Därmed hade en utblick till den nordiska entreprenadrätten varit intressant i denna uppsats. Men p.g.a. utrymmesskäl och uppsatsens syfte, som inte är att utföra en komparativ undersökning, kommer den nordiska entreprenadrätten inte att undersökas.

Uppsatsen utreder kommersiella entreprenadförhållanden som är reglerade i ett entreprenadavtal. Det innebär att samtliga parter i entreprenaden är näringsidkare. Entreprenadförhållanden där en konsument är part kommer därmed inte att behandlas.

Uppsatsens syfte är att utreda ansvarsfördelningen avseende felavhjälpan. Vid utredningen råder det därmed en utgångspunkt att det är fastställt att fel föreligger i entreprenaden. Därmed kommer själva felbegreppet inte att behandlas i uppsatsen.

⁵ NJA 2018 s. 653 p. 37-38 och p. 40.

1.5 Metod och material

1.5.1 Inledning

För att uppnå uppsatsens syften använder jag mig av en rättsdogmatisk metod. I följande kapitel ska det redovisas för vad den rättsdogmatiska metoden innebär och vad den förväntas bidra med till uppsatsen. Vidare kommer det att redovisas för vilka rättskällor som är relevanta för att besvara mina frågeställningar.

1.5.2 Den rättsdogmatiska metoden

Den rättsdogmatiska metoden är en metod för att utreda och systematisera rättsreglernas innebörd eller att utreda ett rättsligt problem genom att tillämpa en gällande rättsregel.⁶ Enligt Jareborg är rättsdogmatikens syfte att göra en rekonstruktion av ett rättssystem. På det sättet skapar rättsdogmatiken ett system för lagar och domar som gör att de får en mening i rättsordningen. Rättsdogmatiken är även nödvändig för en rättssäker rättsordning eftersom metoden möjliggör för ett kritiskt förhållningssätt gentemot rättskällorna.⁷ Enligt samma författare kan rättsdogmatiken ses mer som en analys med ett vetenskapligt syfte än som en vetenskaplig metod.⁸

Gemensamt för uppfattningen om den rättsdogmatiska metoden är användandet av de allmänt accepterade rättskällorna för att söka svar. Rättskällorna i svensk rätt är t.ex. lagar, rättspraxis, förarbeten och juridisk

⁶ Se Kleiman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, 2:a kap. Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018, (hädanefter: Kelineman, 2018), s. 21 och Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, Tionde upplagan, Iusté, Uppsala, 2018, (hädanefter: Lehrberg, 2018), s. 207.

⁷ Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, (hädanefter: Jareborg, 2004), s. 4 f.

⁸ Jareborg, 2004, s. 8.

litteratur.⁹ De olika rättskällorna har en inbördes hierarki. Enligt Lehrberg saknar exempelvis den juridiska litteraturen auktoritet som rättskälla utan kan snarare ses som ett komplement till den juridiska diskussionen.¹⁰ Lehrberg delar även in rättskällorna i auktoritativa och supplerande. Auktoritativa rättskällor är först och främst lagstiftning som har högst rang i rättskällornas inbördes hierarki. Därefter kommer Högsta domstolens avgöranden, så kallade prejudikat. Prejudikat väger tungt som rättskälla p.g.a. domstolarnas benägenhet att följa dem. Därefter kommer lagförarbeten som har lägst rang av de auktoritativa rättskällorna. De auktoritativa rättskällorna är mer eller mindre bindande för domstolarna att följa vid rättstillämpningen. Det är ett viktigt inslag för upprätthållandet av förutsebarheten i rättssamhället.¹¹ De supplerande rättskällorna består av juridisk litteratur men även handelsbruk och sedvänja kan räknas hit. Att rättskällorna är supplerande betyder att de inte har någon självständig auktoritet.¹²

Det är viktigt att komma ihåg att rättsdogmatiken är just en juridisk analys och ett tillvägagångssätt att utreda ett juridiskt problem på. Först måste man fastställa vilka generella rättsregler som är tillämpliga på det juridiska problemet. Därefter förklara rättsreglerna och varför de är relevanta i situationen och hur de ska tillämpas.¹³

Eftersom entreprenader inte omfattas av några lagar är entreprenadrättsens brist på rättskällor viktigt att särskilt beakta. P.g.a. bristen på rättskällor formas den kommersiella entreprenadrätten främst av de standardbestämmelser som finns på området. Därmed ska innehållet av de Allmänna bestämmelserna som är standardavtal inom entreprenadrätten studeras. Särskilt relevant är ABT 06 som reglerar totalentreprenader. Därutöver har

⁹ Kleineman, 2018, s. 21 och Jareborg, 2004, s. 8.

¹⁰ Lehrberg, 2018, s. 209.

¹¹ Lehrberg, 2018, s. 108 f. och s. 169.

¹² Lehrberg, 2018, s. 110 f.

¹³ Kleineman, 2018, s. 30.

HD avkunnat flera avgöranden på entreprenadrättens område. Dessutom finns det en del litteratur rörande entreprenadavtalet. Både rättspraxis och juridisk litteratur utgör rättskällor enligt rättskälleläran. Innehållet av den dispositiva entreprenadrätten behöver även fastställas för att besvara mina frågeställningar. Exakt vad som utgör innehållet i den dispositiva entreprenadrätten är inte klarlagt. Därför får ledning hämtas från dispositiv rätt för närliggande avtalstyper och allmänna rättsprinciper för att fastställa innebörden av den dispositiva entreprenadrätten.¹⁴ En mer ingående redogörelse för entreprenadrättens rättskällor lämnas i det följande.

1.5.3 Entreprenadrättens rättskällor

1.5.3.1 Allmänt

Rättsdogmatiken utgår från rättskällorna vid besvarandet av ett rättsligt problem. Därför är det viktigt att utreda vilka rättskällor som är relevanta för entreprenadrätten, de Allmänna bestämmelsernas status som rättskällor och rättskällornas inbördes hierarki i förhållande till varandra. I följande kapitel kommer entreprenadrättens rättskällor därför att diskuteras.

Innan entreprenadrättens rättskällor studeras mer ingående ska jag i följande avsnitt övergripande förklara entreprenadrättens särdrag för att ge läsaren en bättre förståelse för entreprenadrätten.

1.5.3.2 Kort om entreprenadrättens särdrag

Eftersom det saknas lagreglering på entreprenadrättens område är merparten av entreprenaderna reglerade av Allmänna bestämmelser som är ett antal standardbestämmelser utarbetade av BKK. Syftet med de Allmänna bestämmelserna är att tillhandahålla standardavtal innehållande detalj-

¹⁴ NJA 2018 s. 653 p. 21.

föreskrifter som kan användas för alla typer av entreprenader.¹⁵ Eftersom standardavtalen är utarbetade av föreningen BKK innehåller de ofta kompromisser mellan de olika branschorganisationerna som varit närvarande vid avtalsförhandlingarna.¹⁶

Vidare karaktäriseras entreprenadavtalet av att det är själva utförandet av entreprenaden som står i fokus. Entreprenören utför en arbetsprestation åt beställaren och arbetar självständigt med stort eget ansvar i förhållande till uppdragsgivaren. Ett entreprenaduppdrag syftar ofta till att uppföra eller ändra en byggnad eller andra anläggningar på fast mark.¹⁷ Prestationen skiljer sig från t.ex. ett köp enligt köplagen där överförandet av själva äganderätten av en lös sak samt motprestationen i form av t.ex. betalning står i centrum.¹⁸ Därutöver bygger entreprenadavtalet på att en rimlig balans mellan beställare och entreprenör uppnås när det gäller riskfördelningen. I entreprenadavtalet ska det därför vara förutsebart hur riskerna är fördelade mellan parterna.¹⁹

Andra aspekter som bidrar till entreprenadavtalets särdrag är byggandets tidskrävande natur och att avtalet ofta omfattar komplicerade, långsiktiga och omfattande arbeten med många inblandade parter. Det bidrar till att entreprenadavtalet ofta löper under en lång tid och att flera olika parter är beroende av varandra för att nå ett bra resultat.²⁰ Ett annat exempel på att entreprenadavtalet skiljer sig från andra avtal är ansvarsfrågan. Vid ett traditionellt köp går risken över från säljaren till köparen vid avlämnandet av varan.²¹ Vid entreprenader blir detta ett problem eftersom entreprenören ofta

¹⁵ Hedberg, 2010, s. 15.

¹⁶ Samuelsson, 2016, s. 20.

¹⁷ Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper 1: gåva, hyra av lös sak, lån, förvaring, entreprenadavtal, avtal om arbete på lös sak, syslomansavtal och andra uppdrag*, 2. uppl., Norstedt, Stockholm, 1976, (hädanefter: Bengtsson, 1976), s. 103.

¹⁸ Se §§ 6-9 och §§ 45-49 köplagen.

¹⁹ NJA 2018 s. 653 p. 25 och p. 44.

²⁰ NJA 2013 s. 271 p. 7.

²¹ Se § 13 köplagen.

utför sina arbeten på beställarens mark. Vid en entreprenad står entreprenören istället för risken och ansvaret för allt som omfattas av entreprenaden, som inte beställaren har orsakat, fram tills ett juridisk överlämnande har skett i form av en slutbesiktning.²²

En annan faktor som bidrar till entreprenadavtalets särdrag är att entreprenadtvister ofta avgörs genom skiljeförfanden. Det innebär att många entreprenadrättsliga tvister inte har blivit offentliga. På senare tid har det dock skett en förändring och allt fler entreprenadtvister löses vid allmänna domstolar. Det har resulterat i fler avgöranden från HD inom ämnet sedan cirka 15 år tillbaka.²³

1.5.3.3 Lagregler

I avsaknaden av lagreglering finns det anledning att studera dispositiv rätt som kan inverka på entreprenadrätten. Då ska ledning sökas i allmänna rättsprinciper och i regler som gäller för avtalstyper som är närliggande entreprenadavtalet.²⁴ HD har slagit fast under vilka förutsättningar analog tolkning av dispositiv rätt kan ske vid entreprenadrättsliga tvister. Möjligheten till avtalstolkning ska behandlas mer ingående i kapitel 2.

Även konsumenttjänstlagen som tvingande lagstiftning kan få betydelse för tolkning och utfyllning av entreprenadavtal. Uppsatsen omfattar inte entreprenadavtal där en konsument är part men konsumenttjänstlagen kan ändå få betydelse i sammanhanget vid analog tillämpning på entreprenadavtalet utanför sitt eget tillämpningsområde. Det ska dock observeras att när

²² Bengtsson, 1976, s. 113 f.

²³ Ingvarson, Anders och Utterström, Marcus, *Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum*, SvJT 2015, (hädanefter: Ingvarson och Utterström, 2015b), s. 259.

²⁴ Se t.ex. HD:s argumentation i NJA 2018 s. 653 p. 21.

tvingande lagstiftning tillämpas analogt utanför sitt eget tillämpningsområde får lagstiftningen status som dispositiv rätt och inte tvingande rätt.²⁵

Att göra en analog tolkning av en lag innebär att man använder lagregler, exempelvis köplagen, utanför sitt direkta tillämpningsområde för att precisera innebörden av en rättsregels rekvisit.²⁶ En analogi betyder att avtalstydaren försöker hitta ledning i andra lagar eller avtalstyper som är närliggande entreprenadavtalet i syfte precisera när avtalet är oklart. Ett sådant exempel är den allmänna köplagen och allmänna rättsprinciper.²⁷ Enligt Samuelsson är det mindre lämpligt att tillämpa köplagen analogt vid entreprenadvister p.g.a. entreprenadrättens särdrag.²⁸

En utförligare undersökning om tillämpligheten av analog tolkning vid avtalstolkning av ett entreprenadavtal presenteras i kapitel 3 och 5.

1.5.3.4 Rättspraxis

Rättspraxis som på senare tid har utarbetats av HD inom entreprenadrättens område är viktig för att besvara uppsatsens frågeställningar. HD har under senare tid tagit sig an allt fler entreprenadmål och därmed även tagit ställning i hur entreprenadavtal ska tolkas.²⁹ Historiskt har det dock sett annorlunda ut och de flesta entreprenadvister har avgjorts genom skiljeförfaranden som inte är offentliga. Därför är antalet domar meddelat av HD gällande entreprenadvister begränsat.³⁰ Vidare ska det poängteras att det inte är alla av HD:s domar som är vägledande för rättsfrågan. Enligt Lehrberg är det tyngden av

²⁵ Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, Nionde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018, (hädanefter: Bernitz, 2018), s. 134.

²⁶ Lehrberg, 2018, s. 148 f.

²⁷ Bernitz, 2018, s. 103 ff.

²⁸ Samuelsson, 2016, s. 19.

²⁹ Se t.ex.: NJA 2014 s. 960 punkt. 22–24, NJA 2015 s. 862 punkt 12 och NJA 2018 s. 653 punkt 19–21.

³⁰ Ingvarson och Utterström, 2015b, s. 259.

de skäl som angetts till domslutets motivering som avgör vilken betydelse domen har som prejudikat.³¹

HD:s domar spelar en särskilt stor roll vid utredandet av möjligheten till avtalstolkning och utfyllning av entreprenadavtal enligt min första frågeställning. P.g.a. att kvaliteten på HD:s prejudikat kan skifta eftersträvar jag ett kritiskt förhållningssätt vid användandet av HD:s domar.

1.5.3.5 Förarbeten

Eftersom det saknas lagstiftning på entreprenadrättens område, finns det heller inte några lagförarbeten att tillgå. Däremot kan förarbeten till dispositiv rätt med närliggande karaktär till entreprenadavtalet få betydelse. I uppsatsen undersöks exempelvis propositioner till konsumenttjänstlagen och köplagen. Vilken ställning förarbeten har som rättskälla är inte klarlagt. Enligt Kleineman kan dock ett uttalande i ett förarbete inte ensamt avgöra hur en viss rättsregel ska förstås.³²

1.5.3.6 Juridisk litteratur

Som tidigare nämnt är den juridiska litteraturen inte en auktoritativ rättskälla och har därmed ingen självständig auktoritet. Lehrberg menar dock att man inte bör underskatta den juridiska litteraturens betydelse då den i praktiken kan få stor betydelse då den bidrar till den juridiska diskussionen. Det är däremot inte all juridisk litteratur som erhåller status som betydelsefull utan boken i fråga måste exempelvis vara tillförlitlig och erbjuda bra juridiska lösningar. Detta medför att den juridiska litteraturen alltid ska användas med försiktighet och studeras med ett kritiskt förhållningssätt.³³

³¹ Lehrberg, 2018, s. 177.

³² Kleineman, 2018, s. 28 f.

³³ Lehrberg, 2018, s. 209.

När det kommer till de Allmänna bestämmelserna, de standardavtal som oftast används vid entreprenadavtal, finns det en del juridisk litteratur som kan vara av intresse. P.g.a. avsaknaden av lagregleringar får den juridiska litteraturen en framträdande roll inom entreprenadrätten. Dock behandlar den aktuella litteraturen oftast standardavtalet AB 04 om utförandeentreprenader och inte ABT 06 om totalentreprenader, som den här uppsatsen fokuserar på. De båda avtalen är emellertid nästintill identiska med den skillnaden att ABT 06 innehåller bestämmelser som är mer inriktade på entreprenörens funktionsansvar och på att säkerställa beställarens funktionskrav. ABT 06 som reglerar totalentreprenader, har förutom några bestämmelser som fokuserar mer på entreprenörens funktionsansvar, stora likheter med AB 04 som reglerar utförandeentreprenader. Därmed är juridisk litteratur som enbart behandlar AB 04 relevant att undersöka för att uppnå mitt syfte.³⁴ I uppsatsen används exempelvis Per Samuelssons bok; *AB 04 : En kommentar*, samt Per Ossmer och Magnus Wollsséns bok; *Totalentreprenader och ABT 06: några kommentarer*.

1.5.3.7 Entreprenadavtalets ställning som rättskälla

Det råder delade meningar inom doktrinen avseende vilken ställning som rättskälla entreprenadavtalet ska anses ha.³⁵ Enligt Lehrberg utgör standardavtal, såsom ett entreprenadavtal, inte en rättskälla eftersom det är ett avtal som endast är bindande för parterna och måste därmed åberopas och bevisas för att beaktas vid en domstol. Lehrberg menar dock att standardavtal kan få betydelse även i fall då standardavtal inte är avtalat mellan parterna. Då kan standardavtalen ersätta dispositiva regler och utgöra rätts-tillämpningsfakta som får betydelse vid domstolsavgöranden. I sådana fall får

³⁴ Hedberg, 2010, s. 189.

³⁵ Se exempelvis Lehrberg, 2018, s. 226, Samuelsson, 2016, s. 40 och Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, Elfte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2019, (hädanefter: Ramberg och Ramberg, 2019), s. 173 f.

standardavtalen status som handelsbruk eller sedvänja.³⁶ Enligt Samuelsson utgör entreprenadavtalet inte handelsbruk i den mening att det kan konkurrera med dispositiv rätt. Även Bernitz och Ramberg ansluter sig till i huvudsak samma uppfattning.³⁷ I den här uppsatsen utgår jag från förhållningssättet att entreprenadavtalet inte utgör en rättskälla.

1.5.3.8 Motiven till entreprenadavtal

Till entreprenadrättens tidigare versioner av standardavtalet AB 04 finns det motiv utarbetade av BKK som kan liknas vid förarbeten till en lag.³⁸ Motiven speglar hur de inblandade parterna har resonerat vid författandet av de Allmänna bestämmelserna. Tidigare i historien har motiven till standardbestämmelserna spelat en stor roll men numera ska motiven inte tillmätas någon större betydelse. Skälet till det är att de ofta inte är genomarbetade tillräckligt noga och att de ofta har utarbetats av enskilda parter eller branschorganisationer som har särskilda egenintressen att tillvarata i motiven.³⁹

1.5.3.9 Allmänna rättsprinciper

Allmänna rättsprinciper är också rättskällor som kan få betydelse när ett entreprenadrättsligt problem ska lösas. Allmänna rättsprinciper är rättskällor som kan hittas på två eller flera olika rättsområden vilket medför att deras innebörd blir gällande och kan tillämpas i oreglerade fall. Rättsprinciperna kan identifieras med hjälp av lagar, rättspraxis och juridisk litteratur.⁴⁰ På entreprenadrättens område har HD konstaterat att allmänna rättsprinciper,

³⁶ Lehrberg, 2018, s. 225 ff.

³⁷ Samuelsson, 2016, s. 40, Ramberg och Ramberg, 2019, s. 173 f. och Bernitz, 2018, s. 60.

³⁸ T.ex. till AB 65 och AB 75.

³⁹ Ingvarson och Utterström, 2015b, s. 260.

⁴⁰ Lehrberg, 2018, s. 149 f.

särskilt de som kommer till uttryck i köplagen, kan få betydelse genom att entreprenadavtalet tolkas i ljuset av dem.⁴¹

En mer ingående redogörelse för allmänna rättsprincipers betydelse för entreprenadavtalet kommer att presenteras i kapitel 5.

1.6 Några centrala begrepp

För att läsaren ska få en större förståelse för entreprenadavtalet och entreprenadrätten kommer några centrala begrepp som förekommer i uppsatsen att förklaras nedan.

Ett begrepp som återkommer i uppsatsen är *entreprenadavtal*. Ett entreprenadavtal är ett avtal om uppförande av byggnad eller annan anläggning på fast mark. Vid ett entreprenadavtal finns det två huvudsakliga parter, beställare och entreprenör. Beställaren är den part som ger i uppdrag åt entreprenören att utföra entreprenadarbeten mot ersättning.⁴² Som tidigare nämnt regleras entreprenadavtal ofta av de Allmänna bestämmelserna, exempelvis ABT 06 som reglerar totalentreprenader. De Allmänna bestämmelserna är så kallade agreed documents. Det betyder att de är framarbetade genom kompromisser och förhandlingar mellan olika branschorganisationer inom föreningen BKK. Syftet med det är att tillvarata de olika parternas intressen och skapa en rimlig balans mellan parterna genom att bl.a. främja en optimal riskfördelning dem emellan och att främja en sund kostnadseffektivitet.⁴³

⁴¹ Se t.ex. NJA 2014 s. 960, p. 24 och NJA 2018 s. 653 p. 21.

⁴² Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden*, Karnov Group, Stockholm, 2011, (hädanefter: Samuelsson, 2011), s. 17.

⁴³ Ingvarson och Utterström, 2015b, s. 260 och BKK, <http://foreningenbkk.se/verksamhet/>, hämtad: 2019-09-27.

I uppsatsen använder jag mig av begreppet *entreprenadrätt* för att beskriva den juridik som omfattar entreprenadavtalet. Enligt Samuelsson går det dock inte att tala om entreprenadrätt såsom ett särskilt rättsområde eftersom entreprenadavtalet inte är en självständig avtalstyp.⁴⁴ Huruvida entreprenadrätten utgör ett eget rättsområde kommer jag inte att beröra mer i uppsatsen.

Vid en *totalentreprenad* är det entreprenören som ansvarar både för själva projekteringen, t.ex. tekniska lösningar och i övrigt det förberedelse- och utredningsarbete som behövs inför en entreprenad, och för utförandet av entreprenaden. Därefter har entreprenören ett funktionsansvar för entreprenaden som innebär att entreprenaden ska motsvara beställarens angivna funktionskrav.⁴⁵

Vid en *utförandeentreprenad* är det beställaren som ansvarar för att framställa alla handlingar som beskriver hur entreprenaden ska se ut och sedan är det entreprenören som ansvarar för själva utförandet av entreprenaden. Det innebär att entreprenören enbart ansvarar för det utförda arbetet. Dock är det vanligt att de olika entreprenadformerna beblandas med varandra och att de båda två används vid större projekt.⁴⁶

En *totalentreprenad* skiljer sig från en *utförandeentreprenad* eftersom entreprenören ansvarar både för att ta fram alla entreprenadhandlingar och tekniska lösningar och, även, för själva utförandet av entreprenaden. Skillnaden är att entreprenörens åtagande är mer omfattande i en totalentreprenad. Det innebär även ett utökat ansvar som inte enbart omfattar utförandet utan även ett funktionsansvar. Ett funktionsansvar innebär att

⁴⁴ Samuelsson, 2011, s. 47.

⁴⁵ Deli, Robert, *Kommersiella entreprenadavtal i praktiken*, Utgåva 2, Svensk Byggtjänst, Stockholm, 2017, (hädanefter: Deli, 2017), s. 20 ff.

⁴⁶ Deli, 2017, s. 20 ff.

entreprenören ansvarar för att entreprenaden uppfyller de krav på funktion och användning som beställaren har angett som ändamål.⁴⁷

Uppsatsens syfte är att utreda *ansvarsfördelningen* mellan beställare och entreprenör vid en totalentreprenad. I den här uppsatsen likställs begreppet ansvarsfördelning med vem av parterna som ska bära kostnaderna för felavhjälpandet.

Begreppet *aktiv beställare* är centralt för uppsatsen syften. Med en aktiv beställare avses en beställare som i en totalentreprenad, trots entreprenörens funktionsansvar, föreskriver vissa specifikationer och tekniska lösningar för hur entreprenaden ska se ut.

1.7 Disposition

I uppsatsens följande kapitel kommer uppsatsens frågeställningar att besvaras i tur och ordning. För att underlätta läsningen kommer analyserna att ske fortlöpande och i anslutning till respektive kapitel och frågeställning. I uppsatsens andra kapitel ska det utredas hur ett entreprenadavtal ska tolkas när det är ofullständigt och huruvida det kan tolkas och fyllas ut med hjälp av dispositiv rätt. I uppsatsens tredje kapitel kommer entreprenadavtalets relation i förhållande till köplagen att undersökas och frågan huruvida det är möjligt att hämta ledning från köplagen vid tolkningen av ett entreprenadavtal. I uppsatsens fjärde kapitel kommer uppsatsens andra och tredje frågeställning att besvaras. I kapitlet kommer det därmed att undersökas hur totalentreprenadens omfattning är reglerad i ABT 06 i syfte att fastställa vem som bär ansvaret att avhjälpa fel och hur omfattande det ansvaret är. I det femte kapitlet ska den dispositiva entreprenadrätten undersökas i syfte att besvara uppsatsens fjärde frågeställning. Nämligen frågan om köplagen eller annan dispositiv rätt kan fastställa omfattningen av

⁴⁷ NJA 2015 s. 110 och Deli, 2017, s. 21.

felavhjälpandebegreppet vid en totalentreprenad. Uppsatsen avslutas med en sammanfattande kommentar i det sjätte kapitlet.

2 Utfyllnad av entreprenadavtal

2.1 Inledning

Följande kapitel handlar om avtalstolkning med fokus på vad som är specifikt för entreprenadavtalet. Syftet med kapitlet är att besvara min första frågeställning och utreda om ett entreprenadavtal kan tolkas och fyllas ut med hjälp av dispositiv rätt när avtalet är ofullständigt.

Först ska några begrepp angående avtalstolkning redas ut. Vid tolkning av entreprenadavtal används begrepp såsom tolkning, utfyllning, laganalogi, tolka i ljuset av och hämta ledning från, för att nämna några vanligt förekommande uttryck. Begreppsanvändningen kan vara förvirrande och det är inte klart vad som avses med varje begrepp. För att försöka klargöra används följande definitioner i uppsatsen; med *tolkning* avses användandet av material som är specifikt för den föreliggande avtalssituationen, t.ex. avtalets lydelse eller annan tolkningsdata som beskriver vad parterna menat vid avtalsslutandet. *Utfyllning* betyder en komplettering av avtalssluckor genom tillämpningen av rättskällor som är knutna till avtalstypen.⁴⁸ Med *laganalogi* avses tillämpningen av en lag utanför lagens eget tillämpningsområde p.g.a. lagens likheter med den lagreglerade avtalstypen.⁴⁹ *Tolka i ljuset av och hämta ledning från* är begrepp som HD använder vid tolkning av entreprenadavtal genom att fråga sig vilken rättsregel som skulle ha varit tillämplig om den uppkomna situationen hade varit avtalslös.⁵⁰ Metoden liknar den som Lehrberg definierar som laganalogi eftersom en lag, som inte

⁴⁸ Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt 2*, 6., [uppdaterade] uppl., Juristförlaget, Lund, 2010, (hädanefter: Adlercreutz och Gorton, 2010), s. 17.

⁴⁹ Lehrberg, 2018, s. 149.

⁵⁰ Se exempelvis NJA 2018 s. 653 p. 20, NJA 2014 s. 960 p. 23 och NJA 2013 s. 271 p. 7.

är direkt tillämplig i situationen, används som utgångspunkt p.g.a. lagens likheter med det aktuella oreglerade fallet.⁵¹

2.2 Tolkning av entreprenadavtal

Trots att de Allmänna bestämmelserna i många avseenden är utförliga är de inte uttömmande. Därmed behöver entreprenadavtalen tolkas och fyllas ut.⁵² Vid tolkning av entreprenadavtal gäller samma huvudsakliga principer som vid tolkning av avtal i allmänhet, men det finns vissa aspekter som är specifika för just entreprenadavtalets del. Metoden för tolkningen är omdiskuterad i den juridiska litteraturen men utgår från den tolkningsmetod som kan utläsas från HD:s avgöranden på entreprenadrättens område.⁵³ I följande avsnitt ska den tolkningsmetod som omnämns i den juridiska litteraturen och den som HD har utarbetat presenteras.

Första steget i avtalstolkningen är att utreda om det finns en gemensam partsavsikt. Vid tolkning av entreprenadavtal går det ofta inte att utröna en gemensam partsavsikt. Enligt Bernitz beror det på att avtalsklausulerna mellan parterna ofta inte är utarbetade av parterna själva. Istället är det färdigställda standardavtal som är utarbetade av BKK som är avtalsinnehåll mellan parterna, t.ex. entreprenadavtalet ABT 06.⁵⁴ Visserligen är de Allmänna bestämmelserna ett resultat av en gemensam partsvilja inom föreningen BKK som företräds av representanter från både beställarsidan och entreprenörsidan.⁵⁵ Däremot är det för långtgående att överföra BKK:s

⁵¹ Lehrberg, 2018, s. 149.

⁵² Se Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktets rätt Första häftet Särskilda avtal*, Sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019, (hädanefter: Hellner, Hager och Persson, 2019), s. 148.

⁵³ Se exempelvis Ingvarson och Utterström, 2015b, s. 258–278 och Samuelsson, 2016, s. 37–42, Bernitz, 2018, s. 88 ff och Adlercreutz och Gorton, 2010, s. 67 ff.

⁵⁴ Bernitz, 2018, s. 99 och Ramberg och Ramberg, 2019, s. 169.

⁵⁵ BKK, <http://foreningenbkk.se/verksamhet/>, hämtad: 2019-09-27.

gemensamma partsvilja till de enskilda parterna i varje entreprenadavtal. En konsekvens av det blir att andra tolkningsprinciper måste användas. Om ett entreprenadavtal däremot har föregåtts av individuella avtalsförhandlingar utgår domstolarna normalt från att de klausuler som har arbetats fram gemensamt mellan parterna bäst återger parternas vilja. Det innebär att individuellt utarbetade klausuler har företräde framför allmänna standardvillkor.⁵⁶

Om en gemensam partsavsikt inte går att fastställa ska domstolen undersöka den aktuella klausulens objektiva ordalydelse.⁵⁷ Som utgångspunkt gäller då den normala språkliga betydelsen.⁵⁸ Att tolkningen ska vara objektiv betyder att man ska lägga vikt vid de gemensamma dragen i entreprenadbranschen eller andra jämförbara avtalsförhållanden och åsidosätta de individuella förhållandena.⁵⁹ Om det finns olika sätt att tolka klausulen på ska vägledning hämtas från systematiken i avtalet som helhet eftersom klausulerna i ett entreprenadavtal är avsedda att utgöra ett sammanhängande system.⁶⁰ Oklarhetsregeln, som innebär att den part som ensidigt upprättat en avtalsvillkor får stå riskerna för oklarheter i det villkoret, har en begränsad betydelse vid entreprenadavtal eftersom de utgör agreed documents som har förhandlats fram av parter från både beställarsidan och entreprenadsidan inom föreningen BKK.⁶¹

Om den objektiva tolkningen inte ger tillräcklig vägledning kan en friare tolkning av avtalsklausulen tillämpas i ljuset av den dispositiva entreprenadrätt som hade varit tillämplig om den omtvistade frågan vore avtalslös. Vid bestämmandet av tillämplig dispositiv rätt ska ledning sökas i allmänna

⁵⁶ Bernitz, 2018, s. 100 ff.

⁵⁷ Ingvarson och Utterström, 2015b, s. 260.

⁵⁸ Bernitz, 2018, s. 93.

⁵⁹ Samuelsson, 2011, s. 37.

⁶⁰ Samuelsson, 2016, s. 42 och Samuelsson, 2011, s. 38.

⁶¹ Ingvarson och Utterström, 2015b, s. 261.

rättsprinciper och närliggande avtalstyper, exempelvis köplagen.⁶² Enligt Bernitz ska den friare tolkningen utgöra ett komplement när de tidigare tolkningsmetoderna inte ger någon ledning.⁶³ Enligt Adlercreutz och Gorton tar domstolen hänsyn till dispositiv rätt i samband med den objektiva tolkningen av avtalsklausulen.⁶⁴ Därmed skiljer sig författarnas uppfattning om när i avtalstolkningen som ledning ska hämtas från dispositiv rätt.

Till sist ska en övergripande rimlighetsbedömning göras av tolkningen som vid undantagstillfällen kan innebära att en avtalslucka fylls ut med en regel som passar det specifika avtalet.⁶⁵

2.3 HD:s tolkning av entreprenadavtal

2.3.1 Inledning

HD har den senaste tiden vid upprepade tillfällen tagit ställning i entreprenadvister och utarbetat en metod för att tolka entreprenadavtal.⁶⁶ I följande avsnitt undersöks hur HD har resonerat vid sin tolkning av entreprenadavtal, med fokus på den friare tolkningen med hjälp av dispositiv rätt.

⁶² NJA 2018 s. 653 p. 19-21.

⁶³ Bernitz, 2018, s. 96 och s. 103.

⁶⁴ Adlercreutz och Gorton, 2010, s. 68 f.

⁶⁵ Se Samuelsson, 2016, s. 42 och jfr. med HD:s resonemang i NJA 2014 s. 960 p. 23 se även NJA 2015 s. 862 p. 12.

⁶⁶ Se t.ex.: NJA 2013 s. 271, NJA 2014 s. 960 och NJA 2018 s. 653.

2.3.2 HD:s fastställande av innehållet i dispositiv rätt

I NJA 2014 s. 960 var frågan som HD hade att besvara om beställaren hade rätt till ersättning för beräknade avhjälpandekostnader för väsentligt fel som beställaren varken kunde eller ville avhjälpa.⁶⁷ Enligt kapitel 7 § 25 ABT 94 (föregångare till kapitel 5 § 17 ABT 06) är entreprenören både skyldig och berättigad att avhjälpa fel i entreprenaden. Om entreprenören inte uppfyller sin skyldighet får beställaren avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad. HD tog i fallet även ställning till om beställaren hade rätt till prisavdrag på kontraktssumman enligt kapitel 7 § 26 ABT 94 men den frågan kommer inte att beröras vidare i uppsatsen.⁶⁸

HD inledde avtalstolkningen med att konstatera att syftet med bestämmelsen är att få fel i entreprenaden avhjälp så effektivt som möjligt. Därefter utgick HD från den dispositiva rätten efter att ha konstaterat att det inte fanns någon gemensam partsavsikt, ordalydelsen i den omtvistade klausulen var oklar samt att systematiken i entreprenadavtalet inte gav någon ledning. HD konstaterade dock att den dispositiva rättens genomslag kan behöva begränsas i situationer när den relevanta dispositiva regeln passar illa in på avtalssituationen. Sist vid avtalstolkningen ska en övergripande rimlighetsbedömning ske av tolkningen. Om tolkningen då inte anses rimlig ska avtalsluckan fyllas ut med en specifikt anpassad regel.⁶⁹

Vid bestämmandet av tillämplig dispositiv rätt konstaterade HD att entreprenadavtalet är en särskild avtalstyp och därmed ska ledning hämtas från närliggande avtalstyper, där köplagen är särskilt intressant, och allmänna rättsprinciper. Vidare fastställde HD innehållet i den dispositiva rätten genom

⁶⁷ NJA 2014 s. 960 p. 17.

⁶⁸ NJA 2014 s. 960 p. 14-16.

⁶⁹ NJA 2014 s. 960 p. 22-23.

att behandla frågan utifrån vad som hade gällt mellan parterna om förhållandet mellan dem enbart vore reglerat av dispositiv rätt.⁷⁰

HD konstaterade då att det faktum att entreprenören underlåter att avhjälpa ett fel utgör ett kontraktsbrott enligt dispositiv rätt. Beställaren har därför rätt att bli ersatt för att själv avhjälpa felet. Ersättningen ska enligt köprätten ses som ett skadestånd och gäller även när beställaren inte avhjälper felet. Skadeståndet ska beräknas enligt skadeståndsrättsliga principer.⁷¹ HD kom fram till den här slutsatsen genom att tolka avtalet med hjälp av dispositiv rätt mot bakgrund av avtalets systematik och syfte. Enligt avtalets syfte ska ett fel avhjälpas effektivt och entreprenörens ersättningsansvar ansågs därmed vara förenligt med entreprenadavtalet i övrigt.⁷²

HD konstaterade även att ABT 94 inte kan anses utgöra en sådan heltäckande reglering att påföljdsregler för avtalsbrott enligt dispositiv rätt inte kan inverka på avtalsförhållandet. För att det ska vara fallet måste parterna ha avtalat om att andra rättsregler inte är tillämpliga eller att avtalet som sådant har ett heltäckande påföljdssystem. Därmed fann HD att standardavtalet gav stöd åt att beställaren har rätt till skadestånd när entreprenören inte har fullgjort sin avhjälpandeskyldighet.⁷³

I ett nyare fall, NJA 2018 s. 653 (hädanefter: De ingjutna rören), hade HD att ta ställning till om entreprenören i en delad entreprenad var skyldig att ersätta beställaren för åtgärder som låg utanför entreprenaden och som beställaren var tvungen att utföra för att komma åt felet som entreprenören skulle avhjälpa. HD skulle därmed utreda omfattningen av kostnadsansvaret för felavhjälpande.⁷⁴

⁷⁰ NJA 2014 s. 960 p. 23-25.

⁷¹ NJA 2014 s. 960 p. 26-30.

⁷² NJA 2014 s. 960 p. 23-26.

⁷³ NJA 2014 s. 960 p. 31-33.

⁷⁴ NJA 2016 s. 653 p. 6-9.

I fallet hade beställaren ingått ett entreprenadavtal angående VVS-installationer med en entreprenör som var en av flera underentreprenörer i en delad entreprenad med ABT 94 som avtalsinnehåll.⁷⁵ Entreprenaden hade godkänts vid slutbesiktningen men under garantitiden uppkom det problem med rörledningarna som var ingjutna i ett betonggolvs. Efter flera särskilda besiktningar konstaterades det att det var rörentreprenören som ansvarade för felen. Entreprenören bestred att fel förelåg med gick med på felavhjälpande under förutsättning att beställaren ansvarade för de förstörande arbeten som behövdes för att komma åt de ingjutna rörledningarna. Entreprenören reserverade sig även från framtida ersättningskrav rörande åtkomst- och återställningsarbeten.⁷⁶

Beställaren utförde arbetena för att få byggnaderna i avtalsenligt skick och krävde därefter ersättning för åtkomst- och återställningsarbetena. Frågan HD hade att ta ställning till var därför om de här kostnaderna skulle klassificeras som avhjälpandekostnader som entreprenören enligt kontraktet var skyldig att betala.⁷⁷ I ABT 94 (nuvarande ABT 06) finns det inte angivet några begränsningar i fråga om vilka kostnader som ska ersättas vid ett avhjälpande. Avtalet hade med andra ord en lucka som HD var tvungen att fylla ut.⁷⁸

Ingen gemensam partsavsikt gick att hitta. Inte heller bestämmelsens ordalydelse gav HD någon vägledning. HD fastslog att avtalets systematik och de övriga klausulerna i avtalet gav viss vägledning men inte tillräckligt för en tolkning. Därför inriktades HD:s tolkning på den dispositiva entreprenadrätten och på vilken dispositiv rättsregel som hade varit tillämplig i avsaknad av avtal mellan parterna. Allmänna rättsprinciper och köplagen

⁷⁵ NJA 2018 s. 653 p. 1.

⁷⁶ NJA 2018 s. 653 p. 2-3.

⁷⁷ NJA 2018 s. 653 p. 4-6.

⁷⁸ NJA 2018 s. 653 p. 18.

beaktades.⁷⁹ HD undersökte bland annat förarbeten till konsumenttjänstlagen och köplagen.⁸⁰ HD framhöll vidare att entreprenadavtalet bygger på att en optimal riskfördelning mellan parterna uppnås. Avtalstolkningen ska därför verka för att bibehålla balansen och förutsebarheten av riskfördelningen mellan parterna.⁸¹

HD konstaterade att köplagen inte gav någon ledning i frågan och att frågan inte är behandlad i svensk juridisk litteratur förutom i en kommentar till ABM 07, rörande köp av varor i yrkesmässig byggverksamhet. I ABM 07 framkommer det ett undantag till den begränsning som råder av säljarens skadeståndsskyldighet till 15% av köpesumman, när kostnaderna gäller;

”lokalisering av felet, kostnader för åtkomst och montering av reparerad eller utbytt vara samt kostnader som uppkommit genom reparationen eller utbytet”.⁸²

I kommentaren till bestämmelsen i ABM 07 framför författarna Bo Linander och Åke Rådberg att undantaget är motiverat genom önskemålet att det ska råda en överensstämmelse mellan ABM 07 och AB 04. Detta då avhjälpandeskyldigheten i AB 04, enligt författarna, innefattar åtgärder för att lokalisera felet samt för åtkomstarbeten, reparation och återställandearbeten.⁸³ HD kommenterade inte författarnas ställningstagande vidare men konstaterade att samma synsätt tycks gälla enligt dansk och norsk juridisk litteratur där ståndpunkten är att om avhjälpande innebär att en senare entreprenörs arbete måste göras om, omfattas de åtgärderna av avhjälpandeplikten. HD framhöll vidare att sådan här nordisk juridisk litteratur i stort sett utgör kontraktsrättsliga principer.⁸⁴

⁷⁹ NJA 2018 s. 653 p. 19-21.

⁸⁰ NJA 2018 s. 653 p. 22-24.

⁸¹ NJA 2018 s. 653 p. 25 och p. 44.

⁸² NJA 2018 s. 653 p. 37 och ABM 07 p. 24.

⁸³ Linander, Bo & Rådberg, Åke, *Kommentarer till ABM 07*, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2008, (hädanefter: Linander och Rådberg, 2008), s. 48 f.

⁸⁴ NJA 2018 s. 653 p. 36-39.

HD konstaterade vidare att entreprenörens skyldighet att avhjälpa väsentliga fel enligt ABT 94 och AB 04 inte har någon begränsning. Därmed, vid tolkning i ljuset av den nordiska juridiska litteraturen, ger ABT 94 och AB 04 som helhet stöd för tolkningen att entreprenören ska stå för alla kostnader som krävs för att entreprenaden ska bli avtalsenlig. Obalansen mellan parterna som detta kan skapa vägs upp av det faktum att entreprenören kan utföra en förbesiktning och på så sätt uppdaga eventuella fel samt genom att proportionalitetsprincipen bidrar till att balansera riskerna mellan parterna.⁸⁵ Vidare gjorde HD ett helomvändande uttalande jämfört med NJA 2014 s. 960. HD konstaterade nämligen att beställarens kostnadsersättning inte utgör ett skadeståndsanspråk.⁸⁶

Slutligen fastslog HD att enligt dispositiv rätt omfattar entreprenörens avhjälpandeskyldighet det väsentliga felet som sådant samt tillkommande arbeten som är nödvändiga och direkta och som var förutsebara vid avtalets ingående. Vidare menade HD att klausulerna i ABT 94 inte ger något svar i frågan och att bestämmelsernas systematik inte talar emot att det är den dispositiva rätten som då bestämmer avtalsinnehållet. Dessutom framförde HD att tolkningen av dispositiv rätt främjar balansen mellan parterna.⁸⁷

Båda de ovanstående fallen rörde entreprenörens ansvar för felavhjälpande och beställarens rätt att bli ersatt för egna faktiska eller beräknade kostnader för att avhjälpa entreprenörens fel. I det andra fallet gällde frågan om beställarens rätt att bli ersatt för kostnader att avhjälpa fel som låg utanför själva entreprenaden. ABT 94, föregångare till ABT 06, var avtalsinnehåll i båda fallen men HD:s argumentation skiljer sig väsentligen åt. I det första fallet konstaterade HD att ersättning för felavhjälpande ska ses som ett skadestånd enligt dispositiv rätt och att det då råder en presumtion för att

⁸⁵ NJA 2018 s. 653 p. 40-43.

⁸⁶ NJA 2018 s. 653 p. 49.

⁸⁷ NJA 2018 s. 653 p. 51-52.

beställaren avhjälpes felet.⁸⁸ I det andra fallet konstaterade HD istället att beställarens anspråk på kostnadsersättning inte utgör ett skadeståndsanspråk utan att ange några skäl för detta ställningstagande.⁸⁹ Skälen till HD:s ändrade ståndpunkt när det kommer till skadeståndsfrågan går inte att fastställa. Men en rimlig konsekvens av De ingjutna rören kan vara att beställarens krav på avhjälpandekostnader enligt kapitel 7 § 25 ABT 94 (nuvarande kapitel 5 § 17 ABT 06) inte ska ses som ett skadeståndsanspråk längre.

2.3.3 Entreprenadavtal och tolkning i ljuset av dispositiv rätt

Frågan är vilken dispositiv rätt som kan användas vid en friare tolkning av ett entreprenadavtal. Enligt HD i De ingjutna rören ska ledning sökas i allmänna rättsprinciper och i vad som gäller för närliggande avtalstyper vid bestämmandet av vilken dispositiv rätt som är tillämplig vid den friare tolkningen.⁹⁰

I NJA 2013 s. 271 framförde HD att det är naturligt att entreprenadavtalet AB 92 ska tolkas i ljuset av den dispositiva rätt som annars hade varit tillämplig i situationen. Eftersom standardavtalet är ett resultat av förhandlingar mot bakgrund av köplagens regler och allmänna rättsprinciper ska ledning hämtas därifrån.⁹¹ Liknande ställningstaganden har gjorts i flera andra entreprenadrättsliga rättsfall från HD.⁹²

Den slutsats som kan dras är alltså att köplagen har en framträdande roll vid fastställandet av den dispositiva entreprenadrätten. Även konsument-

⁸⁸ NJA 2014 s. 960 p. 29.

⁸⁹ NJA 2018 s. 653 p. 49.

⁹⁰ NJA 2018 s. 653 p. 21.

⁹¹ NJA 2013 s. 271 p. 7.

⁹² NJA 2014 s. 960 p. 24.

tjänstlagen och kommissionslagen kan få betydelse i vissa hänseenden när de ger uttryck för allmänna rättsprinciper på tjänsteområdet. HD har dock uttalat att analog tillämpning av konsumenttjänstlagen ska ske med försiktighet eftersom lagen är konstruerad att skydda den ofta svagare konsumentens behov av skydd.⁹³

2.3.4 HD:s beaktande av entreprenadavtalets särdrag och en övergripande rimlighetsbedömning

I NJA 2013 s. 271 uttalade HD att entreprenadavtalet ofta omfattar komplicerade, långsiktiga och omfattande arbeten med flera inblandade parter vilket medför att entreprenadavtalet skiljer sig från t.ex. köpeavtalet. Därför finns det en särskild anledning att betrakta entreprenadavtalets särskilda drag vid tolkningen av densamma.⁹⁴

I NJA 2014 s. 960 konstaterade HD att den dispositiva rättens genomslagskraft ibland behöver begränsas. Detta gäller t.ex. i situationer när den dispositiva rättsregeln inte passar för det aktuella avtalssystemet eller när avtalskontexten inte ger någon ledning.⁹⁵

I ett annat fall, NJA 2015 s. 3, var frågan för HD att besvara vilken tolkning av kapitel 1 § 8 AB 04 som skulle gälla i fallet. Bestämmelsen reglerar förhållandet när det saknas uppgifter om arbetsområdet eller området som berörs av entreprenaden vid tiden för anbudsangivning. Enligt bestämmelsen

⁹³ NJA 2013 s. 1174 p. 9. och Bernitz, 2018, s. 104 f, Ingvarson, Anders och Utterström, Marcus, *Tolkning av entreprenadavtal – det köprättsliga kontrollansvaret möter hindersbestämmelserna i AB 04*, SvJT 2015, s. 20-39,(hädanefter: Ingvarson och Utterström, 2015a), s. 20 ff och Ingvarson och Utterström, 2015b, s. 258 ff.

⁹⁴ NJA 2013 s. 271 p. 7.

⁹⁵ NJA 2014 s. 960 p. 23.

ska förhållandena på platsen då antas vara av det slag som kunnat förutses vid en fackmässig bedömning. Rättsfrågan för HD att besvara var därför vilka förhållanden entreprenören ska utgå från vid den fackmässiga bedömningen.⁹⁶

HD inledde sin tolkning av bestämmelsen genom att undersöka motiven till AB 65 och vad som där framgår av entreprenörens fackmässiga bedömning. HD konstaterade att en fackmässig bedömning av arbetsområdet ska vara grundad på kunskaper en fackman har och vara objektiv. Vid den bedömningen ska alla relevanta omständigheter som objektivt kan konstateras beaktas. Det finns inga andra uttalanden i nyare versioner av AB om hur man ska tolka en ”fackmässig bedömning”.⁹⁷

Vidare fastställde HD att innebörden av en fackmässig bedömning inte kan ges en enhetlig betydelse utan måste bestämmas från fall till fall mot bakgrund av den aktuella bestämmelsens syfte och de krav som kan ställas på den berörda parten. HD framförde att klausulen i kapitel 1 § 8 AB 04 bör utgå från samma principer som resten av bestämmelserna i AB 04. Därmed ska hänsyn tas till syftet och systematiken i AB 04. Entreprenadavtalets syfte är att uppnå ett kostnadseffektivt och rationellt byggprojekt vilket även ska genomsyra tolkningen av dess bestämmelser. Ett utförligt förfrågningsunderlag utgör en förutsättning för det syftet. Ett förfrågningsunderlag som är magert ökar utrymmet för entreprenören att göra egna olika bedömningar som var och en kan vara fackmässiga. Entreprenören har därför rätt att utgå från en bedömning som medger en lägre kostnad för entreprenaden. Osäkra förhållanden ska inte räknas med eftersom det vore en nackdel för båda parterna eftersom det skulle vara prisdrivande och öka entreprenörens pris på entreprenaden vid anbudsgivandet.⁹⁸

⁹⁶ NJA 2015 s. 3 p. 5.

⁹⁷ NJA 2015 s. 3 p. 7.

⁹⁸ NJA 2015 s. 3 p. 12-13.

I fallet tolkade HD inte entreprenadavtalet i ljuset av dispositiv rätt utan tog hänsyn till vad som framgår av äldre motiv till AB för att bestämma innebörden av ett visst begrepp. Det här fallet skiljer sig därmed från HD:s vanliga tolkningsmetod. Det beror enligt Ingvarson och Utterström på att HD skulle tolka ett specifikt begrepp och inte innebörden av en bestämmelse.⁹⁹ HD tog även hänsyn till entreprenadavtalets systematik och en övergripande rimlighetsbedömning rörande den ekonomiska betydelsen av tolkningen av begreppet.¹⁰⁰

I De ingjutna rören konstaterade HD att tolkning av entreprenadavtalet i ljuset av dispositiv rätt ska ske med försiktighet och med beaktandet av entreprenadavtalets speciella karaktär. Enligt HD bygger entreprenadavtalen ABT 06 och AB 04 på att en rimlig balans mellan parterna vad gäller rättigheter och skyldigheter ska uppnås. Det innebär att det så långt som möjligt ska vara förutsebart hur riskerna dem emellan är fördelade.¹⁰¹

I praktiken betyder de här ställningstagandena att vid tolkning av ett entreprenadavtal ska det alltid sist göras en övergripande rimlighetsbedömning av tolkningen för att se till att tolkningen inte motverkar entreprenadavtalets syfte eller passar illa in i ett entreprenadsammanhang. Vid den här bedömningen ska man främst ta hänsyn till det som särskiljer entreprenadavtalet från andra avtal och se till att balansen mellan parterna upprätthålls.

⁹⁹ Ingvarson och Utterström, 2015b, s. 270.

¹⁰⁰ NJA 2015 s. 3 p. 13-15.

¹⁰¹ NJA 2018 s. 653 p. 21 och p. 44.

2.4 Sammanfattande analys

2.4.1 Inledning

I följande avsnitt kommer uppsatsens första frågeställning att besvaras. Nämligen om entreprenadavtalet kan tolkas och fyllas ut med hjälp av dispositiv rätt när avtalet är ofullständigt.

2.4.2 Tolkning av entreprenadavtal

Vid tolkning av entreprenadavtal har HD genom ett antal olika domar skapat en tolkningsmetod med vilka frågor som ska ställas och i vilken ordning de ska ställas. Tolkningsmetoden är följande:

1. Finns det någon gemensam partsavsikt?
2. Ger den aktuella bestämmelsens ordalydelse något svar?
3. Ger entreprenadavtalets systematik eller andra bestämmelser i ABT 06 något svar, eftersom entreprenadavtalet utgör ett sammanhängande system av bestämmelser?
4. Med beaktande av entreprenadavtalets särdrag kan ledning hämtas i den dispositiva rätten, som särskilt har kommit till uttryck i köplagen, och i allmänna rättsprinciper?
5. Är tolkningen rimlig mot bakgrund av en övergripande bedömning eller ska avtalsluckan fyllas ut med en till avtalet specifik regel?¹⁰²

I rättspraxis från HD följs de första tre stegen relativt konsekvent. Det är vid det fjärde steget, när ledning ska hämtas från den dispositiva rätten, tolkningen blir mer och mer komplicerad och det stundtals blir svårt att följa HD:s argumentation.

¹⁰² Jfr. Bernitz, 2018, s. 119 och Ingvarson och Utterström, 2015b, s. 270 som sammanställt tolkningsmetoden i punktform på ett liknande sätt.

2.4.3 Fastställandet av den dispositiva utfyllande rätten

HD har i samtliga fall sökt att fylla entreprenadrättsliga avtalsluckor med dispositiv rätt med ett särskilt stort intresse för den köprättsliga regleringen. Det är svårt att se hur HD motiverar användandet av en viss dispositiv rätt, men har uttalat att det är naturligt att utgå just från dispositiv rätt vid tolkningen eftersom entreprenadavtalen AB är framförhandlade mot bakgrund av köplagens bestämmelser och allmänna rättsprinciper.

I både NJA 2014 s. 960 och i De ingjutna rören konstaterade HD tydligt att vid bestämmandet av den dispositiva entreprenadrätten kan ledning hämtas från allmänna rättsprinciper *och* från närliggande avtalstyper där köplagen är av särskild betydelse. Det kan förstås på så sätt att ledning från köplagen kan hämtas även i situationer då bestämmelserna inte utgör allmänna rättsprinciper. Dessutom har HD tolkat fallen ovan i ljuset av köplagen, ofta utan att ange skäl eller redogöra för vilka överväganden som har gjorts i samband med tolkningen. HD verkar därmed inte anse att det råder sådana skillnader mellan ett entreprenadavtal och köplagen att det skulle utgöra ett problem att köplagen får en framträdande betydelse vid tolkningen av ett entreprenadavtal.

I De ingjutna rören menade HD dock att köplagen inte gav någon vägledning i frågan utan blickade istället utåt till den nordiska rätten och konstaterade att juridisk doktrin från Danmark och Norge utgör kontraktsrättsliga principer. Eftersom HD i det här fallet inte motiverar valet av dispositiv rätt eller hur juridisk litteratur i de nordiska grannländerna utgör kontraktsrättsliga principer känns domskälen, enligt mig, en aning godtyckliga. Dessutom framkommer det av en kommentar till ABM 07 skriven av Bo Linander och Åker Rådberg att avhjälpandeskyldigheten enligt AB 04 omfattar kostnader för exempelvis åtkomst- och återställandearbeten. HD kommenterat inte det uttalandet vidare. Varför HD inte gör det är svårt att säga men kanske för att

kommentaren inte har något stöd i någon annan källa och att det därmed är svårt att avgöra vilken relevans och tyngd kommentaren har i de här sammanhanget.¹⁰³

2.4.4 Beaktandet av entreprenadavtalets särdrag

I både De ingjutna rören och i NJA 2014 s. 960 konstaterade HD att entreprenadrättens särdrag måste beaktas vid fastställandet av den dispositiva entreprenadrätten och att balansen mellan parterna måste upprätthållas. Vad som exakt utgör entreprenadrättens särdrag går HD inte närmare in på i något av fallen. Såsom jag har förstått det ska steget ses som en övergripande rimlighetsavvägning för att säkerställa att tolkningen inte blir olämplig för entreprenadvisten. I fallen tar HD även hänsyn till principer som proportionalitetsprincipen, utan att ange närmare vad den innebär i det speciella fallet. Som sagt tror jag att HD åsyftade att riskfördelningen mellan parterna ska vara så balanserad och förutsebar som möjligt. Dock är det inget som HD angav i sina domskäl.

2.4.5 Slutsats

Sammanfattningsvis kan sägas att HD inte verkar se något problem i att varken hämta ledning från köplagen, även i situationer då köplagen inte ger uttryck för allmänna rättsprinciper, eller från nordisk juridisk litteratur som enligt HD ger uttryck för allmänna rättsprinciper vid tolkningen av ett entreprenadavtal. De yttre ramarna för hur vidsträckt en tolkning kan vara är när entreprenadavtalets särdrag åsidosätts eller när en utfyllande regel passar illa in i entreprenadsammanhang.

¹⁰³ Se Linander och Rådberg, 2008, s. 48 f.

I NJA 2015 s. 3 frångår HD sin tidigare tolkningsmetod och beaktar entreprenadavtalets syfte och motiv. Det beror på att HD hade att tolka en viss specifik term och inte en klausul. Därmed kan en sådan metod användas när ett visst begrepp behöver tolkas.

3 Entreprenadavtalet och köplagen

3.1 Inledning

HD har i sina avgöranden på entreprenadrättens område konstaterat att köplagen *och* allmänna rättsprinciper ska användas vid tolkningen av ett entreprenadavtal.¹⁰⁴ I det här avsnittet ska därför möjligheterna att hämta ledning från köplagen vid tolkning av ett entreprenadavtal undersökas. För att göra detta ska likheterna och skillnaderna dem emellan undersökas.

3.2 Köplagen och entreprenadavtalet

Först ska det nämnas att enligt Samuelsson kan entreprenadavtalet inte klassificeras som en avtalstyp eftersom det saknas särskild avtalsrättslig lagstiftning med omedelbar tillämpning på entreprenadavtalet. Det medför att det inte finns några särskilda lagregler som ska tillämpas vid utfyllning av ett entreprenadavtal. Däremot kan entreprenadavtalet ses som en självständig avtalsform eftersom det representerar ett speciellt transaktionsmönster, nämligen uppförande av byggnad eller anläggning, som skiljer sig från andra avtalsformer. P.g.a. entreprenadavtalets självständighet finns det en förväntan av parterna att entreprenadavtalets särdrag ska beaktas vid rättstillämpningen. Att det saknas särskilda lagregler att fylla ut entreprenadavtalet med, medför att en så kallad bunden utfyllning inte är möjlig. Domstolen är därmed inte skyldig att använda vissa särskilda normer knutna till avtalet. Istället menar

¹⁰⁴ Se NJA 2014 s. 960 p. 23-25 och NJA 2018 s. 653 p. 19-21.

Samuelsson att entreprenadavtalet kan tolkas genom fri utfyllning som innebär att domstolen får använda sin diskretionära beslutskompetens att avgöra fallet på.¹⁰⁵

Enligt Ramberg karakteriseras entreprenadavtalet av att det avser köp av arbete. Det skiljer sig från köpeavtalet som istället karakteriseras av köp av lös sak genom att föremålet för köpet växlar ägare från säljaren till köparen genom att köparen, som motprestation, betalar säljaren.¹⁰⁶ Att köparen övertar äganderätten till föremålet i rätt tid och i avtalsenligt skick samt att säljaren får betalt för föremålet, är de huvudsakliga förpliktelseerna vid ett köp.¹⁰⁷

Entreprenader undantas från köplagens bestämmelser enligt § 2. I propositionen till § 2 köplagen framkommer det enligt lagstiftaren att köplagen inte är anpassad till ett entreprenadavtal. Som ett exempel kan nämnas att lagens regler om hävning inte lämpar sig för den typ av prestation som entreprenadavtalet avser. Vidare konstateras det i propositionen att avtal om byggnads- och anläggningsentreprenader istället regleras av utförliga standardvillkor.¹⁰⁸ Enligt Samuelsson blir konsekvenserna av köplagens utformning, att ta avstånd från entreprenadavtal, att köplagens rättsföljder inte är direkt tillämpliga på ett entreprenadavtal i situationer där rättsförhållandet mellan parterna saknar köparkaraktär. Exempelvis därför att det innefattar uppförande av byggnad eller anläggning.¹⁰⁹ Enligt Nilsson bör man dock inte dra för långtgående slutsatser av köplagens undantag i § 2. Nilsson menar att bestämmelsens utformning innebär att köplagen inte är direkt tillämplig på entreprenadavtalet men att det inte ska ses som ett ställningstagande från

¹⁰⁵ Samuelsson, 2011, s. 46 ff. och 64.

¹⁰⁶ Ramberg, Christina, *Kontraktstyper*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2005, (hädanefter: Ramberg, 2005), s. 65 och Samuelsson, 2011, s. 49.

¹⁰⁷ Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Allmän köprätt*, Åttonde upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016, (hädanefter: Ramberg och Herre, 2016), s. 16.

¹⁰⁸ Prop. 1988/89:76, s. 63.

¹⁰⁹ Samuelsson, 2011, s. 49.

lagstiftarens sida att köprättsliga principer aldrig kan bli aktuella för ett entreprenadavtal.¹¹⁰

I propositionen till köplagen framkommer det att gränserna för köplagens tillämpningsområde inte alltid är skarpa. Avtal där föremålet för köpet ska tillverkas efter avtalsslutet kan både ses som ett köp av lös egendom och som ett köp av en tjänst. Vid beställningsköp enligt § 2 stycke 1 mening 1 ska köplagen inte tillämpas när beställaren tillhandahåller en väsentlig del av materialet eftersom tillverkarens prestation då i huvudsak består av arbete eller annan tjänst. Lagstiftaren hävdar dock att i stort sett samma allmänna rättsprinciper gäller för båda avtalstyperna, oavsett om avtalet är att se som ett köp eller en tjänst.¹¹¹

Bengtsson menar att entreprenadavtal kan innehålla likheter med ett köpeavtal. T.ex. blir det utförda arbetet beställarens egendom i takt med att arbetet stegvis färdigställs, vilket liknar ett köp vid en successiv leverans. Vidare har farans övergång och felbegreppet en central betydelse både vid ett entreprenadavtal och vid ett köpeavtal. Trots likheterna menar han dock att tillämpningen av köplagen vid ett entreprenadavtal ska vara restriktiv i situationer då entreprenaden påtagligt avviker från normalfallen av köp och framhäver vikten av att beakta entreprenadavtalets särskilda ställning.¹¹²

Enligt Gorton skiljer sig entreprenadavtalet från ett köpeavtal genom att det förstnämnda avtalet kräver ett antal speciella lösningar som avviker från köprätten. Exempelvis är hävningsrätten ofta mer inskränkt vid ett entreprenadavtal jämfört med köplagens bestämmelser. Däremot är de

¹¹⁰ Nilsson, Mattias, *Entreprenadavtalets speciella drag. Något om Högsta domstolens norminriktade avtalstolkning av entreprenadrättens standardavtal – och dess undantag*, i: Persson, Annina H., Millqvist, Göran & Saf, Carolina 1972- (red.), *Festskrift till Ronney Hagelberg, Jure*, Stockholm, 2016, (hädanefter: Nilsson, 2016), s. 156.

¹¹¹ Prop. 1988/89:76, s. 62.

¹¹² Bengtsson, 1976, s. 105.

rättsliga frågeställningarna som ofta förekommer inom entreprenadrätten gemensamma med de köprättsliga frågeställningarna. Exakt vilka frågeställningar Gorton syftar på framgår inte.¹¹³ Gorton menar vidare att köplagen kan användas vid analog tolkning i samband med entreprenader men att köprättsliga lösningar inte alltid passar bra in vid entreprenadrättsliga tolkningar.¹¹⁴

Ingvarson och Utterström menar att köplagen kan erbjuda entreprenadavtalet lösningar och tolkningar som är rättvisa och rimliga när avtalet själv inte ger något svar på det uppkomna problemet. Detta trots att köplagen inte formellt hänför sig till entreprenadavtalet. Vidare menar författarna att om BKK vill hålla den dispositiva rätten utanför entreprenadavtalen AB måste det tydligare framgå i nästa utgåva för att det ska tas hänsyn till vid domstolsprövningen.¹¹⁵

Gemensamt för samtliga ovanstående författare är uppfattningen att köplagen inte har direkt tillämplighet på ett entreprenadavtal. Detta beror på att köplagen uttryckligen har undantagit uppförandet av byggnader och installationer, och p.g.a. att köplagens bestämmelser inte alltid är lämpliga i situationer där ett entreprenadavtal råder mellan parterna. Det i sin tur beror bl.a. på entreprenadavtalets särskilda karaktär som exempelvis innebär långsiktiga och omfattande arbeten. Även väder och vind spelar stor roll vid en entreprenadrättslig byggprocess, liksom samverkan mellan många parter i ofta stora och komplicerade byggprojekt. En konsekvens av att köplagens bestämmelser inte är direkt tillämpliga på entreprenadavtal är att köplagens bestämmelser inte kan användas vid en bunden utfyllnad av ett

¹¹³ Gorton, Lars, *AB-kontrakten och den allmänna kontraktsrätten*, i; Lambertz, Göran, Lindskog, Stefan & Möller, Mikael (red.), *Festskrift till Torgny Håstad / [redaktörer Göran Lambertz, Stefan Lindskog, Mikael Möller]*, Iustus, Uppsala, 2010, (hädanefter: Gorton, 2010), s. 156.

¹¹⁴ Gorton, 2010, s. 159.

¹¹⁵ Ingvarson och Utterström, 2015a, s. 38.

entreprenadavtal.¹¹⁶ Däremot kan regler i köplagen som utgör allmänna rättsprinciper ha direkt tillämplighet på ett entreprenadavtal och kan då användas genom utfyllnad istället för analog tolkning. Mer om det i kapitel 5.5.

3.3 Analog tolkning

Eftersom köplagen inte är direkt tillämplig vid entreprenadrättsliga tvister är frågan om en analog tolkning kan göras istället för ren utfyllning av avtalet. Att entreprenadavtalet tolkas analogt med hjälp av köplagen innebär att man använder köplagen utanför dess egna tillämpningsområde och tolkar entreprenadavtalet i ljuset av köplagen. Skillnaden mellan utfyllning och en analog tolkning är att vid ren utfyllning kompletteras avtalsinnehållet med en till avtalet specifikt anpassad regel. Men eftersom det saknas tillämpliga lagregler på entreprenadavtalets område är det inte möjligt. Istället är det möjligt att fylla ut entreprenadavtalet med hjälp av en laganalogi. På så sätt kan en regel som inte är direkt tillämplig på situationen ändå få betydelse vid tolkningen.¹¹⁷

Hellner, Hager och Persson anser att analogier bör vara den huvudsakliga tolkningsmetoden när det saknas lagregler som ger ledning. Vidare menar författarna att ett analogislut resulterar i en regelbundenhet i behandlingen av lika fall vilket kännetecknar rättvisan. Frågan om när det är lämpligt att göra ett analogislut är inte helt enkel. Ibland framkommer det i lagförarbeten eller i domslut om när ett analogislut är lämpligt men det viktiga är de funktionella

¹¹⁶ Jfr. Lehrberg, 2018, s. 149.

¹¹⁷ Jfr. Lehrberg, 2018, s. 148 ff.

sammanhangen. Om det inte finns ett funktionellt stöd att göra en laganalogi kan man istället konstatera att rättsläget är oklart.¹¹⁸

Enligt Bengtsson kan analogier från köplagen användas i situationer då de Allmänna bestämmelserna inte ger någon ledning i den omtvistade frågeställningen. Dock måste entreprenadrättens särskilda karaktär beaktas och köprättsliga principer ska inte användas i situationer som avviker från köp reglerade enligt köplagen.¹¹⁹ Enligt Ramberg krävs det stor försiktighet vid den analoga tolkningen då köprättsliga regler inte alltid passar för att utreda ett entreprenadrättsligt problem på.¹²⁰

Även Gorton har problematiserat den analoga tolkningen av köplagen vid tolkningen av ett entreprenadavtal. Främst det faktum att köplagen uttryckligen utesluter entreprenadavtal från lagens tillämpningsområde och frågan om entreprenadrätten kan ses som ett så slutet system att andra kontraktsrättsliga lösningar därmed inte kan användas analogt vid tolkningen av ett entreprenadavtal.¹²¹

Enligt Samuelsson har köplagen inte direkt tillämplighet på avtal om uppförande av byggnad eller anläggning genom ordalydelsen i lagens § 2. Bestämmelsen i köplagen skapar en skarp gräns gentemot entreprenadavtalet vilket även skapar en osäkerhet i frågan huruvida köplagen kan användas analogt vid tolkningen av ett entreprenadavtal. Även i situationer då en sådan tolkning tycks vara lämplig.¹²²

¹¹⁸ Hellner, Hager och Persson, 2019, s. 29 och jfr. Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm, 2001, (hädanefter: Hellner, 2001), s. 204.

¹¹⁹ Bengtsson, 1976, s. 104 f.

¹²⁰ Ramberg, 2005, s. 66.

¹²¹ Gorton, 2010, s. 162.

¹²² Samuelsson, 2011, s. 49.

3.4 Sammanfattande analys

3.4.1 Likheter och skillnader

Det kan konstateras att entreprenadavtalet har särdrag som skiljer avtalet från köpeavtalet reglerat enligt köplagen. Entreprenadavtalet omfattar ofta långsiktiga och komplicerade arbeten vilket bidrar till att samarbetet mellan parterna under byggprocessen är en central del för att resultatet ska bli så bra som möjligt. Dessutom påverkas arbetena av väder och vind och är beroende av fler faktorer än vad ett köp vanligtvis är. Vid ett köp är det istället överförandet av äganderätten och betalningen som står i centrum. Dock finns det likheter mellan entreprenadavtalet och köpeavtalet. För de båda avtalen är farans övergång och felbegreppet av central betydelse. Dessutom liknar entreprenadavtalet ett köp vid successiv leverans eftersom byggnaden blir köparens (beställarens) i takt med att entreprenaden färdigställs. Lagstiftaren har även framfört att köplagens gränser inte alltid är enkla att dra. Exempelvis kan ett tillverkningsköp ses som både ett köp eller tjänst beroende på hur stor del av materialet som tillhandahålls av säljaren.

3.4.2 Analog tolkning

De flesta av de ovan nämnda författarna tycks vara eniga om att en analog tolkning av köplagen på ett entreprenadavtal kan tillämpas i situationer då de Allmänna bestämmelserna inte ger någon ledning. Dock ska det ske med stor försiktighet och med beaktandet av entreprenadavtalets särdrag. I situationer där entreprenadavtalet påtagligt avviker från normalfallet av köp är det lämpligt att vara restriktiv vid användningen av köplagen analogt. Exempelvis torde det ofta vara mer kostsamt och omständligt att avhjälpa fel i en entreprenad än vid ett köp av lös sak.

Enligt Samuelsson kan entreprenadavtalet inte ses som en särskild avtalstyp eftersom det saknas tillämpliga lagregler och utfyllande normer för avtalet.

Istället kan entreprenadavtalet ses som en självständig avtalsform. En slutsats man kan dra från Samuelssons resonemang är att parterna vid ett entreprenadavtal har en berättigad förväntan att entreprenadavtalets särdrag ska beaktas vid rättstillämpningen. Samuelsson har vidare en mer restriktiv syn på tolkningen och menar att eftersom lagstiftaren uttryckligen utesluter tillämpningen av entreprenadavtal enligt § 2 innebär det att köplagens rättsföljder inte är direkt tillämpliga på ett entreprenadavtal. Enligt Samuelsson skapar det en skarp gräns gentemot köplagen vilket innebär att i situationer då en analog tolkning verkar vara lämplig är det tveksamt om entreprenadavtalet kan tolkas med hjälp av lagen. Det här är en viktig poäng som Samuelsson framför. Man kan fråga sig om det verkligen är lämpligt att ta in köplagen via bakvägen genom en analog tolkning när lagstiftaren tydligt har tagit ställning och beaktat entreprenadavtalets relation till köplagen genom utformningen av § 2. I propositionen till köplagen har lagstiftaren även konstaterat att vissa av lagens punkter passar illa att lösa ett entreprenadrättsligt problem på. T.ex. är hävning inte en bra lösning i ett entreprenadsammanhang.

Med beaktande av Samuelssons resonemang och av det som framgår av propositionen till köplagen kan man konstatera att, trots att vissa köprättsliga rättsföljder passar illa in på ett entreprenadavtal behöver inte det betyda att hela köplagen inte kan användas för en analog tolkning. Dessutom anser jag, med beaktande av Samuelssons resonemang, att om rättstillämparen ger utrymme och beaktar entreprenadavtalets särdrag borde en analog tolkning av köplagen kunna vara tillämplig. Dock under förutsättning att lösningarna passar in i det entreprenadrättsliga sammanhanget.

Hellner, Hager och Persson menar att det ska finnas ett funktionellt stöd för att göra en laganalogi. Att det ska finnas ett funktionellt stöd för en laganalogi tror jag betyder att det måste finnas funktionella likheter mellan, i det här fallet, entreprenadsammanhanget och köplagen. Alltså är inte hela köplagen tillämplig på alla delar av ett entreprenadavtal. Istället ska ledning sökas när

det i det enskilda entreprenadsammanhanget passar med en köprättslig lösning.

3.4.3 Slutsats

Utifrån de här resonemangen kan man konstatera att en laganalogi från köplagen kan tillämpas under förutsättningarna att situationen inte avviker väsentligen från entreprenadavtalet och förutsatt att entreprenadavtalets särdrag inte ställer upp hinder för tolkningen. Vidare måste det göras en individuell bedömning om en köprättslig lösning passar vid det föreliggande entreprenadsammanhanget i syfte att tillgodose parternas förväntan om att entreprenadavtalets särdrag ska beaktas vid rättstillämpningen.

4 Ansvar för felavhjälpande vid en totalentreprenad

4.1 Inledning

Syftet med följande kapitel är att besvara uppsatsens andra och tredje frågeställning. Nämligen innebörden av felavhjälpandeskyldighetens omfattning för beställare och entreprenör vid en totalentreprenad med utgångspunkt i De ingjutna rören från 2018, samt; frågan om ansvarsfördelningen påverkas av att man har att göra med en aktiv beställare och vad detta i sådana fall får för konsekvenser. För att besvara frågeställningarna ska totalentreprenadens omfattning och parternas ansvar utredas i syfte att fastställa vem som bär ansvaret att avhjälpa fel och hur omfattande det ansvaret är. ABT 06 kommer att studeras eftersom det är entreprenadavtalet som reglerar totalentreprenader.

4.2 Totalentreprenadens omfattning

Totalentreprenaden skiljer sig från utförandeentreprenaden genom att entreprenörens ansvar omfattar både projekteringen, alltså utrednings- och förberedelsearbetet av en entreprenad, och själva utförandet av entreprenaden. Beställarens roll är att ange klart formulerade funktionskrav för entreprenadens planerade användning.¹²³

Ett av de mest grundläggande villkoren i ABT 06 finner man i kapitel 1 § 1, som stadgar att entreprenadens omfattning bestäms av kontraktshandlingarna. Bestämmelsens innebörd påverkas av det faktum att det är entreprenörens

¹²³ Hedberg, 2010, s. 190 f.

uppdrag att utreda och projektera vid en totalentreprenad. Vid en totalentreprenad har entreprenören därtill ett funktionsansvar vilket betyder att entreprenören ansvarar för att den avtalade funktionen på entreprenaden uppfylls. Detta innebär att förutom att entreprenadens omfattning bestäms av de kontraktshandlingar som entreprenören har redovisat vid avtalets ingående, bestäms omfattningen av entreprenaden även av outtalade funktionskrav som entreprenören anses skyldig att uppfylla. De outtalade funktionskraven innebär att beställaren måste kunna räkna med att entreprenaden vid arbetets slut fungerar för det planerade ändamålet.¹²⁴

Entreprenörens ansvar för fel i entreprenaden gäller under garantitiden.¹²⁵ Ansvaret omfattar projekteringen och utförandet av entreprenaden. Om beställaren däremot har anvisat en viss teknisk lösning eller konstruktion är entreprenörens ansvar begränsat enbart till utförandet i den delen och omfattar alltså normalt inte funktionen. Entreprenören ansvarar inte för fel som beror på beställarens felaktiga projektering eller felaktiga skötsel av entreprenaden. Det är dock entreprenörens bevisbörda att visa att fel som uppkommer under garantitiden beror på beställaren.¹²⁶ Enligt Ossmer och Wollsén varierar kraven på beviskravets styrka beroende på vad som ska bevisas. Entreprenören kan antingen visa att dennes del av entreprenaden är kontraktsenlig eller göra sannolikt att felet omfattas av beställarens ansvar.¹²⁷ Garantitiden är normalt 5 år för entreprenaden om inte beställaren har angett särskilda krav på material eller särskild vara. I den delen gäller en garantitid om 2 år.¹²⁸ Entreprenören kan även bli skyldig att ansvara för fel efter garantitidens slut om felet är väsentligt och beror på vårdslöshet hos entreprenören. Det är beställaren som ska bevisa att entreprenören ansvarar för sådana fel. Att felet

¹²⁴ Hedberg, 2010, s. 193.

¹²⁵ Kap. 5 § 5 ABT 06.

¹²⁶ Kap. 1 § 8 ABT 06 med kommentar och Hedberg, 2010, s. 216 f.

¹²⁷ Ossmer, Per & Wollsén, Magnus, *Totalentreprenader och ABT 06: några kommentarer*, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2007, (hädanefter: Ossmer och Wollsén, 2007), s. 114 f.

¹²⁸ Kap. 4 § 7 ABT 06.

är väsentligt kan bero på flera orsaker, t.ex. att felet medför stora kostnader för beställaren eller att det påverkar entreprenaden på sådant sätt att den inte kan användas på ett ändamålsenligt sätt.¹²⁹ Mer om själva felbegreppet kommer inte att tas upp i uppsatsen. Mina frågeställningar utgår från att det är fastställt att fel föreligger i entreprenaden.

4.3 Utförandeansvar och funktionsansvar

Utförandeansvar och funktionsansvar är två begrepp som är centrala för att förstå ansvarsfördelningen vid en totalentreprenad. Vid en totalentreprenad reglerad av ABT 06 är det beställaren som anger funktionskrav för entreprenören att uppfylla genom att ansvara för projekteringen och utförandet av entreprenaden. Det betyder att entreprenören ansvarar för den avtalade funktionen om den är ett resultat av entreprenörens tekniska lösningar.¹³⁰ Vid en utförandeentreprenad reglerad enligt AB 04 är det istället beställaren som ansvarar för funktionskrav och projekteringen av entreprenaden och entreprenörens ansvar att utföra arbetena i enlighet med beställarens krav. Därmed har entreprenören enbart utförandeansvar vid en utförandeentreprenad.¹³¹

Det ska dock nämnas att entreprenadavtalet är flexibelt och entreprenadåtagandet kan kombineras fritt på olika sätt i enlighet med avtalsfriheten.¹³² I NJA 2009 s. 388 fastställde HD att ansvaret för en entreprenad inte enbart fastställs av entreprenadavtalets benämning utan även av kontraktshandlingarna i övrigt. I praktiken blandas de båda entreprenadformerna ofta ihop med varandra, medvetet och omedvetet. Enligt Ossmer och Wollsén är det t.ex. ovanligt med renodlade totalentreprenader utan ofta

¹²⁹ Kap. 5 § 6 ABT 06 och Hedberg, 2010, s. 218 f och Ossmer och Wollsén, 2007, s. 115.

¹³⁰ Ossmer och Wollsén, 2007, s. 21.

¹³¹ Samuelsson, 2011, s. 72.

¹³² Samuelsson, 2011, s. 73 f.

förekommer det s.k. styrda totalentreprenader där beställaren förutom att ange funktionskrav går in och föreskriver krav om viktiga tekniska lösningar.¹³³ Vid utförandeentreprenader är det även vanligt att man blandar in totalentreprenader. I sådana fall är utgångspunkten att AB 04 är avtalsinnehåll men att entreprenören har funktionsansvar för de tekniska lösningar och funktion för den bestämda delen som entreprenören har projekterat.¹³⁴

4.4 Ansvar för entreprenadhandlingar

Med tanke på entreprenadrättens speciella karaktär med långsiktiga och komplicerade arbeten är det viktigt att parterna har en fortlöpande kommunikation med varandra för att resultatet ska bli så bra som möjligt. Därför är det viktigt att fastställa vem som bär ansvaret för en entreprenadhandling om det senare skulle uppstå en tvist p.g.a. brister i någon av de lämnade handlingarna.¹³⁵ I kapitel 1 § 6 ABT 06 uttrycks en viktig regel vid en totalentreprenad. Av denna regel följer att respektive part ansvarar för de entreprenadhandlingar som den har framtagit.¹³⁶

Kapitel 1 § 6 ABT 06 stadgar ett strikt ansvar för att de uppgifter som lämnas är korrekta. Detsamma gäller ifråga om undersökningsmaterial och tekniska lösningar som används i entreprenaden och som en av parterna lämnar. Ansvaret för egenlämnade handlingar omnämns även i förordet till ABT 06 där det i stycke 2 framgår att beställaren bär ansvaret för de tekniska lösningar som beställaren själv väljer. Syftet med ansvarsfördelningen är att varje part ska kunna lita på att de uppgifter som den andra parten lämnar är riktiga. Den part som mottar handlingar framtagna av den andre parten, ska inte behöva

¹³³ Ossmer och Wollsen, 2007, s. 10.

¹³⁴ Samuelsson, 2011, s. 73 f.

¹³⁵ Samuelsson, 2016, s. 85.

¹³⁶ Se 1 kap. 6 § AB 04 och ABT 06 samt Deli, 2017, s. 51.

kontrollera att de är riktiga.¹³⁷ Däremot kan en aktiv beställares ansvar för felaktiga uppgifter lindras av entreprenörens ansvar att varna och avråda beställaren från en viss teknisk lösning. Den skyldigheten aktualiseras främst i konsumentförhållanden.¹³⁸ En skyldighet att avråda är förknippad med den s.k. allmänna lojalitetsplikten som återfinns i förordet till ABT 06. Där framförs det att samverkan och en god kommunikation är väsentlig för ett gott resultat. Lojalitetsplikten omnämns även i kapitel 4 § 3 ABT 06. Det finns inget entydigt svar på vad som omfattas av lojalitetsplikten. Men för att nämna några exempel kan den anses innefatta en omsorgsplikt, information- och upplysningsplikt och en skyldighet att begränsa skada.¹³⁹

Ansvar i kapitel 1 § 6 gör inte någon skillnad på vilka typer av uppgifter det är som lämnas utan omfattar både mer preciserade uppgifter och uppgifter som lämnas upplysningsvis.¹⁴⁰ Ansvar i kapitel 1 § 6 ABT 06 innebär även ett strikt ansvar för att den *önskade funktionen* av entreprenaden uppnås. Dessutom konstaterade HD i NJA 2009 s. 388 att det strikta ansvaret för uppgifter även omfattar uppgifternas lämplighet för dess ändamål.¹⁴¹

En annan viktig bestämmelse i ABT 06 finner man i kapitel 1 § 8. Bestämmelsen och dess kommentarstext stadgar att entreprenören inte har funktionsansvar för de delar av totalentreprenaden där beställaren har angett tekniska lösningar. Dock ansvarar entreprenören för att anpassa sina egna tekniska lösningar till lösningar som är framställda av beställaren samt att utreda konsekvenserna av beställarens tekniska lösningar på den övriga entreprenaden.¹⁴² Enligt Ossmer och Wollén rör många av tvistefrågorna

¹³⁷ Deli, 2017, s. 51 f. och Ramberg, 2005, s. 76.

¹³⁸ Ramberg, 2005, s. 76 jfr. med § 6 konsumenttjänstlagen.

¹³⁹ Kap. 4 § 3 ABT 06, förordet till ABT 06 samt Ossmer och Wollén, 2007, s. 35.

¹⁴⁰ Samuelsson, 2016, s. 84.

¹⁴¹ NJA 2009 s. 388.

¹⁴² Hedberg, 2010, s. 201.

avseende tillämpningen av ABT 06 hur långt entreprenörens övergripande ansvar sträcker sig. Bestämmelsen i sig ger inget svar på den frågan.¹⁴³

Entreprenören har en rätt att reservera sig från beställarens krav som denne inte anser sig kunna uppfylla. Det möjliggör även för entreprenören att göra beställaren uppmärksam på brister i sina tekniska lösningar. P.g.a. konkurrensskäl vid anbudsgivandet är det däremot inte vanligt med sådana här reservationer. Enligt Ossmer och Wollsen beror det förmodligen på att entreprenörerna är rädda att förlora entreprenaduppdraget.¹⁴⁴

4.5 Styrd totalentreprenad med en aktiv beställare

Det är inte ovanligt att ansvarsförhållandena mellan entreprenör och beställare förändras vid en totalentreprenad. Ofta sker denna förändring omedvetet och kan bero på att beställaren lägger fram krav på en viss typ av teknisk lösning eller lämnar ny detaljerad information för hur den tekniska lösningen ska utformas, en s.k. *aktiv beställare*. I sådana situationer finns det en risk att parterna är omedvetna om vem som bär ansvaret om det skulle bli fel eller en skada i de delar som omfattas av beställarens tekniska lösningar. Det är därför viktigt att parterna avtalar om ansvarsfördelningen av tekniska lösningar framförda av beställaren redan från början för att undvika uppkomsten av framtida tvister.¹⁴⁵

Huvudregeln enligt kapitel 1 § 8 ABT 06 anger att beställaren ansvarar för de tekniska lösningar som den själv har framställt. Beställaren ansvarar även för

¹⁴³ Ossmer och Wollsen, 2007, s. 63.

¹⁴⁴ Ossmer och Wollsen, 2007, s. 63 ff. jfr. kap. 1 § 8 ABT 06.

¹⁴⁵ Ossmer och Wollsen, 2007, s. 10 f.

att sina tekniska lösningar uppfyller föreliggande funktionskrav. Det betyder att entreprenörens funktionsansvar för entreprenaden försvinner i den del där beställaren har föreskrivit tekniska lösningar och entreprenören har därmed enbart utförandeansvar. Entreprenören ansvarar dock för hur de tekniska lösningar som beställaren framfört inverkar på entreprenaden i övrigt.¹⁴⁶ Enligt Deli omfattar entreprenörens ansvar i en sådan här situation att kravet på fackmässighet uppfylls. Det betyder att sådana konsekvenser som en fackman inte hade kunnat förutse inte omfattas av entreprenörens ansvar.¹⁴⁷ Det kan även vara så att entreprenören vid tiden för avtalstecknandet omedvetet tar över ansvaret över beställarens funktioner. Enligt Ossmer och Wollsn har omständigheterna vid avtalets tillkomst betydelse för frågan om en entreprenör kan anses ansvara för sådana funktioner. Om entreprenören vid avtalets ingående hunnit inse omfattningen av sitt åtagande, eller på annat sätt kan sägas ha accepterat att ta över ansvaret för beställarens tekniska lösningar, t.ex. genom att motta särskild ersättning, ska entreprenören som utgångspunkt även vara beredd att ansvara för beställarens tekniska lösningar.¹⁴⁸

Sammanfattningsvis kan sägas att vid en totalentreprenad med en aktiv beställare som framför krav och egna tekniska lösningar ska enligt bestämmelserna i ABT 06 beställaren ansvara för sina egna handlingar. I praktiken kan det betyda att beställaren på det viset urholkar entreprenörens funktionsansvar, eftersom det är beställaren som då ansvarar för att lösningarna uppfyller de föreliggande funktionskraven. Man kan tänka sig att detta sker medvetet ibland i ett försök att föra över ansvaret för egna tekniska lösningar på entreprenören och ibland omedvetet. Det kan dock bli svårt för entreprenören att bevisa att det är just beställaren som ansvarar för uppkomna fel i totalentreprenaden.

¹⁴⁶ Se kommentar till 1 kap. 8 § ABT 06.

¹⁴⁷ Deli, 2017, s. 54.

¹⁴⁸ Ossmer och Wollsn, 2007, s. 11.

4.6 Ansvar för felavhjälpande

Felavhjälpande är den primära åtgärden om entreprenaden är behäftad med ett fel. Enligt kapitel 5 § 17 stycke 1 ABT 06 har entreprenören både en rättighet och en skyldighet att avhjälpa vad som i besiktningssuttalandet utgör ett fel. Beställaren måste skriftligen underrätta entreprenören om felet.¹⁴⁹

Enligt kapitel 5 § 17 stycke 2 får beställaren själv avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad om entreprenören inte uppfyller sin avhjälpandeskyldighet inom två månader. Detta förutsatt att felet beror på ett förhållande orsakat av entreprenören. Det finns undantag till tvåmånadersfristen. Ett sådant är om en lämplig årtid behöver inväntas eller om felet inte medför risk för skada på entreprenaden eller medför annan betydande olägenhet för beställaren.¹⁵⁰

Enligt kapitel 5 § 17 stycke 3 ska entreprenören skriftligen underrätta beställaren om denne inte anser sig ansvarig för felet. Entreprenören ska även underrätta beställaren om att denne inte har för avsikt att avhjälpa felet. I sådana fall får beställaren själv avhjälpa felet.¹⁵¹ Bestämmelsens fjärde stycke har följande lydelse:

Om entreprenören inte ansvarar för felet har han rätt till ersättning enligt kapitel 6 §§ 1-7 och 11.¹⁵²

Bestämmelsen är något oklar. Enligt Hedberg kan den enbart gälla om entreprenören faktiskt har avhjälpt det påstådda felet och begär ersättning för det. Vidare måste det också vara fastställt att entreprenören inte ansvarar för felet eller att beställaren erkänner att entreprenören inte är ansvarig för felet eller att det inte förelåg något fel alls. Det mest troliga scenariot är att

¹⁴⁹ Kap. 5 § 17 st. 1.

¹⁵⁰ Kap. 5 § 17 st. 1-2 ABT 06 och Heberg, 2010, s. 220 och Deli, 2017, s. 93.

¹⁵¹ Kap. 5 § 17 st. 3 ABT 06.

¹⁵² Kap. 5 § 17 4 st. ABT 06.

entreprenören får bära bevisbördan för att felet beror på beställaren.¹⁵³ Enligt kapitel 5 § 17 stycke 5 sker avhjälpande på entreprenörens bekostnad om entreprenören är ansvarig för felet.¹⁵⁴

Av bestämmelserna i ABT 06 framkommer det inte vad som omfattas av avhjälpandeskyldigheten. Inte heller anges om det finns någon begränsning av det ekonomiska ansvaret för avhjälpande.¹⁵⁵ Enligt Samuelsson är entreprenörens skyldighet att avhjälpa fel inte beroende av att ett faktiskt fel föreligger eller att det är entreprenören som är ansvarig för felet. Av bestämmelsen i kapitel 5 § 17 framgår det istället att skyldigheten omfattar *påstådda* fel.¹⁵⁶

Huvudregeln om skyldighet att avhjälpa fel enligt kapitel 5 § 17 har ett undantag för oväsentliga fel enligt kapitel 5 § 19 ABT 06. Enligt kapitel 5 § 19 är entreprenören inte skyldig att avhjälpa fel om det skulle vara oskäligt med tanke på kostnaderna och om felet inte i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd, utseende eller möjligheten att använda entreprenaden på ett ändamålsenligt sätt. Dock har beställaren i sådana fall rätt till prisavdrag på entreprenadsumman.¹⁵⁷

Enligt Ossmer och Wollsen har entreprenören ett köprättsligt och nästan strikt ansvar för fel och felavhjälpande. Det innebär, enligt författarna, att entreprenörens ansvar för entreprenadens funktion därmed kan ses som en garantiutfästelse. Det strikta ansvaret kan dock inskränkas av beställarens inblandning i entreprenaden.¹⁵⁸

¹⁵³ Hedberg, 2010, s. 103 f., kommentar till AB 04. Dock har bestämmelsen om felavhjälpande samma lydelse i både AB 04 och ABT 06 vilket medför att Hedbergs kommentar till kap. 5 § 17 AB 04 även är relevant i det här sammanhanget.

¹⁵⁴ Se kap. 5 § 17 st. 4-5 ABT 06.

¹⁵⁵ Se NJA 2014 s. 960 och NJA 2018 s. 652 p. 35 och 40.

¹⁵⁶ Samuelsson, 2016, s. 330.

¹⁵⁷ Deli, 2017, s. 93.

¹⁵⁸ Ossmer och Wollsen, 2007, s. 14 och 22.

I De ingjutna rören som har presenterats tidigare i uppsatsen, tolkade HD omfattningen av entreprenörens ansvar att betala avhjälpandekostnader. I fallet var ABT 94 avtalsinnehåll mellan parterna men avgörandet får även betydelse för entreprenader reglerade enligt ABT 06 eftersom felavhjälpandebestämmelsens innehåll i stort sett är densamma i både ABT 94 och ABT 06.¹⁵⁹ Enligt HD inkluderar entreprenörens skyldighet att avhjälpa väsentliga fel åtgärder och kostnader för åtkomst och återställande av felet. Det betyder att entreprenören kan bli skyldig att betala för åtgärder som ligger utanför den egna entreprenaden. Det finns dock undantag. Åtgärder som entreprenören kan bli tvungen att bekosta måste ha varit förutsebara för entreprenören redan vid avtalets ingående. Det innebär att entreprenören borde insett att det fanns en risk för att det kan behöva vidtas åtkomst- och återställningsarbeten vid ett framtida felavhjälpande. Dessutom ska åtgärderna ha ett direkt och nödvändigt samband med entreprenaden.¹⁶⁰ Mer om De ingjutna rören presenteras i kapitel 5.6.2.

4.7 Sammanfattande analys

4.7.1 Omfattningen och ansvaret för totalentreprenaden

Sammanfattningsvis kan man dra slutsatserna att totalentreprenadens omfattning bestäms av kontraktshandlingarna i enlighet med kapitel 1 § 1 ABT 06. Vidare är det entreprenörens ansvar att projektera och att utföra entreprenaden i enlighet med beställarens funktionskrav. Det innebär att entreprenören ansvarar för att entreprenaden vid arbetets slut fungerar för det planerade ändamålet. Entreprenören ansvarar för fel som uppkommer under garantitiden. Ansvaret omfattar projekteringen och utförandet av

¹⁵⁹ Jfr. NJA 2018 s. 653 p. 34.

¹⁶⁰ Se kap. 2.3.2. och NJA 2018 s. 653 p. 51-52.

entreprenaden. Det är dock viktigt att komma ihåg att enligt kapitel 1 §§ 6 och 8 ABT 06 ansvarar varje part i ett entreprenadförhållande för de handlingar och tekniska lösningar som denne själv presenterar och tar fram.

Syftet med ansvarsfördelningen är att varje part ska kunna lita på att de uppgifter som den andra parten lämnar är riktiga. Bestämmelserna innebär att entreprenören inte ansvarar för entreprenadens funktion i de delar där beställaren har angett egna tekniska lösningar. Det innebär även att entreprenören inte ansvarar för fel som beror på beställarens felaktiga projektering. Det betyder att en beställare, som är aktiv i en totalentreprenad, där entreprenören har funktionsansvar, ändå går in och föreskriver om specifikationer och tekniska lösningar ska ansvara för dem enligt kapitel 1 §§ 6 och 8 ABT 06. Detta kan innebära att totalentreprenaden urholkas eftersom det är beställaren som, istället för entreprenören, ansvarar för att de tekniska lösningarna uppfyller funktionskraven i entreprenaden.

Ansvarsfördelningen kan vidare påverkas av den allmänna lojalitetsplikten. Som tidigare nämnt kan beställarens ansvar för en viss teknisk lösning lindras av entreprenörens skyldighet att avråda från en önskad teknisk lösning eller från en viss förändring i entreprenaden som beställaren föreslår.

4.7.2 Ansvar att avhjälpa fel

Entreprenören har ansvar för att avhjälpa fel i totalentreprenaden enligt kapitel 5 § 17 ABT 06. Bestämmelsen omfattar påstådda fel och är inte beroende av att ett faktiskt fel föreligger. Om entreprenören inte anser sig ansvarig för felet ska han meddela beställaren detta som i sin tur själv får avhjälpa felet.

I kapitel 5 § 17 stycke 4 framgår det att entreprenören har rätt att bli ersatt för kostnader för att avhjälpa väsentliga fel som denne inte ansvarar för.¹⁶¹ Bestämmelsen är enligt mig en aning märkligt utformad och det är oklart vad som avses. Enligt Hedberg, som kommenterade bestämmelsen i AB 04, måste det som sägs i detta stycke syfta på situationer där entreprenören har avhjälpt ett fel som denne inte anser sig ansvarig för. Dessutom måste det vara fastställt att det inte är entreprenören som ansvarar för felet. Detta kan t.ex. vara fallet när beställaren erkänner att felet inte är entreprenörens ansvar, eller att det inte föreligger något fel alls. Därmed verkar det vara svårt att tillämpa det som sägs. Jag förstår bestämmelsen på följande sätt: fel som entreprenören inte ansvarar för är entreprenören inte skyldig att avhjälpa. Om beställaren avhjälper ett sådant fel är entreprenören inte skyldig att ersätta beställaren. Enligt Hedberg är det mest troliga scenariot att det är entreprenören som får bära bevisbördan för att ansvaret istället är beställarens. Att beställaren själv ansvarar för felet kan bero på att denne aktivt har föreskrivit om tekniska lösningar eller annat som ursprungligen ankommer på entreprenörens funktionsansvar. Totalentreprenaden blir på så sätt en styrd totalentreprenad.

Vid en totalentreprenad reglerad enligt ABT 06 är utgångspunkten att det är entreprenören som ansvarar för att beställarens funktionskrav uppfylls. Det medför att ansvaret för fel riskerar att presumeras vara entreprenörens även när så inte är fallet. Vidare konstaterade HD i NJA 2009 s. 388 att ansvaret för en entreprenad inte fastställs av entreprenadavtalets benämning utan även av kontraktshandlingarna i övrigt. Det är därför viktigt att parterna tydligt avtalar om ansvaret i situationer där beställaren är aktiv och går in och föreskriver egna krav som entreprenören inte ska bära ansvaret för.

¹⁶¹ Se kap. 4.6.

4.7.3 Omfattningen av felavhjälpande-skyldigheten

Av bestämmelserna i ABT 06 framkommer det inte vad som omfattas av avhjälpandeskyldigheten. Inte heller om det finns någon begränsning av det ekonomiska ansvaret för avhjälpande. Entreprenadavtalet har därmed en lucka som behöver fyllas ut.

I De ingjutna rören blev entreprenören skyldig att betala för sådana arbeten som låg utanför dennes åtagande. Genom domen har omfattningen av entreprenörens ansvar att avhjälpa fel förtydligats. Felavhjälpandeskyldigheten omfattar, förutom felet som sådant, arbeten som har ett direkt och nödvändigt samband med entreprenörens del av entreprenaden om åtgärderna var förutsebara för entreprenören vid avtalets ingående. Detta förtydligande som HD har gjort kan även ses som ett utökande av entreprenörens felavhjälpandeansvar eftersom entreprenörens ansvar kan komma att omfatta mer än bara felet som sådant.

Avgörandet påminner om Ossmer och Wollséns uppfattning om att det är omständigheterna i samband med avtalsslutet som har betydelse för entreprenörens övertagande av ansvar för beställarens tekniska lösningar vid kontraktsteckningen. Om entreprenören vid avtalets ingående kunnat inse omfattningen av sitt åtagande eller fått betalt för att överta ansvaret för lösningarna från beställaren vid avtalets ingående, är författarnas uppfattning att entreprenören därmed ska stå sitt ansvar.

Förmodligen kan De ingjutna rören innebära att entreprenörens skyldighet att avhjälpa väsentliga fel utvidgas till att omfatta mer än själva åtgärdandet av felet. Långtgående konsekvenser av HD:s avgörande kan bli, för de fall där parterna inte har avtalat om annat, att entreprenören får bära ansvaret för totalentreprenaden även i de delar där beställaren är aktiv och har konstruerat entreprenaden. En konsekvens av det kan bli att entreprenören vid

anbudsgivandet måste räkna med eventuella kostnader som kan tillkomma utöver kostnaderna för själva entreprenaden. Detta kan motverka entreprenadavtalets syfte, som är att uppnå en effektiv byggprocess gällande kostnaderna och en sund konkurrens mellan entreprenörerna vid anbudsgivandet. Trots detta kan det verka rimligt att en entreprenör som är ansvarig för den felande delen av entreprenaden även ska ansvara och bekosta de insatser som krävs för att avhjälpa felet, även om insatserna innebär att bryta igenom andra entreprenörers arbeten.

4.7.4 Slutsats

För att besvara frågeställning två och tre, nämligen vad omfattningen av felavhjälpandeskyldigheten innebär vid en totalentreprenad för beställaren och entreprenören med utgångspunkt i De ingjutna rören, samt om; ansvarsfördelningen i en totalentreprenad förändras med en aktiv beställare och i sådant fall vilka konsekvenser detta får, ska det sägas att enligt ABT 06, ska en aktiv beställare bära ansvaret för sina delar av entreprenaden. På så sätt förändras också ansvarsfördelningen i en totalentreprenad med en aktiv beställaren. Dock kan den allmänna lojalitetsplikten lindra beställarens ansvar genom att entreprenören kan anses som skyldig att avråda från beställarens tekniska lösningar. Konsekvenserna av De ingjutna rören kan bli att entreprenörens ansvar att avhjälpa fel utvidgas till att omfatta delar av entreprenaden som entreprenören inte ska ansvara för enligt kapitel 5 § 17 ABT 06.

5 Ansvar för felavhjälpande enligt dispositiv rätt och konsumenttjänstlagen

5.1 Inledning

I följande kapitel ska den dispositiva entreprenadrätten undersökas i syfte att besvara uppsatsens fjärde frågeställning. Nämligen frågan om köplagen eller annan dispositiv rätt kan fastställa omfattningen av felavhjälpandebegreppet vid en totalentreprenad.

Det har i uppsatsens tidigare kapitel framkommit att ett entreprenadavtal kan vara ofullständigt om det saknas en gemensam partsavsikt och avtalets ordalydelse eller avtalets systematik inte ger någon ledning. Avtalet ska i sådant fall tolkas i ljuset av dispositiv rätt.¹⁶² Eftersom det inte finns några lagregler som är direkt knutna till entreprenadavtalet finns det inte några utfyllande lagregler som ska användas vid avtalstolkningen. HD har emellertid i sina avgöranden konstaterat att vid fastställandet av tillämplig dispositiv rätt ska ledning hämtas från lagar som gäller för närliggande avtalstyper. Främst är köplagens regler och allmänna rättsprinciper av intresse. Utöver det ska konsumenttjänstlagen och kommissionslagen undersökas.¹⁶³

¹⁶² NJA 2018 s. 653 p. 21.

¹⁶³ Kap. 2.3. och kap. 3.2.

Syftet med detta kapitel är även att undersöka om det råder en allmän rättsprincip för omfattningen av felavhjälpande inom den svenska dispositiva rätten och om en sådan därmed kan användas genom utfyllning av ABT 06.

5.2 Ansvar för felavhjälpande enligt köplagen

Felavhjälpande är reglerat i § 34 köplagen och första stycket stadgar att köparen har rätt att få fel avhjälpt av säljaren utan kostnad för köparen. Avhjälpandet ska dock kunna ske utan oskäligen kostnad eller olägenhet för säljaren.¹⁶⁴

Precis som i ABT 06 är felavhjälpande en av de primära påföljderna vid fel enligt köplagen. Enligt § 34 stycke 3 köplagen har köparen rätt till ersättning från säljaren för försvarliga kostnader att själv avhjälpa felet om säljaren underlåter sin avhjälpandeskyldighet. Enligt Ramberg och Herre är köparens rätt till ersättning i de här fallen ovillkorlig och säljaren kan därför inte göra gällande omständigheter som är ansvarsbefriande enligt § 40 köplagen.¹⁶⁵

Enligt propositionen till lagen omfattar ersättningen för felavhjälpande direkta och försvarliga kostnader. En förutsättning för bestämmelsens tillämpning och köparens rätt till ersättning är att säljaren är skyldig att avhjälpa felet men har underlåtit att göra så.¹⁶⁶ Andra förluster som inte har ett direkt samband med avhjälpandet ska beräknas enligt § 40 köplagen om

¹⁶⁴ Se § 34 köplagen.

¹⁶⁵ Ramberg, Jan & Herre, Johnny, kommentaren till § 34 köplagen, *Köplagen: en kommentar*, 2. uppl., Norstedts juridik Juno, Stockholm, senast uppdaterad 2018-09-01, hämtad: 2019-11-20, (hädanefter: Ramberg och Herre, 2018, kommentar till § 34 köplagen).

¹⁶⁶ Prop. 1988/89:76, s. 128.

skadestånd. Skadeståndet är begränsat till en försvarlig summa.¹⁶⁷ Enligt § 36 stycke 2 köplagen har köparen rätt att själv avhjälpa felet om det är av vikt för köparen att få felet avhjälpd inom en viss tid och denne inte rimligen kan vänta på att säljaren ska avhjälpa felet. Syftet med bestämmelserna är att köparen ska få en vara som är i avtalsenligt skick.¹⁶⁸

Enligt Ramberg och Herre är omfattningen av avhjälpandeskyldigheten i § 34 köplagen inte klarlagd. Det är dock säkert att avhjälpandeskyldigheten omfattar säljarens egen prestation. Författarna menar vidare att ett fel kan medföra att även annat, förutom den del som är felaktig, omfattas i avhjälpandeskyldigheten för att felet ska kunna avhjälpas. T.ex. kan en maskin behöva demonteras och därefter återmonteras, för att komma åt den beståndsdel som utgör ett fel, även om maskinen som helhet inte har tillhandahållits av säljaren. Det är dock tydligt att författarna i och med det här ställningstagandet har tagit hänsyn till HD:s argumentation i De ingjutna rören. Vidare poängterar författarna att felavhjälpandets syfte är att ett fel ska avlägsnas för att få varan för köpet i avtalsenligt skick. Alltså styr avtalet omfattningen av säljarens avhjälpandeskyldighet.¹⁶⁹

Enligt Herre innefattar köplagens ansvar för felavhjälpande direkta kostnader. Exempelvis reparationskostnader, undersökningskostnader och transportkostnader som är nödvändiga för att fullgöra avhjälpandet. Skälet till att dessa kostnaderna täcks är att ett avhjälpande enligt § 34 stycke 1 ska ske utan kostnad för köparen vilket tycks gälla även när köparen själv har avhjälpd felet.¹⁷⁰ Att kostnaderna för avhjälpandet ska vara försvarliga innebär att

¹⁶⁷ Prop. 1988/89:76, s. 129.

¹⁶⁸ Ramberg och Herre, 2016, s. 141 och s. 163.

¹⁶⁹ Ramberg och Herre, 2018, kommentar till § 34 köplagen.

¹⁷⁰ Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkning*, Juristförl., Diss. Stockholm : Handelshögsk., Stockholm, 1996, (hädanefter: Herre, 1996), s. 185 f.

köparen inte får avhjälpa felet på ett onödigt kostsamt sätt. Vidare ska åtgärderna utifrån en objektiv bedömning anses nödvändiga.¹⁷¹

5.3 Konsumenttjänstlagen

Konsumenttjänstlagen är en tvingande lagreglering med syfte att skydda konsumenten som ofta är den svagare parten i ett avtalsförhållande. Även om uppsatsen inte omfattar konsumentavtal kan den tvingande lagstiftningen ändå vara av intresse att lyfta fram eftersom den kan få betydelse vid en analog tolkning av entreprenadavtalet.¹⁷² Begreppen konsument och näringsidkare kommer att användas i följande kapitel för att exemplifiera förhållandet mellan beställare och entreprenör.

Felavhjälpande är reglerat i § 20 konsumenttjänstlagen. Bestämmelsens första stycke stadgar en rättighet för konsumenten att kräva att näringsidkaren avhjälp fel. Detta under förutsättning att avhjälpande kan ske utan att avhjälpandet medför oskäligen olägenheter eller kostnader för näringsidkaren i förhållande till felets betydelse för konsumenten.¹⁷³

Enligt propositionen till konsumenttjänstlagen är syftet med § 20 stycke 1 att konsumenten ska få en felfri prestation. Avhjälpandeskyldigheten har dock ett undantag om kostnaderna för avhjälpandet är orimliga i förhållande till felets betydelse för konsumenten. Undantagets syfte är att avhjälpandeskyldigheten inte ska vara för sträng för näringsidkaren. En alltför sträng bestämmelse riskerar att medföra att näringsidkaren vägrar att uppfylla avhjälpandeskyldigheten. Vidare bygger undantaget på en intresseavvägning mellan felets betydelse för konsumenten och olägenheterna och kostnaderna avhjälpandet vållar näringsidkaren. För att bestämmelsen inte ska ge

¹⁷¹ Herre, 1996, s. 190 f.

¹⁷² Se NJA 2007 s. 962 och kap. 1.5.3.3.

¹⁷³ § 20 st. 1 konsumenttjänstlagen.

näringsidkaren ett alltför stort utrymme att undgå avhjälpandeskyldigheten krävs det att olägenheterna för näringsidkaren står i markant missförhållande till felets betydelse för konsumenten. Vid oskälighetsbedömningen ska hänsyn även tas till huruvida näringsidkaren har stor eller liten skuld till felets uppkomst.¹⁷⁴

I § 20 stycke 4 konsumenttjänstlagen framkommer det att avhjälpandet ska ske utan kostnad för konsumenten med vissa undantag.¹⁷⁵ För att nämna ett exempel är näringsidkaren inte skyldig att ersätta konsumenten för kostnader om felet beror på en olyckshändelse.¹⁷⁶ Enligt propositionen ska konsumenten aldrig behöva betala för sådant som inte skulle ha uppkommit om tjänsten från början hade varit felfri. Exempelvis ska konsumenten inte vara tvungen att betala för en nödvändig demontering och ihopsättning av föremålet för tjänsten för att kunna avhjälpa felet.¹⁷⁷ Enligt Herre saknar konsumenten till följd av bestämmelsens utformning formellt en rätt att få avhjälpande-kostnader ersatta. Däremot har denne rätt till prisavdrag enligt § 21 om felet inte har avhjälpats i enlighet med § 20 konsumenttjänstlagen.¹⁷⁸

Frågan är vilken betydelse konsumenttjänstlagens bestämmelser kan tillmätas i ett entreprenadsammanhang. Enligt HD i NJA 2013 s. 1174 är det problematiskt att göra en analog tolkning av konsumenttjänstlagen på ett entreprenadavtal p.g.a. lagens speciella utformning med syfte att särskilt skydda konsumenter. Därför är en sådan tolkning begränsad till att omfatta enbart de bestämmelser i konsumenttjänstlagen som utgör allmänna rättsprinciper.¹⁷⁹ Enligt propositionen till konsumenttjänstlagen utgör lagen generellt gällande oskriven rätt inom tjänsteområdet. Enligt propositionen är

¹⁷⁴ Prop. 1984/85:110, s. 228.

¹⁷⁵ Prop. 1984/85:110, s. 235 och Herre, 1996, s. 119.

¹⁷⁶ § 20 st. 4 konsumenttjänstlagen.

¹⁷⁷ Prop. 1984/85:110, s. 235.

¹⁷⁸ Herre, 1996, s. 182 fotnot 40.

¹⁷⁹ Se NJA 2013 s. 1174 p. 9 och prop. 1984/85:110 s. 142.

det därmed möjligt att tillämpa lagen analogt utanför sitt direkta tillämpningsområde.¹⁸⁰ Samuelsson är dock kritisk till det här uttalandet och anför att det inte kan anses vara så välgrundat att enbart uttalandet i sig kan ligga till grund för en analog tillämpning av konsumenttjänstlagen på tjänsteområdet.¹⁸¹

5.4 Kommissionslagen

Kommissionslagen reglerar uppdrag att sälja eller köpa lös egendom under eget namn för annans räkning. Lagen undantar entreprenadavtalet från sitt tillämpningsområde genom att enbart omfatta köp och försäljning av lös egendom. Eftersom entreprenadavtalet karakteriseras av uppförandet av fast anläggning eller byggnad, ofta på annans mark, faller entreprenadavtalet inte inom kommissionslagens tillämpningsområde.¹⁸² Det framgår dock av propositionen till kommissionslagen att lagen ger uttryck för allmänna rättsprinciper vid uppdragsförhållanden. Det medför att lagen kan bli aktuell utanför sitt eget tillämpningsområde genom analoga tolkningar.¹⁸³

Eftersom entreprenören vid en totalentreprenad åtar sig ansvaret för att projektera och uppföra en byggnad eller en anläggning för beställarens räkning, finns det beröringspunkter mellan entreprenadavtalet och kommissionsavtalet. Huruvida det är lämpligt att tillämpa kommissionslagen analogt ska enligt propositionen avgöras med hänsyn till omständigheter i det enskilda fallet och med beaktande av de principer som lagen utgår från. I det här fallet blir därmed frågan i vad mån dessa principer är lämpade för entreprenadavtalet ABT 06 eftersom det saknas lagregleringar på området.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Prop. 1984/85:110, s. 142.

¹⁸¹ Samuelsson, 2011, s. 52 f.

¹⁸² Se § 1 kommissionslagen och kap. 1.5.3.2.

¹⁸³ Prop. 2008/09:88 s. 22 och 89.

¹⁸⁴ Prop. 2008/09:88 s. 29.

Vad gäller felavhjälpan finns det ingen motsvarande lagbestämmelse i kommissionslagen som förekommer i kapitel 5 § 17 ABT 06. Men det framkommer av § 4 stycke 1 att kommissionären (uppdragstagaren) ska tillvarata kommittentens (uppdragsgivaren) intresse under tiden uppdraget utförs. Kommissionären ska även följa kommittentens instruktioner och informera om omständigheter som kan vara av betydelse för uppdraget.¹⁸⁵

Det finns en uppfattning att inom den omsorgsplikt som följer av regeln ryms, förutom skyldigheten att följa uppdragsgivarens instruktioner efter avtalets ingående, även ytterligare arbeten. Detta under förutsättning att arbetena i skälig omfattning omfattas av denna skyldighet och därmed träffas av omsorgsförpliktelsen.¹⁸⁶ Enligt propositionen till lagen har det inte varit möjligt att ge en uttömmande beskrivning av kommissionärens omsorgsförpliktelse. Vad denna omfattar beror på omständigheter i det enskilda fallet.¹⁸⁷ Bestämmelsen ger visst stöd för den allmänna lojalitetsplikt som presenterades i kapitel 4.4 och kan medföra att den aktiva beställarens ansvar lindras av entreprenörens skyldighet att avråda från en olämplig teknisk lösning.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Se § 4 st.1 kommissionslagen.

¹⁸⁶ Hultgren, Peter, *Fel i tjänst om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall*, Umeå universitet, Diss. Umeå : Umeå universitet, 2019, Umeå, 2019; <http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-155558>, s. 51, not. 139. och O. Johansson, Svante, kommentaren till § 4 kommissionslagen, *Kommissionslagen: en kommentar*, Wolters Kluwer, Juno, 1 uppl., senast uppdaterad: 2017-07-31, hämtad: 2019-11-28.

¹⁸⁷ Prop. 2008/09:88, s. 93.

¹⁸⁸ Se kap. 4.4.

5.5 Allmänna rättsprinciper

5.5.1 Entreprenadavtalet och allmänna rättsprinciper

Frågan är vidare om allmänna rättsprinciper kan tillämpas på entreprenadavtal. HD har i sina avgöranden på entreprenadrättens område slagit fast att ett entreprenadavtal som är ofullständigt ska tolkas i ljuset av allmänna rättsprinciper, varav en del av dessa har kommit i uttryck i köplagen, som ett led i avtalsolkningen.¹⁸⁹ HD:s avgöranden talar därför för att entreprenadavtalets innehåll kan bestämmas av allmänna rättsprinciper i situationer då avtalets innehåll är oklart eller ofullständigt.

5.5.2 Innebörden av allmänna rättsprinciper

Vad en allmän rättsprincip består i är enligt Ramberg och Ramberg svårt att förklara och den kan komma till uttryck på många olika sätt. Den kan t.ex. finnas gömd bakom speciella lagbestämmelser.¹⁹⁰ Enligt Hellner, Hager och Persson råder det en brist på en begreppsmässig enhetlighet inom den svenska rätten. Detta medför att det är svårt att påvisa generella principer inom den svenska kontraktsrätten. Bristen på generella principer drabbar främst avtal som inte regleras av lagar.¹⁹¹

Enligt Lehrberg är en allmän rättsprincip en princip som återfinns i flera rättsregler på olika områden som tillsammans ligger till grund för en

¹⁸⁹ Kap. 2.3.2 och NJA 2014 s. 960 och NJA 2018 s. 653.

¹⁹⁰ Ramberg och Ramberg, 2019, s. 33.

¹⁹¹ Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2 Allmänna ämnen*, 5., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011, s. 19.

rättsanalogi.¹⁹² Rättsprincipen kan komma till uttryck i lagar, rättspraxis och i juridisk litteratur.¹⁹³ Ramberg och Ramberg ansluter sig i stort sett till samma förklaring och menar att det faktum att många lagbestämmelser har samma lydelse kan tyda på att bestämmelserna ger uttryck för en allmän rättsprincip.¹⁹⁴ Enligt Holm är en allmän rättsprincip en övergripande rättsnorm som alltid behöver konkretiseras och tolkas i det enskilda fallet.¹⁹⁵

Enligt Hellner, Hager och Persson kan analogislut grundade på lagregler eller avgöranden ge uttryck för allmänna rättsprinciper. Dock utgör sådana principer ofta generaliseringar. Analogier i form av lagregler eller avgöranden kan enligt författarna istället ge stöd åt en allmän rättsprincip. Detta under förutsättning att analogierna har en sådan omfattning och dominans att det kan sägas ge stöd åt en allmän rättsprincip.¹⁹⁶ Exempelvis ansågs hela 1905 års version av köplagen utgöra uttryck för allmänna rättsprinciper.¹⁹⁷ Dock är den nuvarande köplagens status som uttryck för allmänna rättsprinciper inte lika självklar.¹⁹⁸ Om konsumenttjänstlagen och köplagen ger uttryck för en och samma princip kan man enligt Hellner, Hager och Persson dock anta att principen kan tillämpas även vid oreglerade kommersiella tjänsteavtal.¹⁹⁹

¹⁹² Lehrberg, Bert, *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, 7. uppl., Iusté, Uppsala, 2016, s. 260.

¹⁹³ Lehrberg, 2018, s. 149 f.

¹⁹⁴ Ramberg och Ramberg, 2019, s. 33 och NJA 2018 s. 127 p. 21-22.

¹⁹⁵ Holm, Anders, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten - en allmän rättsprincip*, Ekonomiska institutionen, Univ. [distributör], Diss. Linköping : Univ., 2004, Linköping, 2004, s. 184.

¹⁹⁶ Hellner, Hager och Persson, 2019, s. 29 f. och Hellner, Jan, *Rättsteori: en introduktion*, 2., [omarb.] uppl., Juristförl., Stockholm, 1994, s. 117.

¹⁹⁷ Hellner, 2001, s. 204.

¹⁹⁸ Gorton, 2010, s. 159.

¹⁹⁹ Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktetsrätt. H. 1 Särskilda avtal*, 6., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 93 f.

5.6 Ansvar för felavhjälpande enligt rättspraxis

5.6.1 Beställarens ansvar för fel

Uppsatsens centrala syfte är att utreda ansvarsfördelningen för felavhjälpande vid en totalentreprenad. Som utgångspunkt är det entreprenören som bär ansvaret att avhjälpa fel i entreprenaden men som framkommit i det föregående är det i vissa fall istället beställaren som bär ansvaret för fel i entreprenaden.²⁰⁰ Exempelvis gäller detta om beställaren har angett felaktiga uppgifter som medför att entreprenaden inte blir kontraktsenlig. HD har utrett vad beställarens brister får för konsekvenser för ansvarsfördelningen vid en totalentreprenad i ett avgörande från 2013.

I NJA 2013 s. 1174 tolkade HD kapitel 1 § 6 i AB 04 med samma lydelse i ABT 06. Fallet rörde en totalentreprenad och HD konstaterade att en säljare till en tjänst inte är skyldig att närmare granska eller bedöma uppgifter om sakförhållanden som köparen har lämnat. En sådan skyldighet föreligger dock om säljaren har insett, inom ramen för fackmässighet, att uppgifterna var bristfälliga eller om det fanns en tydlig indikation om detta. Om beställaren har lämnat en felaktig uppgift och kontraktsbrottet därmed beror på beställaren, utgör det enligt HD, en allmän obligationsrättslig princip att beställaren i sådana fall inte kan göra gällande felpåföljder. Det framkommer bl.a. av § 30 köplagen och § 16 konsumenttjänstlagen. Detta trots att det råder en utgångspunkt att om resultatet av en tjänst avviker från det avtalsenliga skicket eller avviker från kravet på fackmässighet har köparen normalt sett rätt att göra gällande felpåföljder.²⁰¹

²⁰⁰ Se kap. 4.4. och 4.5.

²⁰¹ NJA 2013 s. 1174 p. 12 och p. 16-18.

5.6.2 Entreprenörens ansvar för fel

I ett annat fall, NJA 2009 s. 388, hade HD att ta ställning till om entreprenören vid en generalentreprenad, trots dess utformning, hade ett funktionsansvar.

Parterna i målet hade benämnt entreprenadavtalet som en generalentreprenad med AB 72 som avtalsinnehåll. I ett tillägg till ett avtalsvillkor angående garantitid om ett år hade entreprenören åtagit sig ett fullt ansvar för fel och brist i samband med projektets funktion. Vid slutbesiktningarna av fastigheterna som omfattades av entreprenaden konstaterades det att takkuporna som husen var försedda med var felaktiga och lett till omfattande fuktskador. Beställaren hävdade att entreprenören var ansvarig för felen och därmed berättigad till ersättning för avhjälpandekostnaderna. Entreprenören motsatte sig ansvar eftersom entreprenadavtalet var en s.k. generalentreprenad och att entreprenören, enligt avtalets benämning, därmed enbart var ansvarig för själva utförande av entreprenaden och inte för takkupornas funktion. Entreprenören framförde vidare att beställaren borde ha avtalat om en totalentreprenad istället för en generalentreprenad om beställaren ville att ett funktionsansvar skulle föreligga. HD konstaterade att eftersom det råder avtalsfrihet kan parterna själva fördela ansvaret på det sätt de önskar, oavsett vad som framkommer av det valda standardavtalet. I målet fastställde HD, med hänsyn till det individuellt framtagna avtalsvillkoren och vad som i övrigt framkom av kontraktshandlingarna, att entreprenören var strikt ansvarig för takkupornas funktion trots att avtalet benämndes som en generalentreprenad. HD anförde att detta funktionsansvar även följer av kapitel 1 § 9 AB 72 (nuvarande kapitel 1 § 6 AB 04) som stadgar att den part som tillhandahållit en uppgift ansvarar för dess riktighet.²⁰²

²⁰² NJA 2009 s. 388.

5.6.3 Felavhjälpandets omfattning

I NJA 2014 s. 960 konstaterade HD att entreprenadavtalet bygger på att fel ska avhjälpas så snart som möjligt för att få entreprenaden färdigställd på ett effektivt sätt. Vidare är det entreprenören som har det primära ansvaret att avhjälpa fel i entreprenaden. Om entreprenören är ansvarig för felet ska denne även stå för kostnaderna om beställaren själv har avhjälpt felet.²⁰³

I fallet hade HD att ta ställning till om beställaren var berättigad ersättning för beräknade avhjälpandekostnader för att komma till rätta med ett väsentligt fel enligt kapitel 7 § 25 ABT 94 (nuvarande kapitel 5 § 17 ABT 06). Beställaren varken kunde eller hade för avsikt att avhjälpa felet. HD ansåg att bestämmelsens ordalydelse gav utrymme för en rätt att bli ersatt för beräknade avhjälpandekostnader men att avtalet som sådant inte gav någon ledning i frågan hur långt felavhjälpandets omfattning sträcker sig.²⁰⁴ Vid tolkningen av den dispositiva entreprenadrätten fann HD att beställarens rätt till ersättning för uteblivet avhjälpande ska ses som ett skadestånd och att rätt till ersättning föreligger även i situationer där avhjälpande inte har skett. Detta eftersom det enligt skadeståndsrättsliga principer finns en presumtion för att felet avhjälpas.²⁰⁵ Utfallet av domen blev att entreprenören ansågs ansvara för avhjälpandekostnaderna vid väsentliga fel även då beställaren inte har för avsikt att avhjälpa felet.²⁰⁶

En fråga som uppkommer angående den här domen är om det verkligen är att anse som ett väsentligt fel i entreprenaden om beställaren kan leva med felet utan att avhjälpa det. En förutsättning för entreprenörens avhjälpandeskyldighet enligt ABT är att felet är väsentligt.²⁰⁷

²⁰³ NJA 2014 s. 960 p. 16 och 39.

²⁰⁴ NJA 2014 s. 960 p. 16 och p. 19-25.

²⁰⁵ NJA 2014 s. 960 p. 28-29.

²⁰⁶ NJA 2014 s. 960 p. 35.

²⁰⁷ Se kap. 4.6 och kap. 5 § 19 ABT 06.

I De ingjutna rören skulle HD utreda omfattningen av kostnadsansvaret för felavhjälpande av en entreprenad. HD konstaterade att utgångspunkten är att beställaren ska få entreprenaden i ett felfritt skick. Ofta ligger det även i entreprenörens intresse att själv få avhjälpa felet eftersom man på så sätt kan undvika betungande och ingripande konsekvenser av felet. Dessutom besitter entreprenören den kompetens och har den utrustning som behövs för att avhjälpa vilket medför lägre avhjälpandekostnader än om en annan entreprenör skulle anlitas för att avhjälpa felet.²⁰⁸

Vidare anförde HD att ABT:s bestämmelse i stort sett överensstämmer med vad som framgår av avhjälpandebestämmelserna i § 34 köplagen och § 20 konsumenttjänstlagen. Det är klarlagt att ersättningsgilla kostnader för felavhjälpande enligt köplagen måste ha ett direkt samband med felavhjälpandet. Vilka avhjälpandekostnader som omfattas av bestämmelserna framkommer dock inte. Därmed konstaterade HD att köplagen inte gav någon ledning för hur entreprenadavtalet skulle tolkas.²⁰⁹

HD tog även hänsyn till nordisk juridisk litteratur och den norska motsvarigheten till AB och ABT där den dominerande meningen är att om ett avhjälpande medför att de andra entreprenörernas arbeten måste göras om, omfattas dessa arbeten av avhjälpandeskyldigheten.²¹⁰

Angående avhjälpandeskyldighetens omfattning konstaterade HD att det enligt dispositiv rätt omfattar åtgärdandet av felet som sådant *samt* kostnader för arbeten som har ett direkt och nödvändigt samband med felavhjälpandet. Dessutom måste de tillkommande arbetena vara förutsebara vid avtalets ingående.²¹¹

²⁰⁸ NJA 2018 s. 653 p. 14 och 26.

²⁰⁹ NJA 2018 s. 653 p. 34-36.

²¹⁰ NJA 2018 s. 653 p. 38-39.

²¹¹ NJA 2018 s. 653 p. 51.

5.7 Sammanfattande analys

5.7.1 Den dispositiva rätten

Felavhjälpande är reglerat både enligt köplagen och enligt konsumenttjänstlagen. Enligt § 34 köplagen framkommer det att säljaren ska avhjälpa fel utan kostnad för köparen. Om säljaren inte avhjälpes felet har köparen rätt till försvarliga kostnader att själv avhjälpa det. Enligt propositionen till lagen är omfattningen av ersättningen för felavhjälpande direkta och försvarliga kostnader. Syftet med bestämmelsen är att köparen ska få en felfri prestation. I den juridiska litteraturen finns uppfattningen att ersättningens omfattning för felavhjälpandekostnader innefattar säljarens egen prestation men kan medföra att även annat än avhjälpande av själva felet omfattas. Exempelvis omfattas reparationskostnader och undersökningskostnader. Skälet till den ståndpunkten är att avhjälpande enligt § 34 stycke 1 köplagen ska ske utan kostnad för köparen.

Konsumenttjänstlagens § 20 stadgar att konsumenten har rätt att få fel avhjälpas, samt att avhjälpande ska ske utan kostnad för konsumenten. Enligt propositionen är syftet med bestämmelsen att konsumenten ska få en avtalsenlig prestation. Exempelvis kan säljaren bli tvungen att betala för en nödvändig demontering och ihopsättning av föremålet för tjänsten för att kunna avhjälpa felet. Avhjälpandeskyldigheten är dock begränsad och måste vara rimlig i förhållande till felets betydelse för konsumenten. Syftet är att bestämmelsen inte ska vara för sträng för näringsidkaren och bygger därmed på en intresseavvägning mellan parterna.

Angående felavhjälpande finns det alltså likheter mellan konsumenttjänstlagen och köplagen. Enligt de båda lagarna är det säljarens/näringsidkarens ansvar att avhjälpa fel. Dessutom är syftet med både § 34 köplagen och § 20 konsumenttjänstlagen att köparen/konsumenten ska få en

felfri prestation och därmed inte behöva betala för avhjälpandekostnader som inte skulle ha uppkommit om prestationen från början vore avtalsenlig. Den här grundtanken delas även av HD som i både De ingjutna rören och i NJA 2014 s. 960 har stadgat att syftet med entreprenadavtalet är att beställaren ska få en färdigställd och felfri entreprenad. Därför ska fel avhjälpas så effektivt som möjligt.

Avhjälpandeskyldigheten i kapitel 5 § 17 ABT 06 delar även likheter med konsumenttjänstlagen och köplagen genom att det främst är entreprenörens skyldighet och rättighet att avhjälpa fel i totalentreprenaden. Om entreprenören inte uppfyller sin avhjälpandeskyldighet får beställaren låta avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad.²¹² Frågan är vidare vilka kostnader som omfattas av avhjälpandeskyldigheten.

5.7.2 Felavhjälpandets omfattning

I köplagen stadgas det att avhjälpandeskyldigheten omfattar direkta och försvarliga kostnader. I både köplagen och i konsumenttjänstlagen stadgas det att köparen/konsumenten har rätt att få en avtalsenlig prestation. Enligt propositionerna till lagarna och den juridiska litteraturen kan detta innebära att avhjälpandeskyldigheten omfattar annat än att avhjälpa själva felet om det är en nödvändig konsekvens för att få en felfri prestation. Att detta även gäller för entreprenader har HD genom sina avgöranden slagit fast.

Enligt NJA 2014 s. 960 omfattar entreprenörens avhjälpandeskyldighet uppskattade avhjälpandeskostnader för väsentliga fel som beställaren inte har för avsikt att avhjälpa. Enligt De ingjutna rören omfattar entreprenörens avhjälpandeskyldighet tillkommande arbeten samt andra kostnader om de har ett direkt och nödvändigt samband med felet som sådant. Arbetena eller

²¹² Kap. 4.6.

kostnaderna måste även ha varit förutsägbara för entreprenören vid avtalets ingående.

Av kommissionslagen framkommer det att en kommissionär har en allmän omsorgsplikt i förhållande till kommittenten. Denna förpliktelse brukar anses ge uttryck för en allmän rättsprincip som då kan bli tillämplig på entreprenadavtal. Omfattningen av omsorgsförpliktelsen är inte klarlagd utan beror på omständigheter i det enskilda fallet. En långtgående slutsats som kan dras är att, om det är klarlagt att det är entreprenören genom sin felaktiga prestation har orsakat beställaren tillkommande kostnader, ska entreprenören stå för dem.

5.7.3 Kan ledning hämtas från den dispositiva rätten?

Det som talar för att avhjälpandeskyldigheten omfattning i kapitel 5 § 17 ABT 06 kan tolkas i ljuset av konsumenttjänstlagen och köplagen är att felavhjälpandets utformning och syfte liknar varandra i de båda lagarna. Enligt de båda lagarna ska avhjälpande ske utan kostnad för köparen/konsumenten i syfte att få en avtalsenlig prestation. Enligt köplagen omfattar felavhjälpandeskyldigheten sådana kostnader som utifrån en objektiv bedömning anses direkta och försvarliga.

Av vad som har sagts om allmänna rättsprinciper talar sådana principer för att felavhjälpandets omfattning, såsom det har kommit till uttryck i lagarna, därmed utgör en allmän princip. Enligt Hellner, Hager och Persson kan man dessutom anta att en princip som förekommer i både konsumenttjänstlagen och i köplagen ska tillämpas vid kommersiella tjänsteavtal som saknar lagregler. Dock framkommer det inte explicit från lagtexten i konsumenttjänstlagen att felavhjälpande omfattar direkta och försvarliga kostnader. Istället framgår det av propositionen till lagen att konsumenten

aldrig behöva betala för sådant som inte skulle ha uppkommit om tjänsten från början hade varit felfri.

Det finns dock tveksamheter i frågan huruvida man kan tillmäta konsumenttjänstlagen betydelse i ett entreprenadsammanhang med två näringsidkare som parter eftersom lagens syfte är att ge ett särskilt skydd åt konsumenter. I § 20 konsumenttjänstlagen framkommer det dock ett förbehåll till näringsidkarens fördel då näringsidkaren inte är felavhjälpandeskyldig om kostnaderna för avhjälpandet är orimliga i förhållande till felets betydelse för konsumenten. Som framgår av det sagda har man tagit hänsyn till näringsidkarens intressen vilket talar för att ledning kan hämtas från konsumenttjänstlagen.

HD har i sina avgöranden slagit fast att avhjälpandeskyldigheten omfattar direkta och nödvändiga kostnader som uppkommer i samband med ett felavhjälpande. Det kan t.ex. röra sig om förstörande ingrepp. Alltså har principen om att felavhjälpande kan komma att omfatta mer än bara avhjälpande av felet som sådant en utbredning och förekommer inom flera rättskällor. Mycket talar därför för att det råder en allmän princip att felavhjälpande omfattar mer än bara felet som sådant.

HD har i NJA 2013 s. 1174 även konstaterat att beställaren inte kan göra gällande felpåföljder i situationer där beställaren har angett felaktiga uppgifter som har föranlett kontraktsbrottet. Detta under förutsättning att entreprenören inte har insett, eller om det fanns en tydlig indikation om, att uppgifterna var felaktiga. I NJA 2009 s. 388 konstaterade HD att entreprenadens benämning saknar betydelse för ansvarsfördelningen. Istället är det vad som framkommer av de individuellt framtagna avtalsvillkoren och kontraktshandlingarna i övrigt som avgör ansvarsfördelningen. Den part som tillhandahåller uppgifter eller konstruktioner m.m. ansvarar strikt för dess riktighet. Alltså borde det betyda att en aktiv beställare inte kan göra gällande felpåföljder som beror på kontraktsbrott orsakat av denne själv.

Därutöver påverkar entreprenadavtalets särdrag lämpligheten i att hämta ledning från lagarna. Det har tidigare i uppsatsen konstaterats att för att en laganalogi ska vara lämplig ska den dispositiva lösningen passa in i det entreprenadrättsliga sammanhanget. Därmed finns det aspekter som talar emot att felavhjälpandets omfattning kan få sitt innehåll genom tillämpning av dispositiv rätt. Vid en entreprenad har entreprenören ofta ett större intresse av att själv få avhjälpa felet till en lägre kostnad istället för att låta någon annan avhjälpa på entreprenörens bekostnad. Detta beror exempelvis på att entreprenören ofta har de redskap och den kunskap som behövs för att på ett kostnadseffektivt sätt avhjälpa felet. Dessutom kan det vara så att entreprenören redan befinner sig på platsen för entreprenaden vilket gör det mer effektivt att denne tillåts avhjälpa felet. Att få felet avhjälpt så fort som möjligt är även av intresse för entreprenören för att undvika mer betungande kostnader eller konsekvenser i framtiden. Detta skiljer sig från felavhjälpande enligt t.ex. köplagen där det förmodligen är lättare för köparen att anlita en annan aktör för att avhjälpa fel och där säljarens intresse av att själv få avhjälpa felet inte är lika stort som för en entreprenörs vid en entreprenad. Detta talar emot att en analog tolkning av köplagens och konsumenttjänstlagens bestämmelser om felavhjälpande kan tillämpas i ett entreprenadsammanhang. Vidare är det förmodligen mer kostsamt och komplicerat att avhjälpa ett fel i en entreprenad än vid ett köp.

5.7.4 Slutsats

För att besvara uppsatsens fjärde frågeställning, om köplagen eller annan dispositiv rätt kan fastställa omfattningen av felavhjälpandebegreppet vid en totalentreprenad, kan det konstateras att mycket talar för att ledning kan hämtas från köplagen och annan dispositiv rätt vid bestämmandet av omfattningen av felavhjälpandebegreppet vid en totalentreprenad.

Av konsumenttjänstlagen, köplagen och HD:s avgöranden på entreprenadrättens område, framkommer det att avhjälpandeskyldigheten anses innefatta,

förutom avhjälpandet av själva felet, direkta och nödvändiga kostnader i samband med felavhjälpandet i syfte att få en avtalsenlig prestation. Mycket talar därför för att det råder en allmän rättsprincip om att felavhjälpandeskyldigheten kan omfatta mer än bara felet som sådant, nämligen kostnader som har ett direkta och nödvändigt samband med felet, med det bakomliggande syftet att beställaren har rätt att få entreprenaden i avtalsenligt skick.

6 Avslutande analys

6.1 Inledning

I detta kapitel ska en sammanfattande kommentar presenteras. I samband med det ska det diskuteras för vad De ingjutna rören kan komma att få för konsekvenser för ansvarsfördelningen för felavhjälpande vid en totalentreprenad i framtiden. Syftet med kapitlet är även att utreda om felavhjälpandebegreppet i kapitel 5 § 17 ABT 06 kan antas få det innehåll som HD fastslog i De ingjutna rören.

I uppsatsens tidigare kapitel har det konstaterats att ett ofullständigt entreprenadavtal kan fyllas ut med hjälp av samma huvudsakliga tolkningsmetod som vid standardavtalstolkning i allmänhet och som HD har arbetat fram genom sina avgöranden. Entreprenadavtalet har dock särdrag som förväntas få utrymme vid avtalstolkningen. De yttre ramarna för hur vidsträckt en tolkning kan vara är när entreprenadavtalets särdrag åsidosätts eller när en utfyllande regel passar illa in i ett entreprenadsammanhang.²¹³

Angående relationen mellan entreprenadavtalet och köpeavtalet reglerat enligt köplagen finns det både likheter och skillnader och det råder delade meningar i den juridiska litteraturen om huruvida ledning kan hämtas från köplagen vid tolkningen av ett entreprenadavtal eller inte. En viktig poäng är att eftersom det saknas lagstiftning på entreprenadrättens område, finns det inte några särskilda lagregler som ska användas vid utfyllning av entreprenadavtalet. Dessutom finns det en förväntan av parterna i ett entreprenadavtal att entreprenadrättens särdrag får genomslag vid rättstillämpningen.²¹⁴ Trots detta borde en analog tolkning från köplagen kunna tillämpas under förut-

²¹³ Kap. 2.4.

²¹⁴ Kap. 3.2.

sättningarna att situationen inte avviker väsentligen från entreprenadavtalet och förutsatt att entreprenadavtalets särdrag inte ställer upp hinder för tolkningen.

Angående felavhjälpandebegreppet och dess omfattning vid en totalentreprenad framkommer det inte av bestämmelserna i ABT 06 vad som omfattas av avhjälpandeskyldigheten. Inte heller framkommer det om det finns någon begränsning av det ekonomiska ansvaret för avhjälpande. Genom De ingjutna rören har HD dock utrett omfattningen av entreprenörens ansvar att avhjälpa fel. Enligt HD omfattar avhjälpandeskyldigheten felet som sådant samt även andra arbeten som har ett direkt och nödvändigt samband med entreprenörens fel av entreprenaden om åtgärderna var förutsebara för entreprenören vid avtalets ingående. Felavhjälpandebegreppets omfattning enligt dispositiv rätt anses innefatta, förutom avhjälpandet av själva felet, direkta och försvarliga kostnader i samband med felavhjälpandet i syfte att få en avtalsenlig prestation.

I detta kapitel ska De ingjutna rörens konsekvenser för felavhjälpandets omfattning i framtiden analyseras och diskuteras.

6.2 Felavhjälpandets omfattning och entreprenadavtalets särdrag

Frågan är om De ingjutna rören och annan dispositiv rätt kan användas som ledning vid utfyllandet av den lucka som råder angående omfattningen av felavhjälpandeskyldigheten i ABT. Med hjälp av HD:s utarbetade tolkningsmetod ska det därför utredas om, med beaktande av entreprenadavtalets särdrag, ledning kan hämtas i den dispositiva rätten. Därefter ska det

undersökas om tolkningen är rimlig mot bakgrund av en övergripande bedömning.²¹⁵

I De ingjutna rören ålade HD entreprenören att betala de kostnader, utöver själva felet, som uppkom för åtkomst- och återställningsarbeten som var nödvändiga för att avhjälpa felet. Vid tolkningen av ABT undersökte HD den dispositiva entreprenadrätten. Särskilt köplagen och allmänna rättsprinciper. HD ansåg dock att köplagen inte gav någon ledning i frågan utan blickade utåt mot nordisk rätt och juridisk litteratur. I den nordiska litteraturen finns det en gemensam uppfattning om att i situationer då ett felavhjälpande innebär att en senare entreprenörs arbeten måste göras om, omfattas de arbetena av avhjälpandeplikten.²¹⁶ Något som talar för att man vid tolkning av ABT 06 kan hämta ledning från De ingjutna rören är att enligt kapitel 5 § 17 stycke 2 och 5 ABT 06 har beställaren rätt att själv avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad om entreprenören inte avhjälpes felet inom två månader. Syftet med detta är att beställaren har rätt att få en felfri entreprenad.²¹⁷

Något som talar emot att entreprenörens avhjälpandeskyldighet kan komma att omfatta delar av entreprenaden som ligger utanför entreprenörens eget ansvarsområde i enlighet med De ingjutna rören är situationer med en aktiv beställare. I situationer med en aktiv beställare är entreprenörens ansvar enligt ABT 06 begränsat till själva utförandet i den delen där beställaren har föreskrivit särskilda krav. Därmed har entreprenören inte ett funktionsansvar i den delen. Det betyder att en beställare, som är aktiv i en totalentreprenad, där entreprenören har funktionsansvar, ändå går in och föreskriver om specifikationer och tekniska lösningar ska ansvara för dem enligt kapitel 1 §§ 6 och 8 ABT 06.²¹⁸ Detta har HD även fastställt i NJA 2013 s. 1174 genom

²¹⁵ Kap. 2.4.2.

²¹⁶ Kap. 2.3.2.

²¹⁷ Kap. 4.6.

²¹⁸ Kap. 4.5.

att konstatera att beställaren inte kan göra gällande felpåföljder i situationer där beställaren själv har angett felaktiga uppgifter som har föranlett kontraktsbrottet.²¹⁹ Om omfattningen av felavhjälpandeskyldigheten får sitt innehåll av De ingjutna rören kan det medföra att entreprenören får bära hela ansvaret, alltså både utförande- och funktionsansvaret, för den aktive beställarens räkning.

En annan faktor som talar emot att den dispositiva rätten kan bestämma omfattningen av felavhjälpandeskyldigheten enligt kapitel 5 § 17 ABT 06 är bestämmelsens fjärde stycke. Den stadgar att entreprenören har rätt att bli ersatt för kostnader att avhjälpa väsentliga fel som denne inte ansvarar för. Bestämmelsen är märkligt formulerad och för att den ska kunna bli tillämplig krävs det att det är fastställt att felet inte beror på entreprenören. Men om det är fastställt att felet inte är entreprenörens har beställaren inte rätt att få sådant avhjälpande ersatt.²²⁰

Trots att det finns aspekter som talar emot att ABT kan få sitt innehåll från den dispositiva rätten har jag i kapitel 5 argumenterat för att mycket talar för att det råder en allmän princip om att felavhjälpande omfattar mer än bara felet som sådant med det bakomliggande syftet att beställaren har rätt att få entreprenaden i avtalsenligt skick. Eftersom en allmän rättsprincip har direkt tillämplighet på relevanta avtalsförhållanden talar det för att den dispositiva rätten kan ge sitt innehåll till ABT.

Enligt HD ska det avslutningsvis göras en övergripande rimlighetsbedömning för att fastställa om tolkningen passar in i ett entreprenadrättsligt sammanhang. I det här fallet handlar det om att hämta ledning för att bestämma felavhjälpandets omfattning. Exempelvis framhålls det i propositionen till köplagen att vissa av de köprättsliga påföljderna inte är

²¹⁹ Kap. 5.6.1.

²²⁰ Kap. 4.6 och 4.7.2.

lämpliga vid en entreprenad.²²¹ Ofta borde det t.ex. innebära större kostnader och mer kunskap att avhjälpa ett fel i en entreprenad än vid ett köp.

Därutöver är en förutsebar riskfördelning mellan parterna en central del av ABT. HD betonade tidigt i sina domskäl i De ingjutna rören vikten av att bibehålla förutsebarheten av den risk- och ansvarsbalans som ABT bygger på. HD menade att den obalans som avgörandet kan skapa för parterna i entreprenadsammanhang i framtiden, vägs upp av entreprenörens möjlighet att begära förbesiktning.²²² Dock kan man fråga sig hur mycket detta jämnar ut obalansen eftersom fel kan vara dolda och uppdagas först långt efter att entreprenaden har slutförts.

Ett av huvudsyftena med ABT 06 är att beställaren ska få en färdigställd och felfri entreprenad. Det talar för att tolkningen är rimlig mot bakgrund av en övergripande bedömning. Det kan verka rimligt att en entreprenör som är ansvarig för den felande delen av entreprenaden även ska ansvara och bekosta de insatser som krävs för att avhjälpa felet, även om insatserna innebär att förstöra och återställa andra entreprenörers arbeten. Detta eftersom beställaren annars hade blivit bakbunden och behövt bekosta arbetena själv för att få entreprenaden i avtalsenligt skick. Dessutom kan det vara så att det ofta är entreprenören som sitter inne med den kunskap och de resurser som krävs för att få entreprenaden i avtalsenligt skick vilket gynnar den kostnadseffektivitet som ABT 06 syftar till att upprätthålla.

6.3 Ansvar för felavhjälpan i framtiden

HD:s avgörande i De ingjutna rören kan innebära att entreprenören numera ansvarar för åtkomst- och återställningsarbeten utanför entreprenaden och för andra arbeten om de har ett direkt och nödvändigt samband med

²²¹ Kap. 3.2.

²²² Kap. 2.3.2.

felavhjälpandet och var förutsägbara vid avtalets ingående. Trots begränsningen, att kostnaderna måste ha varit förutsägbara vid avtalets ingående och att de ska ha ett direkt och nödvändigt samband med felavhjälpandet, tycks HD:s fastställande av gällande rätt om ansvarsfördelningen mer sträng mot entreprenören än vad uppfattningen i branschen tidigare har varit.²²³ Entreprenörer riskerar därmed att få stå för mycket omfattande avhjälpandekostnader som entreprenören måste beräkna och ta med vid anbudstillfället till beställaren. Beroende på hur omfattande entreprenaden är kan summorna vara skyhöga och dessutom är det svårt för en entreprenör att förutse hur mycket pengar det rör sig om. Resultatet av avgörandet kan därmed bli en snedvriden ansvarsfördelning till nackdel för entreprenören och inte parterna har avtalat om annat. Även de konstadsmässiga effekterna av HD:s tolkning kan bli stora p.g.a. entreprenadens ofta omfattande karaktär. Det ska dock betonas att de här konsekvenserna enbart gäller i situationer då parterna inte har avtalat om vem som ska stå för kostnaderna för felavhjälpandet.

De ovan nämnda konsekvenserna kan även bli kortvariga om BKK i nästa utgåva av ABT reder ut kostnadsansvaret för felavhjälpande vid en totalentreprenad. Men fram tills en ny utgåva av ABT eller AB kommer med reviderade bestämmelser angående felavhjälpandeansvaret är de här konsekvenserna möjliga. Därtill är det viktigt att BKK tydliggör ansvarsfördelningen gällande felavhjälpande i nästa utgåva av ABT. På så vis kan parterna bli uppmärksamma på ansvarsfördelningen och därmed avtala och förhandla om villkoren i avtalet innan avtalet sluts och på så vis undvika tvister.

²²³ Jfr. kap. 4.

6.4 Slutsats

Som slutsats kan det sägas att felavhjälpandeskyldighetens omfattning inte är fastställd av ABT 06. Av De ingjutna rören framkommer det att entreprenören, förutom sitt eget fel, är skyldig att stå för felavhjälpandekostnader som har ett direkt och nödvändigt samband med entreprenörens fel och som var förutsebara vid avtalets ingående. Domen får även stöd i annan dispositiv rätt. Enligt köplagen och konsumenttjänstlagen och deras respektive förarbeten framkommer det att köparen/konsumenten har rätt att få en avtalsenlig prestation vilket kan innebära att säljaren/näringsidkaren kan få stå för kostnader utöver själva felet. Att beställaren ska få en färdigställd entreprenad är även ett av huvudsyftena med ABT 06. Mycket talar därför för att det råder en allmän rättsprincip om att felavhjälpandeskyldigheten kan omfatta mer än bara felet som sådant, nämligen kostnader som har ett direkt och nödvändigt samband med avhjälpandet, med det bakomliggande syftet att beställaren har rätt att få entreprenaden i avtalsenligt skick. Eftersom en allmän rättsprincip har direkt tillämplighet på relevanta avtalsförhållanden talar det för att felavhjälpandeskyldighetens omfattning i ABT kan få sitt innehåll av dispositiva rätten.

Käll- och litteraturförteckning

Lagförarbeten

Regeringens proposition 1984/85:110 om konsumenttjänstlag.

Regeringens proposition 1988/89:76 om ny köplag.

Regeringens proposition 2008/09:88 ny kommissionslag.

Elektroniska källor

Byggandets Kontraktskommitté, Om BKK,
<http://foreningenbkk.se/verksamhet/>, hämtad: 2019-09-27.

Lagkommentarer

O. Johansson, Svante, kommentaren till § 4 kommissionslagen,
Kommissionslagen: en kommentar, Wolters Kluwer Juno, 1 uppl., senast
uppdaterad: 2017-07-31, hämtad: 2019-11-28.

Ramberg, Jan och Herre, Johnny, 2018, *Köplagen: en kommentar*, 2. uppl.,
Norstedts juridik Juno, Stockholm, senast uppdaterad 2018-09-01, hämtad:
2019-11-20.

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt 2*, 6., [uppdaterade] uppl.,
Juristförlaget, Lund, 2010.

Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper 1: gåva, hyra av lös sak, lån,
förvaring, entreprenadavtal, avtal om arbete på lös sak, sysslomansavtal
och andra uppdrag*, 2. uppl., Norstedt, Stockholm, 1976.

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, Nionde upplagan, Norstedts Juridik,
Stockholm, 2018.

Deli, Robert, *Kommersiella entreprenadavtal i praktiken*, Utgåva 2, Svensk
Byggtjänst, Stockholm, 2017.

Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09*, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2010.

Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm, 2001.

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2 Allmänna ämnen*, 5., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 1 Särskilda avtal*, 6., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt Första häftet Särskilda avtal*, Sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019.

Hellner, Jan, *Rättsteori: en introduktion*, 2., [omarb.] uppl., Juristförl., Stockholm, 1994.

Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkning*, Juristförl., Diss. Stockholm : Handelshögsk., Stockholm, 1996.

Holm, Anders, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten - en allmän rättsprincip*, Ekonomiska institutionen, Univ. [distributör], Diss. Linköping : Univ., 2004, Linköping, 2004.

Hultgren, Peter, *Fel i tjänst om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall*, Umeå universitet, Diss. Umeå : Umeå universitet, 2019, Umeå, 2019;

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-155558>.

Ingvarson, Anders och Utterström, Marcus, *Tolkning av entreprenadavtal — det köprättsliga kontrollansvaret möter hinderbestämmelserna i AB 04*, SvJT 2015, s. 20-39.

Ingvarson, Anders och Utterström, Marcus, *Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum*, SvJT 2015, s. 258-278.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 1–10.

Lambertz, Göran, Lindskog, Stefan & Möller, Mikael (red.), *Festskrift till Torgny Håstad / [redaktörer Göran Lambertz, Stefan Lindskog, Mikael Möller]*, Iustus, Uppsala, 2010.

Lehrberg, Bert, *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, 7. uppl., Iusté, Uppsala, 2016.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, Tionde upplagan, Iusté, Uppsala, 2018.

Linander, Bo & Rådberg, Åke, *Kommentarer till ABM 07*, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2008.

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.

Nilsson, Mattias, *Entreprenadavtalets speciella drag. Något om Högsta domstolens norminriktade avtalstolkning av entreprenadrättens standardavtal – och dess undantag*, i; Persson, Annina H., Millqvist, Göran & Saf, Carolina 1972- (red.), *Festskrift till Ronney Hagelberg*, Jure, Stockholm, 2016.

Ossmer, Per & Wollsn, Magnus, *Totalentreprenader och ABT 06: några kommentarer*, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2007.

Ramberg, Christina, *Kontraktstyper*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2005.

Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Allmän köprätt*, Åttonde upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Köplagen: en kommentar*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, Elfte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2019.

Samuelsson, Per, *AB 04: en kommentar*, Upplaga 1, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden*, Karnov Group, Stockholm, 2011.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 2007 s. 962.

NJA 2009 s. 388.

NJA 2013 s. 271.

NJA 2013 s. 1174.

NJA 2014 s. 960.

NJA 2015 s. 3.

NJA 2015 s. 110.

NJA 2015 s. 862.

NJA 2018 s. 127.

NJA 2018 s. 653.