



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emma Dansbo

Entreprenadavtal i allmänhet
och entreprenörens felansvar
i synnerhet

Examensarbete
20 poäng

Lars Gorton
Entreprenad juridik
VT 04

Innehåll

INNEHÅLL	2
SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Syfte och frågeställning	7
1.2 Metod och material	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Disposition	9
2 ALLMÄNT OM ENTREPRENADER	10
2.1 Entreprenadrättsliga regler	10
2.1.1 Allmänt	10
2.1.2 Standardavtal	10
2.2 Entreprenadavtalens karakteristiska drag	11
2.2.1 Allmänt	11
2.2.2 Entreprenadavtalet som en avtalsyp sui generis	13
3 ORGANISATION AV ENTREPRENADER	14
3.1 Upphandlingsformer	14
3.1.1 Delad entreprenad	14
3.1.2 Generalentreprenad	14
3.1.3 Samordnad Generalentreprenad	15
3.2 Entreprenadformer	15
3.2.1 Utförandeentreprenad	15
3.2.2 Totalentreprenad	15
4 OBLIGATIONSRÄTT, AVTALS RÄTT OCH ENTREPRENADAVTAL	17
4.1 Entreprenadavtal och Obligationsrätten	17
4.2 Entreprenadavtal och Avtalsrätten	17
5 RÄTTSKÄLLOR VID KOMMERSIELLA ENTREPRENADER	20
5.1 Allmänt	20
5.2 Analogislut	22
5.2.1 Konsumenttjänstlagen	22

5.2.2Köplagen	23
5.2.3CISG	24
5.3Handelsbruk	25
5.3.1Allmänt	25
5.3.2AB 92 som handelsbruk	25
5.4AB 92 som norm	27
6 FEL I ENTREPRENAD	28
6.1Allmänt om fel och påföljder	28
6.2Entreprenadens avtalsenlighet	28
6.3Utförande- eller funktionsansvar	29
6.4Fackmässigt utförande	33
6.5Felbedömningen	34
6.5.1Tidpunkten för felbedömningen	34
6.5.2Besiktning	35
6.5.3Reklamation	38
7 PÅFÖLJDER FÖR FEL VID ENTREPRENADER	39
7.1Allmänt	39
7.2Avhjälpande av fel	39
7.3Rätt att hålla inne betalning	42
7.4Prisavdrag	43
7.5Hävning	45
7.6Skadestånd	48
8 SLUTORD	53
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	57

Sammanfattning

I den här uppsatsen behandlas kommersiella entreprenaders karakteristiska drag och dess plats i obligationsrätten samt i avtalsrätten. Syftet är också att beskriva vilka rättsregler som kan bli aktuella för att lösa eventuella tvister med avseende på fel i entreprenader.

Det finns ingen speciell avtalsrättslig reglering avseende kommersiella entreprenadavtal. Entreprenader är också undantagna från KöpLs tillämplighetsområde. Entreprenadrättsliga förhållanden har under lång tid dominerats av allmänna bestämmelser, så kallade "agreed documents" som arbetats fram gemensamt av parterna i branschen. Det vanligaste standardavtalet benämns AB 92. Vid entreprenader där beställaren är konsument är däremot KtjL tillämplig.

Karakteristiskt för entreprenadavtal i allmänhet är att entreprenören åtar sig att utföra ett visst arbete åt en beställare. Entreprenadavtal är typiskt sett ett varaktigt avtal. De likheter som finns mellan entreprenadavtal gör att det vanligtvis betraktas som en särskild avtalstyp, ett avtal sui generis.

Entreprenader kan organiseras på olika sätt. Upphandlingen av en entreprenad kan resultera i delad entreprenad, generalentreprenad eller samordnad generalentreprenad. Beroende på vem av parterna som ansvarar för projekteringen av entreprenaden kan det vidare röra sig om utförandeentreprenad eller totalentreprenad.

Förhållandet mellan beställaren och entreprenören är obligationsrättsligt. Om parterna ej avtalat om att branschens standardavtal ska reglera deras mellanhavanden behövs det andra regler som stöd vid eventuellt behov av att utfylla och tolka det individuella entreprenadavtalet. Med dessa reglers hjälp kan innehållet i entreprenörens förpliktelse bestämmas vidare kan de utgöra stöd för vilka påföljder som beställaren kan vara berättigad till om entreprenören ej skulle uppfylla sina förpliktelser.

Analogier från KtjL respektive KöpL kan då diskuteras. Vidare kan AB 92s regler ha betydelse. Standardavtalet betraktas i och för sig ej som handelsbruk men kan kanske ändå vara en vägledande norm för att lösa problem som parterna ej reglerat i sitt avtal.

Att bestämma entreprenörens förpliktelses innehåll kompliceras av att det i ett entreprenadavtal ofta ingår många olika handlingar. Då dessa handlingar kan innehålla motstridiga uppgifter finns i AB 92 en rangordningslista för vilken handling som ska ges företräde framför en annan. Motsvarande bestämmelse finns inte i KöpL eller KtjL.

Både KtjL och AB 92 innehåller ett krav på att entreprenören ska utföra sin förpliktelse fackmässigt. Vidare är det av intresse huruvida det i

entreprenörens förpliktelsen ingår ett ansvar för entreprenadens funktion eller endast ett ansvar att utföra entreprenaden enligt beställarens instruktioner.

Enligt standardavtalet ska undersökningen för att bestämma om entreprenören utfört sin förpliktelse enligt avtalet ske genom en besiktning av entreprenaden. Motsvarande regler om besiktning finns ej i KtjL eller KöpL. KöpL innehåller dock en undersökningsplikt för köparen när varan avlämnats. Frågor som händer samman med undersökningen av en vara är risken övergång och reklamation. Dessa frågor är däremot reglerade i de aktuella lagarna.

Om beställarens rätt till påföljder ej är reglerat i det individuella avtalet uppkommer också frågan vad som gäller om entreprenören ej uppfyller sina förpliktelser. KöpL ger under vissa förutsättningar köparen rätt att kräva att felet avhjälps, hålla inne betalning, göra prisavdrag, häva avtalet och kräva skadestånd. Både KtjL och AB 92 innehåller i princip samma påföljder men omständigheterna för när de olika påföljderna kan bli aktuella varierar dock.

Sammanfattningsvis kan konstateras att rättsläget, när det gäller vilka rättsregler som kan fungera som stöd för utfyllnad och tolkning vid kommersiella entreprenader som ej regleras av standardavtalet, är osäkert.

Förkortningar

AB 92	Allmänna Bestämmelser för anläggnings- och installationsentreprenader,1992
AB 72	Allmänna Bestämmelser för byggnades-anläggnings- och installationsentreprenader. 1972
ABT 94	Allmänna bestämmelser för totlaentreprenader.
AFU	Allmänna bestämmelser för unerentreprenörer
AMA	Allmän material- och arbetsbeskrivning
AvtL	Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område(1915:218)
cit.	citerat
BKK	Byggandets Kontrakts Kommitté
KtjL	Konsumenttjänstlagen (1985:716)
KöpL	Lag om köp och byta av lösegendom (1990:931)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition

1 INLEDNING

Med kommersiell entreprenad förstås byggnadsarbeten och anläggningsarbeten där den beställare som vill ha ett visst arbete utfört är näringsidkare. Den som utför arbetet på beställarens uppdrag betecknas entreprenör. Byggnads- och anläggningsindustrin är en stor och viktig industrigren.¹

När det gäller relationen mellan beställaren och entreprenören finns ingen särskild rättslig reglering i Sverige. Området har i stället länge dominerats av de standardavtal som arbetats fram gemensamt av parterna i branschen. Systemet med standardavtal har varit i kraft i olika upplagor under drygt 100 år² och just nu pågår arbetet med att ta fram ett nytt avtal för installations- och byggentreprenader med namnet AB 04.

Eftersom särskild lagstiftning med avseende på kommersiella entreprenader saknas uppkommer frågan vilka regler som kan användas för att lösa tvister angående entreprenörens förpliktelser och eventuella kontraktsbrott i de fall då parterna av någon anledning ej har ett standardavtal integrerat i sitt avtal.

Samuelsson framhåller att en redogörelse av entreprenadrätten som begränsas till att behandla de i standardavtalet uppställda bestämmelserna ej besvarar den grundläggande frågan om vilka dispositiva rättsregler som konstituerar avtalstypen.³

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med den här uppsatsen är att beskriva kommersiella entreprenadavtals karakteristiska drag samt hur de passar in i en obligations- och avtalsrättslig struktur.

Syftet är vidare att beskriva vilka rättsregler som kan bli aktuella för att lösa tvister avseende fel i kommersiella entreprenadsituationer där parterna ej uttryckligen gjort ett standardavtal till en del sitt avtal och utifrån dessa regler försöka besvara följande frågor: Vilket resultat är entreprenören förpliktad att åstadkomma? När ska bedömningen göras huruvida förpliktelsen är uppfylld och hur ska den gå till? Vilka påföljder kan inträda vid underlåtenhet att uppfylla förpliktelsen?

¹ Samuelsson, Per, "FIDIC och svensk entreprenadrätt". I: *Kompendium till Kommersiell avtalsrätt*, Lund 2003. s. 1.

² Samuelsson, s. 319.

³ Samuelsson, s. 320.

1.2 Metod och material

Jag har använt mig av rättsdogmatisk metod i arbetet med den här uppsatsen. Utgångspunkten för arbetet har varit att jämföra relevanta lagrum i fr.a KöpL och KtjL med motsvarande bestämmelser i standardavtalet AB 92. Genom denna jämförelse har jag försökt finna möjliga lösningar för situationer då parternas individuella avtal ej ger vägledning och något relevant standardavtalet ej heller är tillämpligt. Jag har utöver lagtext och standardavtal använt mig av förarbeten, praxis och doktrin.

Framförallt förarbetena KöpL och KtjL har varit mig till nytta och då speciellt när det gäller KtjL där doktrinen varit begränsad. Doktrin som rör rena entreprenadfrågor är också begränsad men jag har framför allt använt mig av Hööks *Entreprenad Juridik*⁴ som behandlar entreprenadfrågor från ett bredare perspektiv och inte enbart utifrån standardavtalen. När det gäller standardavtalet AB 92 har *Limans Entreprenad- och konsulträtt*⁵ varit en viktig källa.

Hellners *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt. Häfte 1 och 2*⁶ har också varit viktiga källor. Hellners behandling av allmänna kontrakts ämnen har gett mig en förståelse för vilka rättsregler som kan vara relevanta vid bedömningen av entreprenadavtal, samt hur KöpL bestämmelser förhåller sig till KtjL. Hellner framhåller i *Speciell avtalsrätt II Häfte 2*⁷ att han vill visa på de allmänna principer som gäller då standardavtal och individuella avtal saknas. Han gör dock ett undantag och det är när det gäller entreprenadavtal som istället får tjäna som ett exempel på en avtalstyp som helt domineras och karakteriseras av den utbredda användningen av ett standardavtal.⁸

Vidare har Samuelssons artikel *FIDIC och svensk entreprenadrätt*⁹ givit mig uppslag till upplägget av uppsatsen och vilka rättskällor som kan vara relevanta att beakta.

Rodhes *Obligationsrätt* har också varit mig till nytta för att förstå entreprenadavtalens i relation till obligationsrätten.

Ramberg/Herres *Allmän köprätt*¹⁰ har hjälpt mig med köprättsliga frågor. Vad gäller köplagen har även Håstads *Den nya köprätten*¹¹ varit en bra källa för att få en större förståelse av köplagens regler.

⁴ Höök, Rolf, *Entreprenad Juridik*, studentupplaga, Stockholm 1999.

⁵ Liman, Lars-Otto, *Entreprenad- och konsulträtt*, sjätte upplagan, Stockholm 2002.

⁶ Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II häfte 1* tredje upplagan, Stockholm 1996. Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II häfte 2 Allmänna ämnen*, tredje upplagan Stockholm 1996.

⁷ Hellner, a.a.

⁸ Hellner, Häfte 2, s. 32.

⁹ Samuelsson, Per, "FIDIC och svensk entreprenadrätt". I: *Kompendium till Kommersiell avtalsrätt*, Lund 2003.

¹⁰ Ramberg, Jan; Herre, Johnny, *Allmän köprätt*, andra upplagan Stockholm 2002.

¹¹ Håstad, Jan, *Den Nya Köprätten*, Uppsala 2003.

1.3 Avgränsningar

Jag har avgränsat uppsatsen till att endast behandla entreprenadavtal där beställaren är näringsidkare. Entreprenadsituationer där KtjL är direkt tillämplig lämnas därmed utanför. Jag har begränsat jämförelsen mellan lagstiftning och standardavtal till att endast omfatta AB 92. Standardavtalet ABT 94 som till stor del bygger på samma grund berörs endast lite i uppsatsen. Vidare behandlar jag enbart avvikelser rörande entreprenadens fysiska beskaffenhet, det vill säga faktiskt fel.

Det är inte ovanligt att en entreprenad är sammanflätad med ett fastighetsköp. Hellner framhåller att det i de fall då entreprenören också är säljaren av fastigheten kan uppkomma frågor om huruvida entreprenadrättsliga principer eller JB:s regler ska tillämpas i dessa fall.¹² Jag har valt att här behandla fall då det rör sig om rena entreprenadavtal utan inblandning av fastighetsköp.

Jag beaktar vidare endast svenska lag och svenska standardavtal. Ett standardavtal som kan tänkas komma att bli allt vanligare i branschen är det internationella standardavtalet FIDIC. Avtalets regler kan självfallet vara av intresse men jag har för att kunna hantera ämnet valt att endast behandla det svenska AB-systemet.

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds efter det här avsnittet med ett avsnitt som behandlar entreprenadavtal i allmänhet. Här står standardavtalet och entreprenaders karakteristiska drag i fokus. Avsnitt tre behandlar entreprenadavtalet med hänsyn till upphandling och organisation. Detta avsnitt syftar till att särskilt belysa de olika entreprenadformer då dessa i stor utsträckning kan inverka på entreprenörens ansvar för fel. Avsnittet därefter behandlar entreprenadavtalet i relation till obligationsrätten och avtalsrätten.

Därefter lägger jag i avsnitt fem fokus på vilka rättsregler som kan vara relevanta för att lösa entreprenadrättsliga tvister när den specifika avtalssituationen ej är reglerad av något av standardavtalen. I avsnitt sex och sju gör jag sedan ett försök att jämföra dessa relevanta regler med avseende på frågan om entreprenörens ansvar för fel i entreprenaden samt de påföljder som kan bli aktuella.

Uppsatsen avslutas med några korta avslutande reflektioner i det åttonde och sista avsnittet.

¹² Hellner a.a. s. 137.

2 Allmänt om Entreprenader

2.1 Entreprenadrättsliga regler

2.1.1 Allmänt

Vid behandling av frågor som rör entreprenadförhållanden måste åtskillnad göras mellan konsumententreprenader och kommersiella entreprenadavtal. I de fall där beställaren är konsument är KtjL tillämplig.¹³ När det gäller kommersiella entreprenader finns däremot ingen särskild lagreglering. Vidare är KöpL inte direkt tillämplig på entreprenader. I 2§1 st KöpL undantas ”avtal om uppförde av byggand och annan fast anläggning på mark och i vatten” från lagens tillämpningsområde.¹⁴ Första kapitlet avtalslagen är tillämplig på avtalens ingående och det krävs ingen särskild avtalsform för att entreprenadavtal skall vara giltiga.

Praxis som gäller kommersiella entreprenader inte särskilt omfattande. Orsaken till detta har i doktrinen angetts bero på att en stor del av det tvister som rör entreprenadavtal avgjorts i skiljenämnd eftersom det är denna form för tvistelösning som ges som huvudregel i de standardavtal, som i stor utsträckning är dominerande i branschen.¹⁵ Inte heller i doktrinen har entreprenadavtal behandlats i någon större utsträckning och när så har skett har standardavtalsbestämmelserna oftast fått stå i centrum.¹⁶

2.1.2 Standardavtal

Den svenska entreprenadbranschen har under lång tid dominerats av allmänna bestämmelser som detaljerat reglerar avtalsförhållandet mellan beställaren och entreprenören.¹⁷ Dessa allmänna bestämmelser har arbetats fram av parterna inom branschen och utgör så kallade ”agreed documents”. Det mest använda, nu gällande, standardavtalet är Allmänna bestämmelsen för byggnads- och anläggnings- och installations entreprenader, AB 92. Byggnadets kontraktskommitté (BKK) ett samarbetsorgan för byggbranschens parter med representanter för såväl beställare som entreprenörer¹⁸ arbetar nu med att ta fram en ny version av standardavtalet för utförandeentreprenader. Avtalet ska ersätta AB 92 och går under arbetsnamnet AB 04.

¹³ 1§1p KtjL.

¹⁴ Ramberg/ Herre, s. 21.

¹⁵ Samuelsson a.a. s. 317 Se dock förslaget till nya AB 04 där domstol enligt anges som forum för prövning av tvister.

¹⁶ Se bl.a. Heller, Häfte 1; Liman, Lars-Otto, *Entreprenad- och konsulträtt*, sjätte upplagan, Stockholm 2002

¹⁷ Samuelsson, s. 319

¹⁸ Liman, s. 14

Till vissa av AB 92s bestämmelser har det fogats kommentarer som antagits av BKK. Dessa utgör en integrerad del av AB 92 och skall vara vägledande vid tolkning och tillämpning av berörda villkor. Dessa kommentarer är dock inte alltid lättolkade och har ansetts ha mer karaktären av självständiga bestämmelser än tolkningsprinciper.¹⁹

Med AB 92 som grund har BKK även utarbetat bestämmelser som reglerar beställarens och entreprenörens mellanhavanden vid så kallade totalentreprenader. Allmänna Bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten, ABT 94. AB 92 och ABT 94 är på många punkter identiska och jag kommer därför genomgående i uppsatsen att hänvisa till AB 92. Den huvudsakliga skillnaden mellan avtalstyperna är att entreprenören vid en totalentreprenad har ett så kallat funktionsansvar medan ansvaret enligt AB 92 är ett utförande ansvar. Innebörden av dessa olika ansvarsformer samt skillnaden mellan de båda standardavtalet kommer redogöras för mer ingående i avsnitt 6.3.

Standardavtalen förutsätter att parterna i det enskilda fallet kommer överens om huvudingredienserna i avtalet. Ett entreprenadavtal består således vanligen av två delar, dels det individuella avtalet som reglerar den specifika entreprenaden, dels standaravtalet AB 92 eller ABT 94.²⁰

AB 92 och ABT 94 utgör grunden för ett väl utvecklat system av allmänna bestämmelser, administrativa föreskrifter och tekniska beskrivningar av standardtyp som används inom entreprenad branschen. Det finns allmänna föreskrifter för underentreprenörens avtal med byggherren i AFU 96. Dessutom finns det administrativa föreskrifter som innehåller regler av allmänt upplysande art som har att göra med icke tekniska förhållanden. Som en integrerad del av avtalssystemet kan man också se AMA-systemet. AMA betyder Allmänna material- och arbetsbeskrivningar. AMA innehåller ett antal bokstavs- och sifferkodade beskrivningar. Beställaren behöver i avtalet endast återge de relevanta koder och rubriker i AMA som ger de tekniska lösningar han önskar. Det finns även allmänna bestämmelser som reglerar konsulters ansvar i samband med projektering av entreprenader.²¹ Dessa olika bestämmelser kommer ej att beröras i den här framställningen.

2.2 Entreprenadavtalens karakteristiska drag

2.2.1 Allmänt

Beteckningen entreprenadavtal kan omfatta en mängd olika avtalssituationer. Det arbete som entreprenören åtar sig att utföra kan variera alltifrån att utgöra en liten del i en större entreprenad till ett åtagande att

¹⁹ Lindahl, Alf m.fl., *Entreprenad AB 92*, Stockholm 1994, s. 14.

²⁰ Hedberg, Stig, *Entreprenadkontrakt fällor och fel*, Stockholm 1996, s. 64.

²¹ Höök, Rolf, *Entreprenad Juridik*, studentupplaga, Stockholm 1999, s. 63.

uppföra en hel fabrik färdig för drift.²² I vissa fall kommer resultatet av entreprenadavtalet att vara fast egendom men entreprenader kan också omfatta om- och tillbyggnad av redan befintliga byggnader eller anläggningar.²³

Till sin grundkaraktär är entreprenadavtalet ett avtal om att utföra ett arbetsbeting. Entreprenören åtar sig att utföra ett visst arbete på uppdrag av beställaren. Det arbete som ska utföras kan dock vara mycket olika till sin karaktär och som följd av detta varierar också strukturen på avtalen beroende på de specifika förutsättningarna.²⁴ Att beteckna entreprenadavtalen som arbetsbeting har ibland kritiserats i doktrin och i vissa framställningar har istället benämningen materiella uppdrag använts.²⁵

Bengtsson anger som karakteristiskt drag för entreprenadavtal att entreprenören i princip ådragit sig att prestera ett visst resultat. Undantag från entreprenörens ansvar för resultatet kan dock förekomma till exempel då fel uppkommer på grund av att entreprenören rättat sig efter beställarens instruktioner.²⁶

Ett utmärkande drag för entreprenader är att avtalsprestationen ofta pågår under en längre tidsperiod och avtalsrelationen mellan avtalsparterna därmed blir långvarig.²⁷ Entreprenadavtal utgör således typiskt sett ett varaktigt avtal till skillnad från monomentana avtal som t.ex. köp, där utväxlingen av prestationer sker vid ett koncentrerat tillfälle. Till skillnad från hyresavtal som kan pågå under obestämd tid finns det vid entreprenadavtalet däremot vanligtvis en bestämd tidpunkt när avtalet ska vara slutfört. Det kan dock vara svårt att i förväg fastställa precis när uppdraget kommer att vara uppfyllt. Svårigheten beror till viss del på att det ofta är ett stort antal entreprenörer som samverkar och en försening när det gäller en del ofta leder till förseningar i de övrigas arbete.²⁸

Entreprenadavtal utgörs ofta av sammanflätade avtalsrelationer. Det rör sig många gånger om avancerat arbete som kräver att många aktörer med olika specialkompetenser samverkar.²⁹ Vidare är det karakteristiskt för entreprenadavtalet att produktionen inte drivs på ett fast driftställe utan självfallet är beroende av den plats som entreprenaden ska uppföras på.³⁰

Då utgångspunkten för entreprenadjuridiken i doktrin vanligtvis har varit standardavtalen på området har många av de karakteristiska drag som framhållits som utmärkande för entreprenadavtal anknutit till just

²² Höök, s. 9.

²³ Hedberg, s. 62.

²⁴ Höök, s. 9.

²⁵ Bengtsson, Bertil, *Särskilda Avtalstyper I*, andra upplagan, Stockholm 1976, s. 103f.

²⁶ Bengtsson, a.a. s. 114f.

²⁷ Höök, s. 15.

²⁸ Hellner, Häfte 2, s. 28f

²⁹ Hellner a.a. s. 131.

³⁰ Lindsö, s. 98.

standardavtalens bestämmelser. Hellner använder entreprenadavtalen som exempel för att beskriva en avtalstyp som till största del är reglerad av branschens standardavtal. Han avgränsar innebörden av entreprenad med hjälp av vad han kallar det pragmatiska kriteriet att avtalet är underkastat något av de standardavtal som finns i branschen.³¹

Höök uppställer tre punkter för att sammanfatta de speciella särdrag han anser finnas för entreprenadjuridiken som helhet. Den första punkten utgörs just av standardavtalssystemet med balanserade villkor mellan parterna. Nästa punkt rör de ansvarsfrågor för fel och kvalitet som uppkommer på grund av att objektet som skall uppföras vanligtvis inte existerar när avtalet ingås och den projektering som följer av detta. Den sista punkten som är karakteristiskt för entreprenadjuridik enligt Höök är hur parterna avgör om ett fel föreligger med hänvisning till AB-systemets besiktningsregler.³²

2.2.2 Entreprenadavtalet som en avtalsyp sui generis

De gemensamma karakteristiska dragen hos entreprenadavtalen gör att de i regel anses utgöra en särskild avtalstyp.³³ En metod som använts när man funnit att en viss avtalstyp inte passar in under någon av de kända avtalstyperna har varit att förklarat att dessa avtal är sui generis vilket betyder av en typ för sig själva.³⁴ Ett argument som talat för att betrakta entreprenadavtalen som en avlastyp sui generis är att de allmänna avtalsrättsliga reglerna är otillräckliga för att hantera entreprenadförhållanden.³⁵

Entreprenadavtal har ibland i doktrin karakteriserats som en särskild avtalstyp på grund av att branschens mycket använda standardavtal bestämt ramarna för avtalen.³⁶ Samuelsson framhåller dock att påståendet att entreprenadavtal är en särskild avtalstyp förutsätter att det finns ett komplex av speciella entreprenadrättsliga regler utöver AB systemets. Samuelsson betonar att en redogörelse av entreprenadrätten som begränsas till att behandla de i standardavtalet uppställda bestämmelserna ej besvarar just den grundläggande frågan om vilka dispositiva rättsregler som konstituerar avtalstypen.³⁷

³¹ Hellner, Häfte 1, s. 122.

³² Höök, s. 15.

³³ Samuelsson, s. 324.

³⁴ Hellner a.a. s. 26

³⁵ se Samuelsson, s. 323. Samuelsson framhåller att det är en smaksak om man vill betrakta entreprenadavtal som en särskild avtalstyp eller inte. Enigheten inom doktrin i kombination med det faktum att de allmänna avtalsrättsliga reglerna är otillräckliga för att hantera entreprenad förhållandet talar enligt Samuelsson för att det rör sig om ett avtal sui generis.

³⁶ Hellner a.a. s. 32.

³⁷ Samuelsson, s. 319f.

3 Organisation av entreprenader

Början till många entreprenader är att beställaren har en idé och ett behov av en viss byggnad eller anläggning. För att beställaren ska kunna upphandla entreprenaden behövs underlag för hur entreprenaden ska utformas. Detta sker genom att entreprenaden projekteras. Projekteringen resulterar i att bygghandlingar upprättas, vanligtvis innefattande ritningar, beskrivningar, mängdberäkningar och kostnads kalkyler.³⁸ När projekteringen är klar kan beställaren upphandla entreprenaden och sluta avtal med den eller de entreprenörer som ska utföra själva arbetet.

Dels utifrån vem som ansvarar för projekteringen och dels utifrån hur själva arbetet med uppförandet av entreprenaden organiseras kan entreprenader ordnas in i olika grupper, kategorier. Upphandlingen av en entreprenad kan resultera i delad entreprenad, generalentreprenad eller samordnad generalentreprenad.³⁹ Beroende på vem av parterna som ansvarar för projekteringen av entreprenaden kan det vara frågan om utförandeentreprenad eller totalentreprenad samt i vissa fall en kombination av den båda formerna.⁴⁰

3.1 Upphandlingsformer

3.1.1 Delad entreprenad

En delad entreprenad kännetecknas av att flera entreprenörer har individuella avtal med beställaren men ej några inbördes avtal. Projekteringen utförs av konsulter som också har direkta avtal med beställaren. Beställaren fungerar som samordnare och leder vanligtvis arbetet på byggplatsen.⁴¹ Vid mycket delad entreprenad har beställaren kontrakt med samtliga entreprenörer och konsulter. Det förekommer också att en huvudentreprenör upphandlas och tillhandahåller det vanligaste byggtjänsterna genom underentreprenörer samtidigt som det i projektet finns sidentreprenörer som avtalat direkt med beställaren om att utföra vissa arbeten.⁴²

3.1.2 Generalentreprenad

Generalentreprenad innebär att beställaren avtalar med en generalentreprenör rörande allt arbete på byggplatsen. Generalentreprenören

³⁸ Lindsö, s. 18.

³⁹ Söderberg, Jan, *Att upphandla byggprojekt*, fjärde upplagan, Lund 1998 s. 27.

⁴⁰ Hedberg, s. 67f.

⁴¹ Liman, s. 33.

⁴² Höök, s. 35.

i sin tur anlitar underentreprenörer för utförande av arbetena. Projekteringen sker också här vanligtvis genom att beställaren avtalar direkt med de konsulter som behövs. Beställaren upphandlar entreprenören och ansvarar för projekteringen och huvudentreprenören ansvarar för utförandet.⁴³ Det är vanligt att generalentreprenader utförs i form av utförandeentreprenad men de kan också innehålla en totalentreprenad då det kan förekomma att en underentreprenör upphandlas med ett funktionsansvar.⁴⁴

3.1.3 Samordnad Generalentreprenad

Det förekommer även att beställaren upphandlar de enskilda delarna av entreprenaden själv och därefter avtalar med en huvudentreprenör där det ingår att denne övertar beställarens kontrakt med de olika entreprenörerna och därmed blir generalentreprenör.⁴⁵ Detta förfaringssätt ställer krav på att beställaren från början får godkänt av de blivande underentreprenörerna att en annan part, huvudentreprenören, i framtiden blir deras kontraktspart.⁴⁶

3.2 Entreprenadformer

3.2.1 Utförandeentreprenad

Vid en utförandeentreprenad ansvarar entreprenören ej för projekteringen av entreprenaden. Entreprenörens skyldigheter är således beroende av vilka instruktioner han fått av beställaren i form av ritningar och andra dokument. AB 92 är det standardavtal som reglerar utförandeentreprenader.

När det gäller entreprenadens funktion ansvarar beställaren alltså för att utformningen av specifikationerna skett på ett sätt så att den önskade funktionen uppfylls om entreprenörens arbete utförts i enlighet med dessa.⁴⁷

3.2.2 Totalentreprenad

Totalentreprenaden som entreprenadform kännetecknas av att beställaren endast ingår ett avtal som omfattar såväl projektering som arbeten på entreprenaden. Totalentreprenören kan således ansvarar för såväl projekteringen av entreprenaden, upphandlingen av underentreprenörer, som utförandet av arbetet.⁴⁸

Totalentreprenader regleras av standardavtalet ABT 94. Vid totalentreprenader bär entreprenören ansvaret för såväl entreprenadens funktion som för de faktiska fel som entreprenaden kan vara behäftade

⁴³ Söderberg, s. 27.

⁴⁴ Samuelsson, s. 329.

⁴⁵ Hedberg, s. 57.

⁴⁶ Höök, s. 37ff.

⁴⁷ Samuelsson, s. 327.

⁴⁸ Söderberg, s. 33.

med.⁴⁹ Detta sätt att utforma entreprenader har ökat under de senaste 20 åren. Det har även blivit vanligare att en totalentreprenad ingår som en del av utförandeentreprenad.⁵⁰

⁴⁹ Samuelsson, s. 326.

⁵⁰ Lindahl, s. 20.

4 Obligationsrätt, avtalsrätt och entreprenadavtal

4.1 Entreprenadavtal och Obligationsrätten

Förhållandet mellan beställaren och entreprenören vid ett entreprenadavtal är av obligationsrättslig karaktär.⁵¹ Regler och principer inom förmögenhetsrätten som rör förpliktelsers innehåll och deras förändring och upphörande är en del av obligationsrätten. Utmärkande för obligationsrätten är att den rör relationen mellan två parter. Obligationsrättsliga förpliktelser kan uppkomma på olika sätt, där ibland genom avtal. Det är då avtalet, partsbruk, handelsbruk, samt eventuella dispositiva och tvingande rättsreglerna som bestämmer vem av parterna som ska anses ha tagit på sig en förpliktelse, vad förpliktelsen innebär och vem av parterna som bär risken när förpliktelsen ej uppfylls enligt sitt innehåll.⁵² Det centrala för den här uppsatsen är entreprenörens förpliktelse gentemot beställaren med avseende på det utförda arbetets resultat dvs. entreprenaden.

Sättet att angripa frågor av obligationsrättslig karaktär har skiftat inom doktrin. Rodhe behandlar de obligationsrättsliga förpliktelsernas innehåll samt dess förändring och upphörande på ett heltäckande sätt i *Obligationsrätt*.⁵³ Hellner har i *Speciell avtalsrätt* istället valt att först redogöra för ett antal olika kontraktstyper och därefter betrakta gemensamma problem utifrån de olika lösningar som finns i dessa olika kontraktstyper. Hans utgångspunkt har varit att de obligationsrättsliga förpliktelserna har sin grund i ett avtal medan Rodhe har behandlat obligationsrättsliga förpliktelser oavsett hur de uppkommit.

Samuelsson beskriver förenklat relationen mellan obligationsrätten och avtalsrätten med att varje obligationsrättsligt anspråk som har sin grund i ett avtalsförhållande, samtidigt är avtalsrättsligt. Som en konsekvens av denna systematik är alla regler som genom utfyllnad kan inkorporeras i ett avtal att inrängas under avtalsrätten.⁵⁴

4.2 Entreprenadavtal och Avtalsrätten

Avtalsrätten kan delas in i en allmän och en speciell del. Den allmänna avtalsrätten utgörs av de regler inom avtalsrätten som är tillämpliga på flera avtal oavsett deras specifika karaktär. Dessa regler tar således sikte på vissa generella och gemensamma problem. Det är lättast att urskilja de allmänna

⁵¹ Samuelsson, s. 318.

⁵² Ramberg a.a. s. 23.

⁵³ Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, Stockholm 1984 s. 2.

⁵⁴ Samuelsson, s. 318.

avtalsrättsliga reglerna när de givits i lagar med bred tillämpning.⁵⁵ I Sverige finns det bland annat lagstadgade allmänna avtalsrättsliga regler om avtals ingående, om fullmakt och om ogiltighet i avtal.⁵⁶ Vilka frågor som är att hänföra till den allmänna avtalsrätten varierar dock i doktrinen.⁵⁷

Vissa avtalssituationer kräver särpräglade regler utöver den allmänna avtalsrätten. De regler som är knutna till en särskild avtalstyp brukar benämnas den speciella avtalsrätten.⁵⁸ Samuelsson beskriver det som att det krävs mer utöver att det rör sig om en avtalsrättslig relation för att de speciella avtalsrättsliga reglerna ska bli tillämpliga. Den speciella avtalsrätten kan, precis som den allmänna avtalsrätten, utgöras av såväl lagstadgade regler som oskrivna principer.⁵⁹ Skiljelinjen mellan allmän och speciell avtalsrätt är inte alltid särskilt skarp.⁶⁰ Många av de särskilda avtalsrättsliga reglerna innehåller bestämmelser av obligationsrättslig karaktär.

För att det ska vara möjligt att tala om en särskild avtalsrätt förutsätts enligt Samuelsson att det finns en avtalstyp som är rättsligt erkänd. Med uttrycket rättsligt erkänt menas att det finns skrivna eller oskrivna avtalsrättsliga regler som är direkt tillämpliga på endast den aktuella avtalstypen. För de avtal som är föremål för en relativt heltäckande lagstiftning som till exempel köp av lös egendom är det lätt att konstatera att det rör sig om en erkänd avtalstyp med speciella karaktärsdrag.⁶¹

När det däremot, som vid kommersiella entreprenader, saknas specifik lagstiftning blir frågan huruvida det rör sig om en avtalstyp svårare att besvara. I dessa fall får man enligt Hellner försöka urskilja om det finns så mycket gemensamt mellan avtalen på området att det finns skäl att tala om en särskild avtalstyp.⁶² Utgångspunkt för bedömningen av huruvida det är frågan om en särskild avtalstyp tas alltså just i avtalen på området.

Antalet avtalstyper har ökat dramatiskt. I de fall som det varit möjligt att finna inslag från flera tidigare kända avtalstyper har ledning sökts i reglerna för dessa och med hjälp av analogier har problem som uppkommit i de nya situationerna kunnat lösas.⁶³ När man funnit att ett visst avtal inte alls passar in under någon eller några av de hävdvunna avtalstyperna har man ibland förklarat att dessa avtal är *sui generis*, av en typ för sig själv. Om tidigare framhållits anses entreprenadavtal vanligtvis vara en avtalstyp *sui generis*.

⁵⁵ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, sjätte upplagan, Stockholm 2003 s. 18.

⁵⁶ Hellner, a.a. s. 24.

⁵⁷ Se Rambergs, a.a. s. 35 som behandlar ett vidare ämne än vad Hellner betraktar som att hänföra till allmän avtalsrätt. Se Hellner, Häfte 2, s. 24.

⁵⁸ Ramberg, a.a. s. 18.

⁵⁹ Samuelsson, s. 318.

⁶⁰ Ramberg, a.a. s. 18.

⁶¹ Samuelsson, s. 318.

⁶² Hellner, a.a. s. 26.

⁶³ Grönfors, Kurt, "Fraktavtal och den allmänna avtalsrätten", *I Svensk Juristtidning* 73 1988 s. 182f

Hellner framhåller dock att om hänsyn skulle tas till alla de varianter av avtal som förekommer i standardavtalen skulle antalet avtal sui generis bli oöverskådligt.⁶⁴

Trots den ökade regleringen som skett av diverse rättsområden finns det fortfarande många viktiga avtalstyper som är oreglerade, där ibland kommersiella entreprenad avtal. Bengtsson framhåller att inte ens den mest ambitiösa lagstiftaren kan tänkas lagstifta för alla de skiftande avtalstyper som kan tänkas komma i bruk och för att finna lösningar för eventuella problem på dessa områden skulle det behövas klara allmänna rättsprinciper att söka ledning i.⁶⁵

⁶⁴ Hellner, Häfte 2, s. 26.

⁶⁵ Bengtsson, Bertil, "Om civilrättens splittring". I: *Festskrift till Kurt Grönfors*, Stockholm 1991, s. 29.

5 Rättskällor vid kommersiella entreprenader

5.1 Allmänt

Att det i Sverige inte finns någon lagstiftning som direkt reglerar kommersiella entreprenadavtal har i doktrinen inte ansetts utgöra något problem eftersom det funnits ett så väl använt standardavtal inom branschen.⁶⁶ Utgångspunkt vid användningen av AB 92 kan, på samma sätt som vid användningen av andra standardavtal, antas vara att standardavtalet i förening med de individuella avtalsvillkoren fullständigt ska täcker alla situationer som kan tänkas uppkomma med den begränsning som föreligger med hänsyn till eventuella tvingande rättsregler och möjligheten till avtalskorrigerig genom 36§ AvtL.⁶⁷

Alla eventuella frågor behöver dock inte vara reglerade i avtalet. Hellner framhåller att det i dessa fall kan tänkas att en lösning söks genom analogier från andra bestämmelser i avtalet.⁶⁸ En speciell situation som kan uppkomma i samband med kommersiella entreprenadavtal och som är den centrala för den här framställningen är dock vad som händer om parterna inte har avtalet med utgångspunkt i AB villkoren. Det kanske rör sig om ett enkelt avtal där AB 92 inte nämns. Kanske har parterna uttryckligen valt att ej gör AB 92 tillämpligt. Vid entreprenadavtal kan det således som i alla andar sammanhang bli fråga om att tolka och utfylla det individuella avtalet. Frågan som uppkommer är vilka regler som eventuellt kan bli aktuella att tillämpa för att bestämma innehållet i entreprenörens obligationsrättsliga förpliktelse. Som tidigare nämnts är det avtalet, partsbruk, handelsbruk, samt eventuella dispositiva och tvingande rättsreglerna som bestämmer vem av parterna som ska anses ha tagit på sig en förpliktelse, vad förpliktelsen innebär och vem av parterna som bär risken när förpliktelsen ej uppfylls enligt sitt innehåll.

Vid köp av lös egendom kan parterna ofta förlita sig på att KöpLs dispositiva regler på ett ändamålsenligt sätt kompletterar ofullständiga avtal.⁶⁹ De dispositiva reglerna medför dels att parterna endast behöver reglera situationer där de önskar en annan lösning än den som ges i de annars tillämpliga dispositiva reglerna, dels att reglerna utgöra en förebild för vilka frågor som kan behöva regleras i avtalet. Den dispositiva regleringen kan också i vissa fall verka som normgivande genom att påverka tolkningen och tillämpningen av ett avtal.⁷⁰

⁶⁶ se Bengtsson, 1976, s. 104.

⁶⁷ Ramberg, Jan, "Avtalsautonomi och den dispositiva rätten".I: *Festskrift till Agell*, s. 504.

⁶⁸ Hellner, Häfte 1, s. 125.

⁶⁹ Ramberg, avtalsautonomi och den dispositiva rätten. *Festskrift till Agell*, s504

⁷⁰ Ramberg/Herre, s. 41f.

Ibland kan de dispositiva rättsreglerna ge uttryck åt rättspolitiska ställningstaganden av lagstiftaren. Den dispositiva lagstiftning, som tillhandahålls som en serviceåtgärd, kan därmed säga utgöra ett mönster som lagstiftaren anser vara önskvärd.⁷¹ Det har ansetts att den dispositiva rätten därmed kan föranleda korrigeringar av avtalsinnehållet eller i vart fall utöva ett starkt tryck på avtalstolkningen. Reglerna blir så att säga halvtvingande.⁷² Ett frångående av så noga genomtänkta mönster borde kräva särskilt starka skäl. Grönberg framhåller att det finns goda skäl att hävda att åtminstone vissa dispositiva rättsregler är uttryck för allmänna rättspolitiska principer och därför endast med svårighet bör kunna åsidosättas. Är det frågan om en detalj som saknar betydelse från samhällssynpunkt saknas däremot mening att ställa upp några högre krav för att åsidosätta normlösningen.⁷³

Det är inte endast regler som är uttryckta i lag som kan vara av betydelse. Även andra normer som tex etablerats genom handelsbruk kan fylla ut avtal och påverka tolkningen. Ramberg framhåller att när ett rättsförhållande av en viss typ regleras av fasta etablerade normer är det naturligt att dessa får påverka avtalstolkningen. Avvikelse från vad som är ett brukligt avtalsinnehåll på markanden eller från dispositiv rätt kan kräva tydliga avtalsbestämmelser för att bli avtalsinnehåll.⁷⁴ Parterna måste således uttrycka sig klart och kanske också kunna peka på rimliga skäl för att tränga undan normlösningen till förmån för den individuella lösningen.⁷⁵ Dispositiv rätt får härigenom en betydande indirekt genomslagskraft.⁷⁶

Att det inte finns någon särskilda skriva rättsregler att tillgå vid kommersiella entreprenadavtal medför att det inte finns tvingande regler eller principer som styr beställarens och entreprenörens relation utöver de regler som följer av den allmänna avtalsrätten. De eventuella speciella regler som reglerar denna aspekt av entreprenadavtalen är därmed dispositiva och kan endast bli aktuella som utgångspunkt för tolkning av avtalen och som utfyllnad av parternas individuella avtalat. En undersökning av vad som utgör dessa dispositiva regler kan vara av betydelse även för de många entreprenadförhållanden, vilka är underkastade ett standardavtal eftersom dispositiv rätt i så stor utsträckning används som bakgrund för tolkning och utfyllnad av avtal.⁷⁷

När det dock är frågan om en avtalstyp, som t.ex. kommersiella entreprenadavtal, där några särskilda avtalsrättsliga lagregler inte finns och där inte heller regler utvecklats genom praxis eller doktrin måste utgångspunkten bli att undersöka om några allmänna obligations- och avtalsrättsliga regler, skrivna eller oskrivna, kan tillämpas på avtalet, genom

⁷¹ Grönfors, Kurt, *Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler*, tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland, 1988, s. 321ff.

⁷² Ramberg/Ramberg, s. 33.

⁷³ Grönfors, a.a. s. 321ff.

⁷⁴ Ramberg, a.a. s. 33.

⁷⁵ Grönfors, a.a. s. 321ff.

⁷⁶ Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, femte upplagan, Stockholm 1991, s. 41.

⁷⁷ Samuelsson, s 319.

te.x. analogier från regler rörande andra avtalstyper.⁷⁸ Därutöver kan det vara intressant att titta på vilken normverkan AB-systemets standardavtal kan ha trots att det inte uttryckligen utgör en del av parternas mellanhavanden.

5.2 Analogislut

Analogislut från ett lagrum som ej är direkt tillämplig på en avtalstyp kan vara motiverat dels då bestämmelsen kan anses ge uttryck för allmänna rättsprinciper, och dels då ändamålsenlighet finns mellan bestämmelsen i fråga och det aktuella problemet. Hellner uttrycker att laganalogier och till viss del analogier från rättspraxis bör vara den huvudsakliga grunden för bedömningar av rättsliga problem där det saknas direkta regleringar.⁷⁹

Det som enligt Hellner talar för användningen av analogislut vid oklara rättsområden är att det leder till en likformighet mellan likartade fall. Hellner framhåller vidare att det därmed är bättre att grunda ställningstaganden på analogier med stöd i lagstiftningen än subjektiva åsikter om vad som är lämpligt. Det grundläggande för när analogislut är möjliga eller önskvärda är om det finns ett funktionellt sammanhang mellan de aktuella typfallen, alltså ändamålsenligheten. Saknas det en funktionell grund för analogier återstår bara enligt Hellner att konstatera att rättsläget är osäkert.⁸⁰

Vidare påpekar Hellner att det genom jämförelser av gemensamma drag hos flera avtalstyper kan vara möjligt att påvisa generella drag som kan tänkas vara tillämpliga när det saknas utförlig reglering av en specifik avtalstyp.⁸¹

5.2.1 Konsumenttjänstlagen

Eftersom KtjL är tillämplig på entreprenadavtal av konsumenträttslig karaktär kan det tänkas att analogier från lagen i vissa fall kunna vara relevanta vid tvister i kommersiella entreprenadförhållanden. Problemet med analogier från KtjL är självfallet lagens konsumentskyddande syfte. De riskfördelningar som gjorts med konsumenthänsyn passar inte alltid så bra i kommersiella avtalssituationer.⁸²

I förarbetena uttalas dock att KtjL regler kan komma att tillämpas analogt utanför lagens egentliga tillämpningsområde.⁸³ Trots att det inte med hjälp av förarbetena till KtjL går att dra några slutsatser angående under vilka förutsättningar som denna öppning för analogislut kan tas i anspråk kan det

⁷⁸ Bengtsson, 1976, s. 14.

⁷⁹ Hellner, Häfte 1, s. 29.

⁸⁰ Hellner, a.a, s. 28ff.

⁸¹ Hellner, a.a. s. 29.

⁸² Samuelsson, s. 321.

⁸³ Prop. 1984/85:110, s. 33.

enligt Samuelsson inte uteslutas att riskfördelningen i KtjL kan komma att vara normerande även för kommersiella entreprenadavtal.⁸⁴

Det avgörande för huruvida analogislut från KtjL på kommersiella entreprenader beror på ändamålsgemenskap. Om den riskfördelningen som ges i KtjL anses ändamålsenlig även vid kommersiella förhållanden kan en analogi vara befogad. För att kunna göra denna bedömning krävs att det först fastställts vem som ändamålsenligt skall bära risken i det kommersiella avtalet.⁸⁵

Hellner framhåller också KtjLs konsumentskyddande karaktär som en osäkerhetsfaktor för vilka slutsatser som kan dras från lagen med avseende på kommersiella avtal. Han påpekar samtidigt att eftersom lagen är den enda som finns att tillgå på tjänsteområdet kan finnas skäl för tillämpning även utanför sitt egentliga tillämpningsområde.⁸⁶

5.2.2 Köplagen

1905 års köplag var tillämplig under lång tid och innehöll många viktiga obligationsrättsliga principer som ansågs tillämpliga även utanför lagens egentliga tillämpningsområde.⁸⁷ Problem som uppkom vid andra avtalstyper än köp kunde många gånger lösas med hjälp av analogier från lagen.⁸⁸ I propositionen till 1990 års köplag framhålls hur viktig den gamla köplagen varit för att lösa allmänna kontraktsrättsliga frågor som ej varit särskilt reglerade i lag.⁸⁹ Almén inleder sin kommentar till 1905 års KöpL med att framhålla att eftersom det i Sverige i stor utsträckning saknas skrivna rättsregler rörande obligationsrätten får KöpL i stor utsträckning tillämpas analogt på andra avtalstyper. Framförallt ansågs detta gälla grundsatser rörande verkningar av kontraktsbrott.⁹⁰

Den nu gällande KöpL från 1990 framhålls ofta i doktrin innehålla så många nyheter att den ej lika klart kan sägas ge uttryck för allmänna avtalsrättsliga principer. Därmed kan den ej heller användas som grund för att lösa problem i andra avtalstyper i lika stor utsträckning. I propositionen till den nya KöpL sägs att lagen ej utformats som en allmän civillag men att det vid utformningen funnits anledning att på många punkter anlägga ett brett civilrättsligt perspektiv.⁹¹ Enligt Håstad råder betydande ovisshet om och i så fall i vilken utsträckning som principerna i den nya KöpL ska slå igenom

⁸⁴ Samuelsson, s. 321.

⁸⁵ För att finna denna norm kommer rättstillämparen enligt Samuelsson troligen att falla tillbaka på den referensram som branschen själv har skapat. Det vill säga AB systemet. Se Samuelsson, s. 321.

⁸⁶ Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt I Köprätt*, Stockholm, 1991. s. 85f.

⁸⁷ Ramberg/Ramberg s. 11.

⁸⁸ Grönfors, 1988, s. 181.

⁸⁹ Prop. 1988/89:76, s. 23.

⁹⁰ Almén, Tore, *Om köp och byte av lös egendom*, Stockholm 1960 s. 5.

⁹¹ Prop. 1988/89:76, s. 24.

i den oreglerade kontraktsrätten.⁹² Hellner framhåller dock att han anser att 1990 års köplag utgör en viktig källa för analogislut till avtalsområden utanför lagens tillämpnings område trots att han inte anser lagen vara såväl genomarbetad som den borde vara.⁹³

Att KöpL uttryckligen undantar entreprenader från sin tillämplighet måste dock ses som en begränsning av möjligheten till analogislut vid entreprenadrättsliga problem. Samuelsson skriver att lagstiftaren uttalat gjort antagandet att ändamålen med köp respektive entreprenad är så olika att entreprenadrätten måste anses bygga på en annan normkatalog än köp.⁹⁴

Det kan eventuellt tänkas att de principer som gällde för entreprenadavtal som byggde på den gamla köplagen fortfarande kan vara relevanta. Lagstiftaren överlämnade till domstolen att bestämma den nya köplagens betydelse på områden där gällande rätt byggde på analogier från 1905 års lag.⁹⁵

Ett exempel på när HD frångått en princip som byggd på den gamla köplagen är NJA 2001 s 177. Enligt rättsfallet NJA 1951 s.1 ansågs entreprenören ha bevisbördan för sitt påstående att bestämt pris ej avtalats. Som skäl för denna ståndpunkt angavs att 1905 års KöpL innehöll en bestämmelse om att i fall priset ej avtalats köparen hade att erlægga vad säljaren erfordrade. Det ansågs att denna bestämmelsen ej kunde tillämpas i annat fall än då det var ostridigt eller styrkt att överenskommelse angående priset ej hade träffats. I NJA 2001 s 177 tillämpar HD 45§ KöpL analogt på ett entreprenadkontrakt. HD kom denna gång fram till att den som påstår att bestämt pris är avtalat, vare sig det är säljaren eller entreprenören, har bevisbördan för sitt påstående. Enligt den nya KöpL riskerar ej köparen som inte förmår styrka att fastpris ej avtalats betala vad säljaren begär utan i enlighet med 45§ KöpL ska endast betala vad som är skäligt. Genom att införa denna bestämmelse som HD ansåg analogt tillämplig på entreprenadavtal framhölls att ett viktigt argument för 1951 års dom fallit bort.⁹⁶

5.2.3 CISG

CISG innehåller inte på samma sätt som KöpL ett uttryckligt uteslutande av entreprenadavtal från konventionens tillämpningsområde. Enligt 1 art. är lagen tillämplig på *sale of goods*. Avtal rörande tillverkningen av fasta installationer anses dock inte falla under benämningen *goods*. Ramberg framhåller i kommentaren till lagen att konventionens tillämpningsområdet på så vis överensstämmer med köplagens undantag i 2§1 2p av avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller vatten.⁹⁷

⁹² Håstad, 2003, s. 35.

⁹³ Hellner, a.a. s. 30.

⁹⁴ Samuelsson, s. 320.

⁹⁵ Prop. 1988/89:76 s. 24.

⁹⁶ NJA 2001s 177, s. 182.

⁹⁷ Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, tredje upplagan, Stockholm, 1995 s. 91.

Den svenska köplagen överensstämmer till stor del med CISG. Jag har inte funnit någon grund för att analogier från CISG skulle vara mer befogade än från KöpL. Jag har därför valt att endast hänvisa till CISG bestämmelser då det eventuellt avviker från den inhemska köplagen och då dessa avvikelser kan tänkas vara av intresse i entreprenadavtalssituationer.

5.3 Handelsbruk

5.3.1 Allmänt

Handelsbrukets betydelse i svensk avtalsrätt kommer dels till uttryck i 1 § 2 st AvtL. och dels i 3 § KöpL. 3 § KöpL slår fast att lagens bestämmelser skall tillämpas om inte annat följer av avtalet, praxis som utbildats mellan parterna eller av handelsbruk eller annan sedvänja som måste anses bindande för parterna. Detta stadgande är centralt inom svensk obligationsrätt och anses därmed genom analogislut vara tillämpning även vid andra avtalstyper än köp.

Sedvänja beskrivs som gängse skick och bruk som är så allmänt utbredd och har iakttagits så länge att de accepteras som något som parterna på markanden har att inrätta sig efter.⁹⁸ Med handelsbruk förstås en särskild form av sedvänja som nått en hög grad av fasthet och stadga och som avser handlingsmönster inom affärlivet.⁹⁹ Med partsbruk förstås handlingsmönster mellan två parter som ej behöver ha den mera generella utbredningen som krävs för att sedvänja ska föreligga.¹⁰⁰

Handelsbruk kan alltså enligt 3 § KöpL utgöra grunden för att åsidosätta dispositiv lagstiftning, fylla ut individuella avtal eller för att fylla ut avtalsområden där skrivna rättsregler saknas.¹⁰¹ Enligt Adlercreutz behöver kriterierna för när en sedvänja är att betrakta som handelsbruk inte sättas lika högt i de fall som handelsbruket används för att hitta nya normer i ej reglerade situationer som när ett handelsbruk används som stöd för att åsidosätta dispositiv rättsregler.¹⁰² Som framhållits ovan kan handelsbruk också användas som stöd för tolkning och utfyllnad av oklara eller ofullständiga avtal.

5.3.2 AB 92 som handelsbruk

Huruvida standardavtal i allmänhet ska anses utgöra handelsbruk är en omdiskuterad fråga. Huvudregel enligt svensk rätt är dock att även väl spridda standardavtal inte anses utgöra handelsbruk.¹⁰³ En förutsättning för

⁹⁸ Ekk, Hilding, mf.l., *Juridikens källmaterial*, tredje upplagan, Stockholm, 1963 s. 118

⁹⁹ Bernitz, s. 25f.

¹⁰⁰ Grönfors a.a. s. 68.

¹⁰¹ Ramberg a.a. s. 223.

¹⁰² Adlercreutz, Axel, *Allmänavtalsrätt II*, Lund 2001, s 18.

¹⁰³ Bernitz, s. 30.

att ett standardavtal ska gälla i den specifika kontraktssituationen är att det införlivas i det individuella avtalsförhållandet. Det anses dock i regel tillräckligt att kontraktet innehåller en uttrycklig och tydlig hänvisning i det individuella avtalet till det aktuella standardavtalet för att det ska anses tillämpligt på avtalsförhållandet. En förutsättning är dock dessa avtalsvillkor finns tillgängliga på ett sådant sätt att motparten utan svårighet kan ta del av dem.¹⁰⁴ Det förekommer också att samma parter har använt standardavtalet i tidigare avtal på ett sådant sätt att ett partsbruk uppkommit i den bemärkelse som avses i 3§ KöpL.

Åsikterna i doktrinen har gått isär vad gäller standardavtalens ställning som handelsbruk. Bernitz verkar anse att den obenägenhet som finns i svensk rätt att betrakta standardavtal som handelsbruk är befogad. Speciellt när det gäller riskfördelning till exempel vid villkor som reglerar påföljder vid kontraktsbrott framhåller Bernitz vikten av försiktighet.¹⁰⁵ Ramberg å andra sidan argumenterar för att standardavtal som vunnit erforderlig utbredning och stadga borde kunna godtas utan att hänvisning behöver göras i det enskilda fallet. Han poängterar att både användningen av handelsbruk och standardavtalet främjar förutsägbarhet och stabilitet på markanden.¹⁰⁶

Både AB 92 och ABT 94 är så kallade "agreed documents" som upprättats gemensamt av parterna på byggmarkanden. Syftet med denna typ av avtal är att uppnå villkor som är juridiskt balanserade och som väl avväger parternas rättigheter och skyldigheter. Ett av de grundläggande syftena med ett standardavtal är att precisera rättsläget då avtalstypen ej är närmare lagreglerad och rättspraxis är mager precis som den är vid entreprenadavtal.¹⁰⁷

I rättsfallet NJA 1985s 397, som berör ansvar för dolda fel efter den så kallade garantitiden gått ut, ställde sig HD avvisande till att AB 92s föregångare AB 72s regler skulle gälla mellan parterna även när detta inte särskilt avtalats. Uttalandet är dock inskränkt till att röra situationer med småhusentreprenader.¹⁰⁸ Enligt Samuelsson finns det dock inget som tyder på att AB 92 i sig tillerkänns ställning som handelsbruk.¹⁰⁹ Även Hellner framhåller att standardavtalet inte kan tillerkännas ställning som handelsbruk som tränger undan dispositiva rättsregler.¹¹⁰

¹⁰⁴ Samuelsson, s. 319 .

¹⁰⁵ Bernitz, s. 27.

¹⁰⁶ Ramberg ,a.a. s. 177.

¹⁰⁷ Bernitz, s. 13f. En relevant fundering måste dock vara vad som i fallet med entreprenad juridiken är orsaken och verkan till att avsaknaden av rättsregler och praxis inte beror på just standardavtalets starka ställning.

¹⁰⁸ NJA 1985s 397 s. 413

¹⁰⁹ Samuelsson, s. 322.

¹¹⁰ Hellner, a.a. s. 125.

5.4 AB 92 som norm

Även om inte AB 92 kan anses utgöra handelsbruk kan det tänkas att AB 92 ändå kommer att verka normerande i de situationer då avtalet inte är direkt tillämpligt på parternas mellanhavanden. Standardavtalet kan tänkas kunna användas för att fastställa vem som ändamålsenligt ska bära risken i ett entreprenadförhållande. Enligt Samuelsson är det sannolikt att rättstillämparen för att utveckla den dispositiva entreprenadrätten tar sin utgångspunkt i den referensram som branschen själv har skapat, det vill säga standardavtalet. Villkoren i AB 92 kan ge en indikation om vad som är en möjlig rättsregel och alltså på sätt och vis bli indirekt tillämpligt trots att parterna ej hänvisat till avtalet.¹¹¹

Samuelsson framhåller vidare att både effektivitets- och rationalitetsskäl talar mot att man i de fall standardavtalet ej utgör en del av parternas mellanhavanden skapar en norm som är oförenlig med branschens egna, förutsatt att de senare avspeglar en rimlig intresseavvägning.¹¹²

¹¹¹ Samuelsson, s. 321.

¹¹² Samuelsson, s. 322.

6 Fel i entreprenad

6.1 Allmänt om fel och påföljder

Som tidigare redogjorts för är relationen mellan entreprenör och beställare av obligationsrättslig karaktär och det är entreprenörens förpliktelse som står i centrum. En obligationsrättslig förpliktelse att uppfylla något karakteriseras av att gäldenären, i det här fallet entreprenören, är skyldig att göra något eller icke göra något. Handlar han däremot i strid mot förpliktelsen, föreligger underlåtenhet att uppfylla förpliktelsen och enligt obligationsrätten inträder därmed vissa påföljder. För att vissa påföljder ska bli aktuella kräves dessutom något mer än bara själva underlåtenheten.¹¹³

Ett karaktäristiskt drag för entreprenadavtal är att entreprenören ådragit sig ett ansvar för att prestera ett visst resultat. Förpliktelse att åstadkomma ett visst resultat är ofta knuten till en specifik tidpunkt då förpliktelsen ska vara uppfyllt, dels till vissa egenskaper som slutresultatet ska uppfylla.¹¹⁴ Om entreprenören ej utför förpliktelsen enligt dess innehåll inträffar ett kontraktsbrott. Den här framställningen behandlar endast entreprenörens förpliktelse med hänsyn till vilka egenskaper som slutresultatet dvs. entreprenaden, har. Utgångspunkten är alltså den situation som i KöpL betecknas som fel. De påföljder som behandlas har sin utgångspunkt i de påföljder som en köpare har rätt till vid säljarens kontraktsbrott enligt KöpL. Köparen kan begära att avtalet fullgörs genom omleverans eller avhjälpande av felet, prisavdrag, innehållande av betalning, hävning, samt skadestånd.

6.2 Entreprenadens avtalsenlighet

Utgångspunkten för bedömningen av vad som ingår i entreprenörens förpliktelse och därmed också när ett kontraktsbrott föreligger är vid kommersiella entreprenader i likhet med andra kommersiella avtalsrelationer att det råder avtalsfrihet och att parterna kan avtala om i stort sett vilken riskfördelning de vill.¹¹⁵ Parterna kan själva komma överens om vilken standard det utförda arbetet ska ha. En beställare kan till exempel vara beredd att nöja sig med lägre standard för att uppnå ett lägre pris.¹¹⁶

Har parterna uttryckligen valt att göra AB-systemet till del av sitt avtal blir standardavtalets regler avgörande för vilken standard det utförda arbetet ska motsvara, när entreprenaden är att anse som felaktig och vilka påföljder som kan bli aktuella vid kontraktsbrott.

¹¹³ Rodhe, s. 14f.

¹¹⁴ Hellner, Häfte 2, s. 34.

¹¹⁵ Samuelsson, s. 4.

¹¹⁶ Hellner, 1991, s. 93f.

Enligt AB 92 definieras fel som när en del av entreprenaden ej utförts alls eller ej utförts kontraktsevenligt.¹¹⁷ Det arbete som entreprenören ska utföra och som omfattas av parternas avtal bestäms enligt AB 92s regler av de så kallade kontraktshandlingarna. Därav följer att entreprenören ska utföra de arbeten som uttryckligen angetts i ritningar, beskrivningar, eller övriga handlingar som är del av överenskommelsen.¹¹⁸

En omständighet som kan ha betydelse för om en entreprenad ska anses vara avtalsenlig eller ej, är att det i parternas mellanhavanden, utöver själva avtalet, vanligtvis innefattar så många olika dokument. Den mängd av handlingar som utgör del av parternas mellanhavanden försvårar uppgiften att bestämma vad som är avtalat mellan parterna, och därmed kunna fastställa innehållet i entreprenörens förpliktelse. Problemet kan uppstå då de olika dokumenten innehåller motstridiga uppgifter och det inte är särskilt avtalat vilken rangordning de olika handlingarna inbördes ska ha.¹¹⁹

I AB 92 1:1 anges vidare att kontraktshandlingarna kompletterar varandra. Detta är enligt kommentaren till bestämmelsen ett uttryck för principen att en prestation som ska omfattas av entreprenörens åtagande enbart behöver redovisas på ett ställe i kontraktshandlingarna. Det finns dessutom en uttrycklig rangordningsregel som reglerar vilka dokument som ska ges företräde framför andra i händelse av motstridiga uppgifter. Rangordningsregeln grundar sig till stor del på den omvända tidsordningens princip vilket innebär att handlingar som är upprättade senare tar över framför tidigare.¹²⁰

Enligt Adlercreutz hör det till undantagen att det finns uttryckliga regler om rangordningen mellan olika kontraktshandlingar. Adlercreutz framhåller två prioriteringsprinciper baserade på utländsk rättspraxis som kan antas gälla för att reglera vilka handlingar som ska tillmätas betydelse framför andra då inte annat avtalats. Den första är att individuella bestämmelser ges företräde framför standardvillkor och den andra att mer preciserade bestämmelser ska ges företräde framför vaga klausuler.¹²¹

6.3 Utförande- eller funktionsansvar

En viktig fråga när det gäller fel i entreprenader är vilket typ av ansvar entreprenören åtagit sig genom avtalet. Det kan dels röra sig om ett så kallat funktionsansvar genom att det i entreprenörens uppdrag är inkluderat ett ansvar för projekteringen av entreprenaden. I annat fall rör det sig om ett utförandeansvar som går ut på entreprenören ska utföra entreprenaden i enlighet med de specifikationer som beställaren tillhandahållit.¹²²

¹¹⁷ Begreppsbestämningar AB 92

¹¹⁸ Höök, s. 65.

¹¹⁹ Bengtsson, 1976, s. 110.

¹²⁰ Lindahl, s. 46.

¹²¹ Adlercreutz, s. 51.

¹²² Höök, s. 82..

Det finns, som tidigare nämnts, två olika standardavtal som används beroende på om entreprenören ansvarar för projekteringen eller ej. Huruvida parterna i ett entreprenadavtal väljer utförande- eller totalentreprenad är till stor del en organisatorisk fråga.¹²³ Valet av entreprenadform påverkar dock innehållet av entreprenörens förpliktelse och därmed också när en förpliktelse ej kan anses uppfylld.

Enligt 1:6 AB 92 ansvarar den part som tillhandahåller uppgifter, undersökningsmaterial, och handlingar och där i angivna konstruktioner för riktigheten däri. AB 92 används vid utförandeentreprenader och utförandeentreprenad definieras som ”entreprenad eller del av entreprenad där beställaren svarar för projektering och entreprenören för utförandet”¹²⁴ Eftersom utgångspunkten därmed är att det är beställaren som tillhandahåller konstruktioner så är det beställaren som bär risken om dessa är felaktiga.

Entreprenören har dock en underrättelsesskyldighet gentemot beställaren om kontraktshandlingarna är så bristfälliga eller utformade så att det skulle medföra olägenheter eller vara olämpliga att utföra kontraktarbetena enligt dem.¹²⁵ Skyldigheten att underrätta beställaren innebär dock ej att entreprenören har en undersökningsplikt att närmare undersöka de tillhandahållna handlingarna. Det är endast sådana brister som entreprenören upptäcker som han måste underrätta beställaren om. Entreprenören kan därmed ej bli ansvarig för att han bort uppmärksam ett visst förhållande.¹²⁶ Om en part inte fullgör sin underrättelsesskyldighet, är han skyldig att ersätta motparten den skada som denne lidit till följd av underlåtenheten.

Enligt standardavtalet ABT 94 har entreprenören i stället ett uttalat funktionsansvar. I entreprenörens förpliktelse ingår därmed ett ansvar för såväl utförande som projektering av entreprenaden.¹²⁷ Det förekommer dock även vid totalentreprenader att beställaren tillhandahåller konstruktioner. Enligt ABT 94 1:7 har entreprenören då endast ett utförandeansvar. Däremot ingår det i entreprenörens åtaganden att anpassa sina lösningar till det som beställaren föreskrivit.¹²⁸ Entreprenören måste anpassa dessa konstruktioner så att de fungerar tillsammans med de som beställaren tillhandahållit. Om beställarens konstruktioner skulle medföra att entreprenaden ej skulle fungera som en helhet måste entreprenören reservera sig, annars blir denne ansvarig för felet.¹²⁹

Det är inte ovanligt att ett entreprenadavtal utgör en blandning av de båda entreprenadformerna. Vidare kanske det inte klart framgår av avtalet

¹²³ Hellner, Häfte 2, s. 137; Håstad, 2003, s. 75.

¹²⁴ Definition av utförandeentreprenad saknas i AB 92 men återfinns i Begreppsbestämningarna i ABT 94 samt i förslaget till nya AB 04.

¹²⁵ AB 92 1:10 3 p.

¹²⁶ Liman, s. 100f.

¹²⁷ Begreppsbestämningarna i ABT 94.

¹²⁸ ABT 94 kommentar till kapitel 1 § 7.

¹²⁹ Liman, s. 169.

huruvida det i entreprenörens förpliktelse ingår ett ansvar för entreprenadens funktion. I dessa fall uppkommer frågan om och i så fall i vilken utsträckning entreprenören ändå kan ansvara för att den färdiga entreprenaden har en viss funktion. Höök anser att det i praktiken borde ha liten betydelse om parterna benämner entreprenaden som en utförandeentreprenad eller en totalentreprenad. Det avgörande torde vara om entreprenören faktiskt tillhandahåller en lösning och därmed blir ansvarig för denna.¹³⁰

KtjL ålägger näringsidkare en skyldighet att på tillbörligt sätt ta tillvara konsumentens intresse.¹³¹ Detta innebär att näringsidkaren i viss utsträckning måste ställa sin sakkunskap till konsumentens förfogande. Ett exempel på detta är om näringsidkaren insett eller bort inse att de anvisningar som konsumenten lämnat är olämpliga eller felaktiga. En näringsidkare anses normalt dock inte skyldig att närmare granska och bedöma ritningar och arbetsbeskrivningar som han vet eller har befogad anledning att anta är upprättade av en fackman. För att näringsidkaren ska kunna bli ansvarig för fel som har sin grund i att anvisningarna har varit olämpliga eller felaktiga anges det i förarbeten att det i allmänhet torde krävas att han faktiskt insett detta eller att det varit mer eller mindre uppenbart för en fackman i hans ställning att fel föreligger.¹³² Det räcker således inte med att han bort inse olämpligheten av anvisningarna.

Enligt 17§2st 1p KöpL ska en vara vara ägnad för de ändamål för vilka varor av samma slag i allmänhet används. Bestämmelsen ska enligt förarbetena inte ses som ett krav på kvalitet utan bedömningen skall i första hand göras med avseende på varans ändamålsenlighet. Samtliga ändamål som en vara normalt är ägnad för skall vara uppfyllda för att den inte ska anses felaktig.¹³³ Ett avtalsföremål ska således ha alla de egenskaper som ett föremål av samma slag i allmänhet har. Här av följer att varor vid köp ska ha en allmän funktionsduglighet.¹³⁴

När det gäller köp av en specialvara är det dock vanligt att köparen specificerar sina krav på varan gentemot säljaren. Håstad påpekar dock att det då finns en risk att köparen, genom att han detaljbinder säljaren med sina instruktioner för hur varan ska utföras, måste godkänna de begränsningar som hans egna specifikationer medför vad gäller varans funktion. Köparen tar då i och med sina anvisningar om utförandet på sig mera av funktionsansvaret för varan.¹³⁵

En säljare kan dock i viss utsträckning anses ha ett ansvar för att en vara har en normal funktionsduglighet trots att köparens konstruktion omöjliggör detta. I vart fall torde ansvaret för normal funktionsduglighet gälla då

¹³⁰ Höök, s. 37. Den som tillhandahåller uppgifter svara för den enligt AB 92 1:6.

¹³¹ 4§ KtjL.

¹³² Prop. 1984/84:110 s. 214f.

¹³³ Prop. 1988/89 :76 s. 85.

¹³⁴ Håstad, a.a. s. 77.

¹³⁵ Håstad, a.a..s. 75.

säljaren är mer sakkunnig än köparen.¹³⁶ 17§2 2 p KöpL stadgar att en vara ska vara ägnad för de särskilda ändamål som säljaren vid köpets ingående känt till eller bort känna till att köparen hade för avsikt att använda varan för. Om det ej finns en rimlig anledning att anta att säljaren undgått att inse köparens avsikt med varan, ska varan enligt förarbetena uppfylla detta ändamålskrav. En förutsättning för att säljaren ska ha detta ansvar är dock att köparen haft fog att lita på säljarens sakkunskap. I förarbetena ges som exempel på när denna regel bör tillämpas, det fall då köparen ej angett sina önskemål om varans egenskaper men har beskrivit för vilka ändamål den ska användas.¹³⁷

Ansvar för att undersöka en tillhandahållen konstruktion bör dock ej gå så långt att säljaren åläggas ett ansvar att undersöka lämpligheten av motpartens konstruktion. En sådan förpliktelse skulle medföra ökade kostnader för säljaren som därmed måste försöka vältra över dessa på köparen, trots att köparen uttryckligen vill bära ansvaret för konstruktionen.¹³⁸ Endast om den andra parten har upptäckt eller måste ha upptäckt felet i eller olämpligheten av den andres konstruktion bör en sådan upplysningsplikt föreligga.¹³⁹

Håstads argumentation att en säljare i vissa fall kan ha ett funktionsansvar för en vara trots att köparen tillhandahållit instruktioner anser jag vara intressant även vid kommersiella entreprenadavtal. Detta om frågan huruvida ett sådant ansvar ingår i entreprenörens förpliktelse eller ej inte är uttryckligen reglerat i parternas avtal. I entreprenadförhållanden torde det inte vara ovanligt att entreprenören besitter specialkunskap på sitt område och därför är mer sakkunnig än beställaren. Det skulle därmed kunna vara befogat att entreprenör kan ha ett visst ansvar för entreprenadens funktion trots att det inte uttryckligen framgår av avtalet. Entreprenören skulle därmed bli ansvarig för de funktionsfel som orsakats av beställarens instruktioner och som entreprenören utifrån sin sakkunskap måste ha upptäckt. Ett sådant ansvar för funktioner kan också i stort anses motsvaras av den underrättelseskyldighet som en entreprenör har vid en utförandeentreprenad enligt 1:10 AB 92. Näringsidkarens skyldighet att undersöka konstruktioner enligt KtjL är också obetydligt mer långtgående.

I fallet NJA 2002 s 630 var frågan huruvida en entreprenör hade tagit på sig ett funktionsansvar genom att tillhandahålla en annan lösning på ventilationsarbetet än den som beställaren föreskrivit i kontraktshandlingarna. Eftersom AB 92 gällde mellan parterna utgick HD i sin bedömning från att det rörde sig om ett utförandeansvar för entreprenören. Därmed ansågs entreprenören ej ansvarig för den höga ljudnivån. Någon skyldighet för entreprenören att undersöka motpartens konstruktion ansågs inte heller föreligga.¹⁴⁰

¹³⁶ Håstad a.a. s 76.

¹³⁷ Prop. 1988/89:79, s 86f

¹³⁸ Håstad. a.a s. 86

¹³⁹ Håstad a.a. s. 86

¹⁴⁰ NJA 2002 s 630, s. 642.

HD fann att det i det aktuella fallet ej fanns skäl att pröva huruvida en entreprenör hade en mer långtgående undersökningsplikt av beställarens lämnade uppgifter i enlighet med KtjL regler än vad som följde av AB 92 eftersom beställaren i detta fall var näringsidkare och dessutom hade biträtt av en professionell konstruktör.¹⁴¹ En intressant fråga är dock vilken lösning fallet hade fått om AB 92 ej gällt mellan parterna. Kanske hade HD i sådant fall tagit ställning till huruvida KtjL regler kan anses relevanta trots att beställaren var näringsidkare eller huruvida regeln i AB 92 ändå varit att anses som vägledande som ett uttryck av en i sammanhanget relevant princip.

6.4 Fackmässigt utförande

I AB 92 2:1 2st finns ett krav på att entreprenören ska utföra sitt åtagande fackmässigt. Någon definition om vad som är att anse som fackmässigt utförande finns inte i AB 92. Kravet på fackmässighet gäller såväl för utförandeentreprenad som för totalentreprenad. ABT 94 innehåller, till skillnad från AB 92, en kommentar till bestämmelsen. Där anges att fackmässigheten omfattar såväl projektering, konstruktion som uppförande av entreprenaden. Fackmässigheten innefattar att entreprenören ska utföra åtagandet med den skicklighet och fackkunskap som det finns skäl att förvänta sig av en teknisk konsult med motsvarande uppdrag.¹⁴²

När det gäller kvalitén på det utförda arbetet anges det i 2:1 1st. AB 92 att det avtalade arbetet ska utföras i överensstämmelse med kontraktshandlingarna i övrigt. Om det i kontraktshandlingarna ej finns angivet vilken kvalitet som ett visst arbete ska ha ska det utförda arbetet vara i klass med de övriga kontraktarbetena. Någon självständig kvalitetsangivelse med avseende på entreprenörens förpliktelse utöver att den ska utföras fackmässigt finns således inte.

Kravet på fackmässigt utförande återfinns också i KtjL. Enligt 4§1 st KtjL ska en tjänst, oavsett vad som avtalats, utföras på ett fackmässigt tillfredsställande sätt.¹⁴³ Om tjänstens resultat inte uppfyller kravet på fackmässighet är tjänsten felaktig enligt 9§1p. KtjL. Med resultatet av tjänsten avses den fysiska produkten av arbete och material som entreprenören utfört. För att ett fel ska anses föreligga krävs det att det föreligger sådana brister i fråga om fackmässigt utförande att det ger utslag på det slutliga fysiska resultatet av tjänsten.¹⁴⁴

¹⁴¹ NJA 2002 s 630, s. 642.

¹⁴² Höök, s. 84.

¹⁴³ Björklund, Gunnar, *Konsumententreprenader*, andra upplagan, Stockholm 1997.

¹⁴⁴ Prop. 1984/85:110, s. 188.

Enligt förarbetena innebär bestämmelsen att tjänsten ska utföras på det sätt som kan krävas av en normalt skicklig, kunnig och seriös fackman som är verksam inom tjänstens område.¹⁴⁵

KtjLs regler är enligt förarbetena inte tillämpliga på förhållandet mellan konsumenten och en konsult som har i uppdrag att endast utföra projekteringen av entreprenaden. Om projekteringsuppdraget däremot kombineras med ett uppdrag att utföra byggnadsarbete för att färdigställa entreprenaden är KtjL tillämplig även på projekteringen. Projekteringen ska i dessa fall utföras fackmässigt.¹⁴⁶

Enligt Rodhe ska en entreprenör i enlighet med allmänna avtalsrättsliga principer sköta sitt uppdrag med den omsorg som kan krävas av en fackman.¹⁴⁷ KtjLs regel om fackmässighet kan kanske anses utgöra ett stöd för att en entreprenör som huvudregel även i kommersiella situationer ska utföra sitt uppdrag fackmässigt. Om avsaknaden av fackmässighet i utförande medför brister i den färdiga entreprenaden kan dessa var att betrakta som fel. KtjL regler är tvingande till konsumentens fördel men i en kommersiell situation kan parternas självfallet avtala om att entreprenören får utföra sin prestation på ett sätt som ej kan anses som fackmässigt. Om det i entreprenörens uppdrag även ingår att utföra projekteringen ska troligen även denna utföras fackmässigt. Ett krav på att en entreprenör, om inget annat avtalats, ska utföra sitt uppdrag fackmässigt är också i överensstämmelse med den norm som gäller i branschen i form av AB 92.

6.5 Felbedömningen

6.5.1 Tidpunkten för felbedömningen

Tidpunkten för när en felbedömning av entreprenaden ska göras är också av betydelse för entreprenörens ansvar för fel. Entreprenören ansvara ej för alla fel i entreprenaden oavsett när de framträder. Fel i entreprenaden kan framträda vid olika tidpunkter såväl under som efter avtalsförhållandet.

Bedömningen huruvida en tjänst är felaktig skall enligt 12 § KtjL ske vid den tidpunkt då tjänsten är avslutad.¹⁴⁸ När tjänsten är avslutad ska också risken för att resultatet av tjänsten försämrats gå över från näringsidkaren till konsumenten.¹⁴⁹ Enligt 21§ KöpL ska felbedömningen ske när risken för varan går över på köparen. Riskövergången sker enligt huvudregeln när varan är avlämnad.¹⁵⁰ Tidpunkten för när felbedömningen ska ske är alltså i båda KtjL och KöpL knutna till riskens övergång även om det inte uttryckligen stadgas i KtjL. Kihlman framhåller också att det är riskens

¹⁴⁵ Prop. 1984/85:110, s. 157.

¹⁴⁶ Prop. 1989/90 :77, s. 24.

¹⁴⁷ Rodhe s.

¹⁴⁸ Hellner, Häfte 1, s. 95.

¹⁴⁹ Prop. 1984/85:110, s. 54.

¹⁵⁰ 13§ KöpL.

övergång som är det centrala för när felbedömningen ska ske men betonar dock att riskens övergång ofta sammanfaller med avlämnandet.¹⁵¹

Enligt AB 92s regler är det faktumet att entreprenaden godkänts vid slutbesiktningen som är avgörande för när entreprenaden ska anses avlämnad och risken därmed går över på beställaren. Slutbesiktningen ska ske när entreprenad tiden gått ut eller då entreprenaden färdigställts.¹⁵² Att entreprenaden har färdigställts motsvara enligt Hellner väsentligen uttrycken att varan är avlämnad enligt KöpL och att tjänsten är avslutad enligt KtjL.¹⁵³

Vid entreprenader reglerade av AB 92 är det ej som vid köp tidpunkten för felbedömningen som är beroende av riskens övergång. Det är i stället först när felbedömningen faktiskt gjorts genom slutbesiktningen och entreprenaden godkänts som risken går över på beställaren.

6.5.2 Besiktning

Nära relaterad till om frågan vid vilken tidpunkt en felbedömning ska ske är hur själva undersökningen om entreprenaden för att konstatera att den är belastad med fel ska gå till. Entreprenader består ofta av komplicerade strukturer och bedömningen av vad som är fel försvåras av att det som har uppförts eller utförts oftast inte existerade vid avtalsslutet utan utgångspunkten kan tas endast i den beskrivning av önskad entreprenad som fanns vid avtalets ingående.

I AB 92 har detta lösts genom att det i 7 kap finns regler om att detta ska ske genom en besiktning. En besiktningsman ska vid besiktningen noga undersöka huruvida entreprenaden uppfyller de kontraktsenliga fordringarna¹⁵⁴ dvs. huruvida entreprenören har uppfyllt sina förpliktelser. Fel definieras som tidigare nämnts som när del av entreprenaden ej har utförts kontraktsenligt. De specifika reglerna för hur besiktningen ska genomföras och vilken bevisverkan den har är en av de stora skillnaderna mellan det allmänna köprättsliga regelsystemet och de entreprenadrättsliga reglerna enligt AB 92.¹⁵⁵ Syftet med besiktningen är att på ett så objektivt sätt som möjligt klargöra huruvida entreprenören har utfört sina förpliktelser i enlighet med entreprenadavtalet eller ej.¹⁵⁶

Det finns sex olika typer av besiktning i AB 92.¹⁵⁷ Det är endast två av dem som jag kommer att beröra här. Alla besiktningar kan enligt 7§6 AB 92 prövas genom en överbesiktning som måste påkallas inom två veckor från att part fått del av besiktningsutlåtandet. Överbesiktningen ersätter sedan

¹⁵¹ Kihlman, Jon, *Fel*, Stockholm 1999, s. 71.

¹⁵² AB 92 7:15, AB 92 7:2, AB 92 5:4 1st

¹⁵³ Hellner, a.a. s. 127.

¹⁵⁴ AB 92 7:13.

¹⁵⁵ Höök, s. 82.

¹⁵⁶ Liman, s. 126.

¹⁵⁷ Höök, s. 86.

den besiktning som föranlett den samma.¹⁵⁸ Dessutom kan part som inte är nöjd med besiktningsutlåtandet påkalla prövning i den ordning som råder för tvister enligt 7§7 AB 92

Den besiktningstyp som framförallt är av intresse för felbedömningen i samband med avlämnandet av entreprenaden är slutbesiktningen. Slutbesiktning ska normalt ske när kontraktstiden för entreprenaden gått ut eller om entreprenaden färdigställs senare, utan dröjsmål efter det att entreprenaden anmälts som färdigställd.¹⁵⁹ De fel som besiktningsmannen då finner ska antecknas i ett besiktningsutlåtande.¹⁶⁰ Om entreprenaden är utan fel ska den godkännas. Vissa mindre fel utgör dock inte hinder för att entreprenaden godkänns.¹⁶¹ När entreprenaden godkänts är entreprenaden också avlämnad och risken för entreprenaden går över från entreprenören till beställaren.¹⁶²

Enligt 7:13 AB 92 får en beställare ej göra gällande andra fel än de som besiktningsmannen upptagit i besiktningsutlåtandet. AB 92 innehåller således en preklutionsregel riktad mot beställaren.¹⁶³ Enligt Lidman behöver omständigheten att entreprenaden godkänts dock ej innebära att den är helt fri från fel.¹⁶⁴ Att en entreprenad godkänts vid en slutbesiktning innebär således inte att beställaren förlorat rätten att åberopa alla fel. Beställaren får trots att entreprenaden godkänts göra gällande dolda fel som förelåg vid besiktningen. Beställaren får dessutom göra gällande fel som han inom tre månader efter entreprenadtidens utgång påtalat för entreprenören.¹⁶⁵ Beställaren har dessutom rätt att göra gällande fel som han påtalat vid besiktningen men som besiktningsmannen ej ansett utgöra fel. Samtliga dessa fel som beställaren kan göra gällande trots att entreprenaden godkänts kan pröva enligt den ordning som råder för tvister enligt 7:7. Enligt AB 92 till skillnad från vad som gällde enligt föregångaren AB 72 kan besiktningsmannens beslut överklagas till alla delar genom en rättslig prövning. Besiktningens verkan som exklusivt bevismaterial har tonats ner i och med denna möjlighet.¹⁶⁶

Varken KtjL eller KöpL innehåller några motsvarande regler för hur en undersökning av en vara eller tjänst ska gå till efter avlämnandet. I prop1989/90:77 framhålls att besiktningen är av stor betydelse när det gäller att åstadkomma ett gott resultat vid småhusentreprenader. Det konstateras dock att parterna som regel avtalar om att en besiktning skall ske av entreprenaden. Den enda vägledning som kan fås av förarbetena till KtjL

¹⁵⁸ AB 92 7:22.

¹⁵⁹ AB 92 7:2 1st.

¹⁶⁰ AB 92 7:13 1st.

¹⁶¹ AB 92 7:14 1st.

¹⁶² AB 92 7:15, AB 5:4 1st.

¹⁶³ Höök, s. 89.

¹⁶⁴ Liman, s. 132.

¹⁶⁵ AB 92 7:13 2st. 1+2 mom.

¹⁶⁶ Liman, s. 135.

om hur undersökningen av en entreprenad ska gå till är att kraven på näringsidkarens prestation är tillämpliga vid felbedömningen.¹⁶⁷

Enligt KtjL har konsumenten inte ens någon uttrycklig undersökningsplikt vid tjänstens färdigställande. I förarbetena poängteras dock att det i allmänhet bör kunna fordras att konsumenten ganska snart efter att tjänsten avslutats gör en ytligt undersöker huruvida resultatet av tjänsten är felfritt eller ej. Konsumenten anses dock ha flera godtagbara skäl till att dröja med att undersöka tjänsten. Ett exempel på en sådan ursäkt är att konsumenten ej har den kunskap som krävs för att kunna bedöma huruvida ett fel föreligger.¹⁶⁸

KöpL 31§ 1st innehåller däremot en undersökningsplikt för köparen efter avlämnandet. Där stadgas det att köparen så snart efter avlämnandet som omständigheterna medger ska undersöka varan i enlighet med god affärssed. Undersökningsplikten har dock ingen självständig betydelse vid sidan av reglerna om reklamation i 32§ KöpL som ska beröras mer nedan.¹⁶⁹

Undersökningen ska dock enligt god affärssed ske så snart som omständigheterna medger det. Det råder emellertid knappast någon generell god affärssed av innebörden att en näringsidkare ska gå igenom varan systematiskt vid mottagandet.¹⁷⁰

Vid vilken tidpunkt ska felbedömningen av en entreprenad ske om parterna ej avtalat om att besiktning ska ske eller på annat sätt reglerat felbedömningen? Höök framhåller att i de fall då besiktningen ej är reglerad i entreprenadavtalet är entreprenaden att anse som överlämnad till beställaren när den har färdigställts.¹⁷¹ Entreprenören har då avslutat sitt arbete och därigenom fullgjort sin huvudförpliktelse. Entreprenadens färdigställande motsvaras av KöpL och KtjL regler om avlämnade respektive avslutande. Om entreprenaden vid färdigställandet ska anses överlämnad till beställaren verkar det också naturligt att knyta tidpunkten för när bedömningen om entreprenaden ska anses felaktig eller ej till färdigställandet.

Något stöd för om eller hur en besiktning ska gå till om parterna ej avtalat om detta kan ej anses finnas i KtjL. KöpL undersökningsskyldighet kan dock tala för att en entreprenad ska undersökas efter avlämnandet. Kanske kan en domstol på grund av den betydelse som besiktningen utgör vid entreprenadavtal betrakta AB 92s regler som en norm oavsett av dess status som handelsbruk eller ej och därmed öppna möjligheten för att en besiktning ska ske även när parterna ej avtalat där om.

¹⁶⁷ Prop. 1988/89:77, s. 30.

¹⁶⁸ Prop. 1984/85:110, s. 217.

¹⁶⁹ Prop. 1988/89:76, s. 120.

¹⁷⁰ Håstad, a.a. s.102.

¹⁷¹ Höök, s 90.

6.5.3 Reklamation

Båda KtjL och KöpL innehåller regler om att en konsument eller köpare måste reklamera eventuellt fel till motparten. Enligt 32§1 st. KöpL måste köpare reklamera ett fel inom skälig tid efter att han märkt eller borde ha märkt felet. I 17 § KtjL finns en motsvarvande bestämmelse. Om reklamationen ej sker inom rätt tid bortfaller rätten att göra gällande påföljder för felet.¹⁷²

De båda lagarna skiljer sig dock åt när det gäller kravet på vid vilken tidpunkt felet bort upptäckts och således också vad som är att anse som skälig tid inom vilken reklamationen ska ha skett. Eftersom det vid konsumententreprenader kan godtas att det går ganska lång tid innan konsumenten undersöker resultatet av tjänsten eller borde ha märkt felet kan det godtas att det förflyter relativt lång tid innan fel som inte märkts vid en ytlig undersökning reklameras.¹⁷³ Vid köp bestäms tidpunkt då köparen borde märka felet oftast med utgångspunkt i den undersökningsplikt som köparen har enligt 31§ KöpL. Vad köparen borde ha märkt kan också påverkas av hans sakkunskap. Köparen måste få tid på sig att inse att funktionstörningarna beror på fel i varan och inte på grund av t.ex. felaktig användning. Ibland kan felet dock vara sådant att det inte går att upptäcka förrän varan används, ett så kallat dolt fel. I sådana fall räknas reklimationsfristen från den tidpunkt då felet visar sig.¹⁷⁴

AB 92 regler om besiktning kompletteras också av en bestämmelse om reklamation i 5:10. Att kravet i denna regel ej efterföljs medför dock inte att beställaren förlorar sin rätt att göra gällande påföljder för felet utan endast att beställaren blir skyldig att ersätta eventuella merkostnader som förseningen medför.

I propositionen till KtjL uttalades att det inom avtalsrätten i allmänhet gäller att den part som anser att motpartens prestation inte är avtalsenlig och som därför vill göra någon påföljd gällande inom skälig tid måste underrätta motparten om detta förhållande.¹⁷⁵ Detta uttalande tillsammans med att både KöpL och KtjL innehåller liknande bestämmelser skulle kunna ses som ett stöd för att det, om parterna ej avtalat om annat, föreligger en skyldighet att reklamera ett fel och att om så inte sker bortfaller rätten till påföljd.

Ramberg framhåller dock att det är osäker huruvida reklimationsreglerna i KöpL är att betraktas som en allmän avtalsrättslig princip eller om den utgör en del av den speciella avtalsrätten som reglerar just köp av lös egendom.¹⁷⁶

¹⁷² Prop 1984/85:110, s. 64. Se, dock EG-direktivet 1999/44 som från och med den 1 juli 2002 ger konsumenter minst två månader på sig att reklamera.

¹⁷³ Prop. 1984/85:110, s. 217.

¹⁷⁴ Prop. 1988/89:76, s. 123f.

¹⁷⁵ Prop. 1984/85:110, s. 64.

¹⁷⁶ Ramberg a.a. s. 20.

7 Påföljder för fel vid entreprenader

7.1 Allmänt

Om entreprenaden är att anse som felaktig och entreprenören därmed alltså ej har uppfyllt sin förpliktelse och därmed gjort sig skyldig till kontraktsbrott kan beställaren vara berättigad att göra gällande olika påföljder gentemot entreprenören. Vilka påföljder som ska vara aktuella vid kontraktsbrott är ofta uttryckligen reglerat i avtalet. Detta avsnitt ska behandla frågan om vilka eventuella påföljder som en beställare kan ha rätt till utan stöd i det individuella avtalet.

Enligt AB 92 är beställarens primära rättighet vid fel i entreprenaden att kräva att entreprenören avhjälper felet.¹⁷⁷ Beroende på felets karaktär kan beställaren istället ha rätt att få prisavdrag för den kostnad som han haft för att låta avhjälpa fel eller den minskning i entreprenadens värde som felet medfört. Under vissa förutsättningar kan fel även medföra rätt att häva avtalet samt rätt att kräva skadestånd.

Avhjälpan är också den primära påföljden vid fel enligt KtjL och KöpL. Dessa lagars påföljdssystem innehåller också rätten att hålla inne betalning, göra avdrag på köpeskillingen, häva avtalet samt utkräva skadestånd. Även om påföljderna tillsynes verkar vara de samma enligt såväl AB 92, KtjL och KöpL varierar dock förutsättningarna för när de olika påföljderna kan bli aktuella.

7.2 Avhjälpan av fel

Rätten att kräva fullgörelse enligt ett avtals innehåll anses vara grundläggande inom obligationsrätten.¹⁷⁸ Eventuellt kan rätten att kräva att ett fel avhjälps anses utgöra en del av rätten att kräva fullgörelse av avtalet.¹⁷⁹

Avhjälpan är den primära påföljden enligt AB 92 vid fel i entreprenaden. Höök framhåller att det många gånger är den enda praktiska möjliga

¹⁷⁷ AB 7:25. Vid dröjsmål med färdigställandet av entreprenaden är beställarens huvudsanktion enligt AB 92 5:1 istället vite.

¹⁷⁸ Ramberg /Herre, s. 130.

¹⁷⁹ Hellner framhåller dock att det kan vara diskutabelt. Den svenska KöpL tar inte till skillnad från CISG ståndpunkt beträffande terminologin. Rätten att kräva avhjälpan vid fel sammanställs dock i KöpL med rätten till omleverans, och rätten till omleverans jämförs i sin tur i väsentliga avseenden med rätten att kräva fullgörelse vid dröjsmål. Se Hellner, Häfte 2, s. 147.

lösningen för parterna. Detta på grund av att det är förenat med så stora kostnader för beställaren att anlita annan entreprenör för att avhjälpa fel.¹⁸⁰

Entreprenören är enligt AB 7:25 1 st. skyldig att avhjälpa de fel som antecknats av besiktningsmannen i besiktningsutlåtande. Avhjälpan ska ske utan dröjsmål och senast inom två månader från det att besiktningsutlåtandet skickats till entreprenören.¹⁸¹ Dessutom är entreprenören skyldig att avhjälpa vad som beställaren anser utgöra fel och som denne skriftligen utan dröjsmål efter att felet upptäckts har påtalat för entreprenören.¹⁸² Skyldigheten att avhjälpa fel är oberoende om det i verkligheten rör sig om ett fel eller huruvida entreprenören är ansvarig för felet.¹⁸³ Skälet för att utforma regel på detta sätt så att entreprenören även i tveksamma fall ska ha skyldighet att vidta avhjälpandeåtgärder.

Om felet trots allt inte avhjälps inom föreskriven tid har beställaren rätt att låta avhjälpa felet. Om entreprenören ansvarar för felet sker avhjälpandet på hans bekostnad. Har entreprenören avhjälpt ett fel som han ej ska svara för sker en kostnadsreglering.¹⁸⁴ Om fel verkligen föreligger och vem som slutligen ska ansvara för felet får parterna försöka komma överens om, i sista hand genom en rättslig prövning.¹⁸⁵

Beställarens rätt till avhjälpande vad gäller mindre fel är till viss del begränsad genom AB 7:26. Om felet inte i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd, utseende, eller möjligheten att använda den på ett ändamålsenligt sätt och avhjälpandet är oskäligt med hänsyn till de kostnader som det medför och andra omständigheter behöver entreprenören ej avhjälpa felet. Det ingår i besiktningsmannens uppdrag att bedöma behovet av ett eventuellt avhjälpande och samt göra en uppskattning av den nedsättning av entreprenadsumman som felet föranleder.

Rätten för en konsument att begära att näringsidkaren avhjälper ett fel i tjänsten enligt 20§ KtjL har sin motsvarighet i 34§ KöpL. Bestämmelsernas innebörd är i princip den samma. Den felade parten ska avhjälpa felet på sin bekostnad så länge som avhjälpandet ej medför kostnad eller olägenhet som är oskäliga i förhållande till felets betydelse för den drabbade parten.

Enligt KtjL ska det uttryckligen göras en intresseavvägning mellan näringsidkarens kostnader och olägenhet och felets betydelse för köparen medan det i KöpL endas sägs att en skälighetsbedömning ska göras. Vid skälighetsbedömning enligt KöpL har köparens intresse för att felet avhjälps betydelse.¹⁸⁶ Eftersom det alltid medför vissa kostnader och olägenheter för näringsidkaren att avhjälpa ett fel krävs det enligt förarbetena till KtjL ett

¹⁸⁰ Höök, s. 103.

¹⁸¹ AB 92 7:25 6 st

¹⁸² AB 92 5:10

¹⁸³ AB 92 7:25 5 st 6 1-5 9

¹⁸⁴ AB 92 7:25 4 st

¹⁸⁵ Liman, s. 134.

¹⁸⁶ Ramberg/Ramberg, s. 97.

markant missförhållande mellan näringsidkarens uppoffring och avhjälpandets betydelse för konsumenten för att näringsidkaren ska befrias från sin skyldighet att avhjälpa felet.¹⁸⁷

Hellner framhåller att det borde vara möjligt att anta att rätten till att få ett fel avhjälpd i enlighet med de båda lagrummen i stort sett är densamma trots att formuleringarna skiljer sig lite åt.¹⁸⁸ Om köparen är skyldig att avhjälpa felet men försummar att göra så har köparen enligt 34§3st rätt att själv avhjälpa felet på säljarens bekostnad. Den kostnad som köparen har rätt till måste ha ett direkt samband med avhjälpandet av felet. Kostanden för reparationen eller annat avhjälpandet av felet ersätts enligt bestämmelsen. Köparen torde också ha rätt till ersättning för vissa andra kostnader.¹⁸⁹ Köparen har endast rätt till försvarliga kostnader. Detta innebär enligt Herre att ersättningsgilla kostnader begränsas i två hänseenden. För det första krävs att köparen har handlat försvarligt och ej avhjälpd fel på ett onödigt kostsamt sätt. Den andra begränsningen anser Herre ligga i att kostnaderna för avhjälpandet ska stå i rimlig proportion till varans värde.¹⁹⁰ KtjL ger i dessa fall i stället konsumenten rätt till prisavdrag. Kolla hur stort.¹⁹¹

Höök framhåller att det borde framstå som logiskt att det ingår i entreprenörens åtagande att avhjälpa ett eventuellt fel även då påföljderna vid kontraktsbrott ej är reglerade i avtalet. Han framhåller dock att analogier från tvingande lagstiftning som KtjL kan ifrågasättas vid kommersiella förhållanden. Höök verkar dock, bland annat grundat på 34§ KöpL, anse att entreprenören har ett primärt avhjälpningsåtagande.¹⁹² Vidare torde 34§ KöpL om köparens rätt till ersättning för försvarliga kostnader för att avhjälpa felet om säljaren ej avhjälper felet enligt Höök vara analogvis tillämpligt på entreprenader.¹⁹³

Ytterligare skäl som talar för att en beställare ska ha rätt att kräva att entreprenören avhjälper fel kan eventuellt fås från förarbetena till KöpL. Som skäl till införandet av rätten att kräva avhjälpande av fel i 1990 års KöpL angavs att det ofta är den mest ändamålsenliga påföljden för parterna. Vid tekniskt komplicerade produkter kan det vara av stor betydelse för köparen att det är just säljaren som avhjälper felet. Denne kanske besitter de speciella kompetenser som krävs för att rätta till felet. Vidare angavs att rätten att kräva avhjälpande i stället för att häva avtalet kunde medföra att onödig värdeförstöring undviks.¹⁹⁴

Samma argumentation torde vara relevant vid entreprenader där arbetet ofta är komplicerat och kräver specialkompetens. Det kan vara mycket komplicerat och dyrt för en beställare att få en ny entreprenör att rätta till en

¹⁸⁷ Prop. 1984/85:110, s. 228.

¹⁸⁸ Hellner, Häfte 1, s. 113.

¹⁸⁹ Se Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten*, Stockholm, 1996, s. 185f.

¹⁹⁰ Herre, a.a. s. 189ff.

¹⁹¹ 21§ KtjL.

¹⁹² Rätten att kräva fullgörelse begränsas också av reglerna i 16 kap UB.

¹⁹³ Höök, s. 104.

¹⁹⁴ Prop. 1988/89:76, s. 37.

annans misstag. Skyldigheten att avhjälpa ett fel stämmer också överens med reglerna i AB 92 och det skulle därmed ej vara att gå emot vad som är branschpraxis att ge en beställaren som ej avtalat om annan skyldighet att avhjälpa fel i entreprenaden.

Rätten att kräva avhjälpan begränsas i KöpL av en skälighetsbedömning som i stort anses ha sin motsvarighet i KtjL. Att de båda lagarna har motsvarande regler kan anses tala för att denna begränsning av rätten till avhjälpan möjligen kan gälla även vid kommersiella entreprenader. Att entreprenören skulle ha en skyldighet att avhjälpa fel som ej är oskäliga är också i överensstämmelse med den normen som AB 92 tillhandahåller.

7.3 Rätt att hålla inne betalning

Innehållandet med den egna prestationen kan bland annat fungera som ett påtryckningsmedel för att få den andre att fullgöra sina förpliktelser och avhjälpa felet.¹⁹⁵

I AB 6:15 anges olika situationer då en beställare har rätt att hålla inne en del av slutlikviden. Beställaren har enligt bestämmelsens rätt att hålla inne ett belopp motsvarande krav på vite, skadestånd, annan fordran samt vad det kostar att avhjälpa fel som konstaterats vid slutbesiktningen. Om det rör sig om ett mindre fel, som entreprenören enligt 7.26 AB ej är skyldig att avhjälpa, får beställaren hålla inne en summa motsvarande det som den totala entreprenadsumman på grund av felet ska sättas ned med

19§ KtjL ger konsumenten rätt att hålla inne med så mycket av betalningen som behövs för att säkerställa hans krav på grund av fel i tjänsten. Beloppets storlek får enligt propositionen avgöras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Om felet är av den beskaffenhet att det ger konsumenten rätt att häva avtalet uttalas i förarbetena att konsumenten torde ha rätt att hålla inne hela betalningen.¹⁹⁶

Konsumenten medges den marginal som behövs för att säkert täcka hans anspråk. Rätten att hålla inne betalning aktualiseras vanligtvis inte förrän tjänsten har avslutats, efter som det normalt är då som betalningen av tjänsten sker.

KöpL ger köparen rätt att hålla inne så mycket av betalningen som motsvarar kravet på säljaren på grund av fel.¹⁹⁷ Summan av vad som får innehållas kan motsvara ett prisavdrag, kostnaden för att avhjälpa felet, skadestånd samt om felet är väsentligt och hävning därför kan komma i fråga, hela priset. I vissa fall kan köparen ha svårt att avgöra omfattningen av sina krav. Risk föreligger sålunda att köparen gör en felbedömning angående hur stort belopp han har rätt att hålla inne. Om köparen håller inne

¹⁹⁵ Hellner, Häfte 2, s. 159.

¹⁹⁶ Prop. 1984/85:110, s. 225.

¹⁹⁷ 42§ KöpL.

för stor summa kan han göra sig skyldig till betalningsförsummelse. Att säljaren får hålla inne så mycket som motsvarar hans krav betyder i princip att det inte finns mycket utrymme för felbedömning.¹⁹⁸

Hellner framhåller att KtjL och KöpL regler i stort grundar sig på samma tankar även om de skiljer sig i detalj.¹⁹⁹

Att såväl KtjL, KöpL som AB 92 ger den part som drabbats av kontraktsbrottet på grund av fel rätt att hålla inne betalningen talar för att det en sådan rättighet kan tänkas finnas även då parterna i ett entreprenadavtal ej uttryckligen reglerat detta i sitt avtal. Frågan uppkommer i så fall hur mycket av betalningen som beställaren har rätt att hålla inne utan att riskera att själv göra sig skyldig till kontraktsbrott på grund av för sen betalning.

Det större utrymme som medges konsumenten enligt KtjL är av konsumentskyddande karaktär. Att entreprenören ska ha rätt att hålla inne ett mer begränsat belopp i enlighet med KöpLs regler verkar mer befogat med tanke på att det rör sig om en kommersiell situation.

7.4 Prisavdrag

Grundtanken bakom rätten till prisavdrag är att det råder balans mellan parternas olika prestationer. Då säljaren genom sitt kontraktsbrott rubbar denna balans fungerar prisavdraget som utjämnare genom att återställa värderelationen mellan parternas prestationer.²⁰⁰

För mindre fel som entreprenören enligt 7:26 ej är skyldig att avhjälpa har beställaren i stället rätt att kräva prisavdrag. Avdraget får göras med ett belopp som motsvarande skillnaden mellan värdet av entreprenaden vid kontraktsenligt skick och värdet i det felaktiga skicket. Detta sätt att bestämma storleken på prisavdraget kallas för den proportionella metoden.²⁰¹ Beloppet för prisavdraget ska dock inte understiga den besparing som entreprenören gjort på grund av det felaktiga utförandet.²⁰²

Enligt KöpL har en köparen rätt att kräva prisavdrag om inte avhjälpan av felet kommer i fråga eller inte sker inom skälig tid efter det att köparen reklamerat felet till säljaren.²⁰³

För att en konsument ska ha rätt till prisavdrag förutsätts i 21 § KtjL att felet inte avhjälpes inom skälig tid efter det att näringsidkaren getts möjlighet att avhjälpa felet.²⁰⁴ Herre framhåller att det råder viss tvekan hur

¹⁹⁸ Ramberg/Herre, s. 138.

¹⁹⁹ Hellner a.a. s. 163.

²⁰⁰ Ramberg a.a. s. 139.

²⁰¹ Höök, s. 106.

²⁰² AB 92 7:26 2st.

²⁰³ 37§ KöpL.

²⁰⁴ 20 och 22§§ KtjL

bestämmelsen ska tolkas och att det därmed också får anses osäker när konsumenten har rätt att kräva prisavdrag. I KtjL är det därmed ej reglerat huruvida konsumenten har rätt till prisavdrag i de fall då avhjälpande ej är möjligt. Frågan uppkommer då om det vid konsumenttjänster är möjligt att göra gällande prisavdrag som den primära påföljden.²⁰⁵

Enligt 37§ KöpL kan en köparen i dessa fall göra gällande prisavdrag som den primära påföljden. Enligt Herre torde övervägande skäl tala för en analogi till KöpL vilket sålunda innebär att konsumenten inte behöver avvakta med att kräva avhjälpande i skälig tid.²⁰⁶

Utgångspunkten för hur priset ska beräknas är dock olika i KöpL respektive KtjL. Prisavdraget enligt KöpL ska beräknas på samma sätt som enligt AB 92 dvs. så att förhållandet mellan det nedsatta priset och det avtalade priset svara mot förhållandet mellan den avtalsenliga varans värde och den felaktiga varans värde.²⁰⁷

Storleken på prisavdraget som konsumenten har rätt till enligt KtjL är vad det kostar för konsumenten att få felet avhjälp. Skulle kostnaden för avhjälpandet bli oskäligt stort har konsumenten i vart fall rätt till ett prisavdrag motsvara felets betydelse för konsumenten.²⁰⁸ Herre framhåller att detta sätt att räkna prisavdraget innebär att samma sak som när köparen har rätt till ersättning för sina kostnader för att få felet avhjälp enligt 34§3st. KöpL. Herre ifrågasätter om prisavdrag är rätt betäckning på denna ersättning.²⁰⁹

Att det både i KöpL och KtjL finns bestämmelser om prisavdrag kan eventuellt anses tala för att det vore möjligt för en kommersiell beställare att kräva prisavdrag även i de fall då parterna ej avtalat om påföljderna som kan vara aktuella vid ett kontraktsbrott. AB 92 ger också i viss utsträckning beställaren rätt till prisavdrag för fel. Enligt standardavtalet är prisavdrag dock endast tillåtet för de fel av mindre betydelse som entreprenören ej är skyldig att avhjälpa medan det enligt KtjL och KöpL är möjligt att göra prisavdrag för alla fel där avhjälpande inte sker.

KöpL regler när det gäller hur prisavdrag ska beräknas överensstämmer med vad som gäller enligt AB 92. Detta kan kanske utgöra stöd för att den proportionella metoden ska användas för att bestämma hur stort ett eventuellt prisavdrag som beställaren har rätt till vid kommersiella entreprenadavtal där parterna ej uttryckligen har avtalat om annat.

²⁰⁵ Herre, s. 117f.

²⁰⁶ Herre, s. 118.

²⁰⁷ 38§ KöpL.

²⁰⁸ 22§ KtjL.

²⁰⁹ Herre, s. 120.

7.5 Hävning

Hävningens syfte är att frigöra den som part som drabbats av kontraktsbrottet från avtalsbundenheten. Detta kan vara nödvändigt eller befogat för att den drabbade parten ska kunna undvika olägenheter eller ekonomisk förlust. I begreppet hävning ligger att naturaprestationen inhiberas. Om en prestation ännu ej är utförd ska den ej heller utföras. Om den har utförts och återbäring är möjligt ska prestationen återbäras. Verkningen av hävningen beror således på hur långt fullgörandet av avtalet har kommit. Är fullgörandet av avtalet ej påbörjad får hävningen verkan för hela den framtida avtalsprestationen. Om fullgörandet av avtalet har inletts kan hävningen avse antingen de framtida eller de redan utförda prestationerna. Om prestationen har fullgjorts i sin helhet kan det endast bli aktuellt med retroaktiv hävning.²¹⁰ För att ett hävningsrätt ska föreligga krävs enligt vissa lagrum att kontraktsbrottet inte är ringa, enligt KöpL har lagstiftaren valt den omvända formuleringen att hävningsrätt som föreligger endast då kontraktsbrottet är väsentligt.²¹¹ Det krävs alltså något mer än en underlåtenhet att uppfylla en förpliktelse för att hävning ska vara möjlig.

Hävningen behöver ej omfatta hela avtalet. Under vissa förutsättningar kan det vara möjligt att häva hela avtalet trots att kontraktsbrottet endast avser en del av prestationen. Om kontraktsbrottet däremot avser hela prestationen måste också hävningen ske för hela avtalet.²¹²

8:1 2 p AB 92 ger beställaren rätt att häva avtalet med avseende på de arbeten som återstår om entreprenaden i väsentliga hänseenden inte är kontraktsenlig och om avhjälpande av felet inte sker utan dröjsmål. Hävning får också ske om entreprenören skulle vara så bristfällig i sitt åliggande att entreprenadens färdigställande äventyras. Hävning kan alltså ske vid väsentliga fel i redan utfört arbete och vid anteciperade allvarliga fel i det slutliga arbetet. Hävningen kräver således en kvalificerad typ av kontraktsbrott. Hävningen enligt bestämmelsen avser endast den del av avtalet som inte redan utförts. Det är enligt AB-systemets regler inte möjligt att häva entreprenadavtalet retroaktivt varken med avseende på den del som utförts eller hela avtalet. Eftersom hävning ej kan ske retroaktivt är det ej möjligt att med stöd av AB 92 häva avtalet efter att entreprenaden färdigställts. AB 92 innehåller ej heller någon uttrycklig bestämmelse med avseende på hävning på grund av anteciperat avtalsbrott då entreprenadarbetet ej har påbörjats.²¹³

Innan beställaren har rätt att häva måste han meddela entreprenören om felet och entreprenaden har därefter rätt att avhjälpa felet. Det är alltså först om avhjälpandet inte sker utan dröjsmål som beställaren har rätt att häva

²¹⁰ Hellner, a.a. s 169.

²¹¹ Rodhe, s. 429.

²¹² Rodhe, s 441.

²¹³ Hellner, Häfte 1, s. 134.

avtalet.²¹⁴ Entreprenören ska vid hävning tillgodoskrivas värdet av det utförda arbete.²¹⁵

Lidman framhåller att det är utomordentligt ovanligt att entreprenader hävs.²¹⁶ Hellner framhåller att fel ofta konstateras efter det att arbete slutförts och att hävningspåföljden vid fel därmed har mindre betydelse än vid dröjsmål.²¹⁷

När en tjänst är delvis utförd kan konsumenten ha rätt att häva återstående delen av avtalet enligt KtjL 21§3st. Där stadgas att om det finns starka skäl att anta att tjänsten inte kommer att fullgöras utan fel som är av väsentlig betydelse för konsumenten har denne rätt att häva den återstående delen av avtalet. Vid sådan partiell hävning har näringsidkare rätt till betalning med ett belopp motsvarande priset för tjänsten i sin helhet minus vad det kostar för konsumenten att få återstående delen av entreprenaden utförd.²¹⁸

Om däremot syftet med tjänsten i huvudsak är förfelat på grund av felet i den delvis utförda tjänsten och näringsidkaren insett eller bort inse detta kan konsumenten häva avtalet i sin helhet.²¹⁹ Avtalet hävs således både retroaktivt för den utförda delen och framåt i tiden med avseende på den återstående delen av tjänsten.²²⁰ Konsumenten kan också ha rätt att häva hela avtalet retroaktivt när tjänsten har utförts i sin helhet enligt 21§2 st. KtjL. Även här krävs det dock att huvudsyftet med tjänsten är förfelat och näringsidkaren insett eller bort inse detta.

När hävning avser hela avtalet faller näringsidkarens rätt till ersättning för tjänsten helt bort. Däremot har han i princip rätt att återfå det material som han tillhandahållit. Konsumenten ska ersätta kostnaderna för det material som näringsidkaren ej kan återfå. Denna ersättning ska dock inte överstiga det värde som det material som inte är möjligt att återlämnande har för konsumenten.²²¹ I princip betyder det att näringsidkaren har rätt att få ut värdet av tjänsten, dock max vad tjänsten är värd för konsumenten.²²²

I de fall att tjänsten ej ännu har påbörjats finns möjlighet till hävning i 21§ 4st KtjL. Hävning vid anteciperat kontraktsbrott får ske om det finns starka skäl att anta att tjänsten inte kommer att utföras utan fel som är av väsentlig betydelse för konsumenten.

Om ett köp har fullbordats krävs det enligt köprätten som huvudregel att avtalsbrottet är av väsentlig betydelse för köparen för att denna ska ha rätt att häva avtalet. Vidare krävs också att säljaren insett eller bort inse att

²¹⁴ AB 92 8:1 2 st

²¹⁵ AB 92 8:4.

²¹⁶ Liman, s. 159.

²¹⁷ Hellner, a.a. s. 133.

²¹⁸ 23§ 2 st KtjL.

²¹⁹ 21§ 2st KtjL

²²⁰ Hellner, a.a. s. 111.

²²¹ 23 §1st. KtjL.

²²² Hellner, Häfte 2, s. 185. En slags obehörig vinst.

avtalsbrottet var väsentligt för den drabbade parten.²²³ För att hävning ska komma i fråga krävs precis som vid prisavdrag att felet ej är möjligt att avhjälpa eller att avhjälpan inte sker inom skälig tid.²²⁴ Rättsverkan av hävningen när avtalet är fullgjort är att var part återbär det som är möjligt. Köparen återlämnar den felaktiga varan och köparen betalar tillbaka eventuell utbetald avtalssumma.²²⁵ Säljaren har dessutom rätt till skälig ersättning i de fall som köparen nyttjat varan.²²⁶

Om den sålda varan ej kan lämnas tillbaka i väsentligen oförändrat skick bortfaller rätten att häva. Några undantag finns dock. Bland annat ligger risken på säljaren för att varan förstörts på grund av en olyckshändelse eller på grund av sin egen beskaffenhet eller på grund av annat förhållande som ej beror på köparen. Rätten att häva går inte heller förlorad om köparen ersätter säljaren den minskning i varans värde som är en följd av att varan försämrats eller minskats.²²⁷

Köplagen innehåller även en möjlighet för köparen att häva avtalet i sin helhet när en del av leveransen är felaktig. Om det partiella avtalsbrottet är av väsentlig betydelse för hela köpet och säljaren insett eller bort inse detta har köparen enligt 43§ KöpL rätt att häva hela avtalet. Här finns det alltså en möjlighet till att häva hela avtalet på grund av att kontraktetsbrottet avser en del av prestationen.

Hävning för anteciperat kontraktetsbrott är också möjligt enligt KöpL regler. Som huvudregel torde gälla att det för att hävning ska komma i fråga innan kontraktetsbrottet skett står klart att det kommer att inträffa ett väsentligt kontraktetsbrott.²²⁸ Väsentlighetskravet och synbarhetskravet måste också vara uppfyllt eftersom det som befaras inträffa är avtalsbrott som ger rätt att häva.²²⁹

Hävning när avtalen har fullbordats utesluts ofta då det gäller varaktiga avtal som entreprenadavtal på grund av att när en prestation en gång utförts den ej kan återställas.²³⁰ Vid kommentaren i förarbetena till avgränsningen i 2§1 KöpL om lagens tillämplighet framhålls att köplagens regler avseende hävning är mindre lämpliga att tillämpa på de konflikter som kan tänkas uppkomma vid entreprenader.²³¹ Hävning är förmodligen utesluten för sådana avtal som på grund av sin natur aldrig kan återställas och där prestationen är fullgjord enligt Rohde.²³² Varken KtjL eller KöpL kan alltså anses tala för att beställaren skulle ha rätt häva ett fullbordat entreprenadavtal på grund av fel. Eftersom fel vid entreprenader oftast

²²³ 39§ KöpL.

²²⁴ 37§ köpL.

²²⁵ 64§ KöpL.

²²⁶ 65§ KöpL.

²²⁷ 66§ KöpL.

²²⁸ 62§ KöpL.

²²⁹ Hellner, a.a. s. 180

²³⁰ Hellner, a.a. s. 179.

²³¹ Prop. 1988/89: 76, s. 63.

²³² Rohde, s. 423.

konstateras när arbetet slutförts har hävning vid fel därmed en begränsad betydelse.²³³

Har avtalet utförts till en del kan KtjL regler tala för att beställaren i vart fall har rätt häva återstående del av entreprenaden om felet är av väsentlig betydelse eller om syftet med tjänsten i huvudsak förfelats. Beställaren kan i dessa fall av kontraktsbrott på ett tidigare stadium ha ett intresse av att häva avtalet och överlämna uppdraget till en annan entreprenör för att slutföra avtalet. Detta torde motsvara AB 92 regler om att hävning är tillåtet om entreprenadens färdigställande äventyras. Om t.ex. husgrunden utförts felaktigt torde detta påverka byggnaden i övrigt och därmed äventyra att entreprenaden färdigställs kontraktssenligt.

Vid partiellt avtalsbrott som är av väsentligt betydelse för hela avtalet och synbarhetskravet är uppfyllt medger 43§ KöpL hävning av hela avtalet. Även KtjL innehåller en motsvarande rätt. Höök påpekar att rätten att endast häva avtalet med avseende på framtida prestationer enligt AB 92 vid en sådan jämförelse verkar tämligen begränsad.²³⁴ Det är dock ytterst osäkert om det finns någon möjlighet till retroaktiv hävning vid kommersiella entreprenadavtal.²³⁵

Hellner anser ej att det är avsett att i sak vara någon saklig skillnad för förutsättningarna för hävning vid anteciperat kontraktsbrott enligt KöpL och KtjL trots olikheterna i bestämmelserna. Hellner framhåller att reglerna om anteciperat avtalsbrott torde vara möjliga att tillämpa på kommersiella tjänster om det är klart att ett väsentligt kontraktsbrott kommer att ske och väsentligheten är synbar.²³⁶

7.6 Skadestånd

Skadeståndets funktion är i princip att ekonomiskt tillförsäkra en part som drabbats av avtalsbrott samma ekonomiska intresse som han har rätt att få tillgodosett genom avtalet.²³⁷ Enligt huvudregeln ska skadeståndet vid kontraktsbrott sätta den skadelidande i samma ställning som om kontraktet hade uppfyllts på riktigt sätt, det vill säga motsvarande det positiva kontraktshintresset, den så kallade Culpa regeln.²³⁸ Skadestånd utgår såsom huvudregel om inget annat avtalats endast då den underlåtna uppfyllelsen av en förpliktelse, dvs. kontraktsbrottet, orsakats av en uppsåtlig eller vårdslös handling hos gäldenären, i detta fallet entreprenören.²³⁹ Vid vissa kontraktstyper medges dock skadestånd under andra förutsättningar.²⁴⁰

²³³ Hellner, a.a. s. 135.

²³⁴ Höök, s. 110.

²³⁵ Hellner, a.a. s. 107 samt 116.

²³⁶ Hellner, a.a. s. 188f.

²³⁷ Ramberg/Herre, s. 168.

²³⁸ Hellner, a.a. s. 207.

²³⁹ Rohde, s. 298.

²⁴⁰ Hellner, a.a. s. 195.

Skadeståndsansättningen för fel enligt AB 92s regler är komplex eftersom man här valt att ha olika grunder för ersättningen beroende på när skadan har inträffat och huruvida avtalet hävts eller ej.²⁴¹

AB 92 8:5 ger beställaren rätt till skadestånd i de situationer där avtalet hävts. Beställaren har då rätt till ersättning för eventuella kostandsökningar som uppkommer för att färdigställa entreprenaden samt annan skada beställaren åsamkats genom hävningen. Denna skada som beställaren kan anses ha åsamkats genom själva hävningen som sådan omfattar enligt Håstad ej indirekta skador på grund av avtalsbrottet som sådant som ju i allmänhet uppkommer för själva hävningen som sådan.²⁴² Håstad framhåller att rätten till ersättningen enligt bestämmelsen för entreprenadens färdigställande inte stärker beställarens rätt jämfört med den rätt han har att avhjälpa fel på entreprenörens bekostnad enligt 7:25 4 st. Hellner framhåller att rätt till skadestånd vid hävning är begränsad eftersom retroaktiv hävning av ett avtal ej är möjlig enligt AB 92.²⁴³

Beställaren har ej rätt till fullt skadestånd efter hävning av kontraktet på grund av fel. Han har rätt till ersättning för prisskillnaden på täckningsentreprenaden samt ersättning för skador åsamkade av själva hävningen.²⁴⁴

Beställaren har vidare rätt till skadestånd för följdskador på entreprenaden på grund av fel som entreprenören ansvar för. Entreprenörens ansvar för denna typ av skador är strikt.²⁴⁵ Beställaren behöver således ej visa skadan beror på att entreprenören varit vårdslös utan det räcker med att visa att felet som entreprenören ansvar för orsakat skadan. Rubriken för den identiska paragrafen i ABT är följdskada på entreprenaden. Höök framhåller att denna rubrik ger bättre information om paragrafens betydelse.²⁴⁶

AB 92 5:14 innehåller en rätt för beställaren för ersättning för följdskador annat än själva entreprenaden som beror på fel som entreprenaden ansvarar för. Det rör sig alltså om ett strikt ansvar för skador beroende på fel som entreprenören svarar för och skadeståndsansvaret omfattar även rena förmögenhetsskador.²⁴⁷ De skador som här ersätts är följdskador på grund av fel på annat än entreprenaden t.ex. skador på av beställaren ägd redan befintlig fastighet. Denna regel har en beloppsbegränsning på max 15 % av kontraktssumman.

Entreprenörens ansvar dock enligt 5:14 2 st ej för skada på grund av avbrott eller störning i industriell produktion eller i betydande kommersiella

²⁴¹ Höök, s. 111.

²⁴² Håstad, Torgny, "Dröjsmål och fel enligt AB 72", *I festskrift till Gotthard Calissendorf*, Stockholm 1990 s. 126.

²⁴³ Hellner, Häfte 1, a.a. s. 133.

²⁴⁴ Håstad a.a. s. 124

²⁴⁵ AB 92 5:8.

²⁴⁶ Höök, s. 112.

²⁴⁷ Höök, s. 113.

verksamhet avseende upplåtelse av lokaler. Detta undantag har ansetts motiverat av att beställaren anses ha goda möjligheter att försäkra sig mot denna typ av avbrottskador.²⁴⁸ Ansvarsbegränsningarna gäller dock inte om entreprenören gjort sig skyldig till grov vårdslöshet.²⁴⁹

Vid köp har köparen rätt till ersättning för den skada som han lidit på grund av att varan är felaktig. Skadeståndsskyldigheten vid köp enligt 40§ KöpL grundas primärt på det så kallade kontrollansvaret. Innebörden av detta ansvar är att säljaren antas kunna kontrollera fullgörelsen av sin prestation och säljaren är därmed endast fri från ansvar för felet om det beror på händelser som är utom säljarens kontroll.²⁵⁰ De situationer som främst kan anses ligga utanför näringsidkarens kontroll är främst händelser som kan hänföras till Force majeure händelser i vidsträckt mening.

KöpL gör åtskillnad på så kallade indirekta och direkta förluster. Det är endast den direkta förlusten som ersätts enligt 40§1st KöpL. Indirekta förluster på grund av felet omfattas ej av kontrollansvaret utan för att dessa ska ersättas krävs att kontraktsbrottet beror på försummelse hos säljaren. Vad som är att anse som indirekt förlust anges i 67§ 2 och där stadgas att indirekt förlust är minskning eller bortfall av produktion eller omsättning, förlust för att varan ej kan utnyttjas på avsatt sett, utebliven vinst samt annan förlust som är svår att förutse. I bestämmelsens sista stycke sägs också att indirekt förlust ej är sådan förlust som den skadelidande haft för att begränsa en förlust av annat slag än som anges i andra stycket.

I doktrin har bestämmelsen av vad som är att se som indirekt respektive direkt förlust varit svår tolkad.²⁵¹ Uppdelningen i direkt och indirekt förlust finns ej i CISG och var också ny för svensk rätt när den infördes i 1990 års KöpL. Indelning av skadeståndet i indirekt och direkt förlust är mycket kritiserad. Ramberg uttrycker detta med att framhålla att det mot bakgrund av den brist på precision som finns i de begrepp som begränsar skadeståndsskyldigheten omfattning i det köprättsliga regelsystemet är naturligt att man eftersträvar bättre precision i marknadens standardavtal och poängterar då särskilt den besvärliga indelningen i direkt och indirekt förlust är det.²⁵²

All förlust som beror på säljarens försummelse ersätts dock oberoende av om den är indirekt eller direkt enligt 40§3 st KöpL. Vad som ska ersättas med skadeståndet framgår då av 67§1st. Den skada som här ersätts på grund av avtalsbrottet är utgifter, prisskillnad, utebliven vinst samt annan direkt eller indirekt förlust med anledning av avtalsbrottet. Här innefattas alltså även rena förmögenhetsskador. Säljarens vårdslöshet kan ha förekommit vid såväl avtalets ingående, vid fullgörandet eller efter avlämnandet av varan.²⁵³

²⁴⁸ Höök, s 114.

²⁴⁹ AB 92 5:14 3st.

²⁵⁰ Ramberg, a.a. s. 171f.

²⁵¹ Ramberg, a.a. s. 195.

²⁵² Ramberg, s. 201.

²⁵³ Håstad, 2003, s. 119

Skadeståndsansvaret enligt 31§3st KtjL omfattar i princip all förlust på grund av fel med undantag för personskada. KtjL innehåller ingen uppdelning av indirekt och direkt förlust. Precis som vid köp finns här en begränsning av skadeståndsskyldigheten till att omfatta ett kontrollansvar. Skadeståndsansvaret enligt KtjL omfattar även ersättning för produktskador enligt 31§ 4st.

Skillnaderna mellan KöpL, KtjL och AB 92 regler anseende skadestånd är betydande. AB 92 gör rätten till skadestånd till viss del beroende av huruvida avtalet hävts eller ej. I de fall som beställaren häver entreprenadavtalet utesluts möjligheten till skadestånd till stor del. Detta kanske dock inte har så stor betydelse eftersom rätten till hävning är så pass begränsad.

Om parterna ej avtalat i vilken utsträckning som entreprenören är skyldig att avhjälpa respektive utge skadestånd, skall beställaren i vart fall enligt principen om det positiva kontraktssintresset inte lida någon ekonomisk skada på grund av entreprenörens kontraktsbrott.²⁵⁴ Entreprenören svarar också i vart fall för skador som beror på att han varit vårdslöst vid utförandet av sitt arbetets.²⁵⁵

Enligt KöpL föreligger det ett strikt ansvar för direkta skador till följd av felet på en varar under förutsättning att anledning till felet ligger inom köparens kontroll. Ansvaret för indirekta skador förutsätter dock att köparen kan visa att felet beror på försummelse på säljarens sida. Vid konsumenttjänster har näringsidkaren ett kontrollansvar för samtliga skador på grund av fel utom personskador. Om ett motsvarande kontrollansvar ska anses gälla även i situationer där så ej är lagstadgat eller avtalat om har i doktrin ansetts mycket osäkert²⁵⁶ vilket torde tala mot att kontrollansvar skulle gälla vid kommersiella entreprenader om parterna ej så avtalat.

Enligt AB 92 har entreprenören ett strikt ansvar för följdskador såväl på entreprenaden som på annat än entreprenaden, t.ex. beställarens fastighet. Detta strikta skadeståndsansvar är en skärpning av det skadeståndsansvaret som entreprenören kan tänkas ha på grund av gällande rätt om han varit vårdslös.²⁵⁷ Höök anser att det vore troligt att entreprenören har ett presumerat ansvar för uppkomna skador på fastigheter som entreprenören utför sitt arbete på. Därmed måste entreprenören exculpera sig fri från skador som uppkommer på beställarens egendom som ej är del av entreprenaden.²⁵⁸

Om parterna ej har avtalat om skadeståndets omfattning och förutsättningar och ej heller inkorporerat AB 92 i avtalet torde entreprenörens skyldighet att

²⁵⁴ Ramberg/Ramberg, s. 44.

²⁵⁵ Bengtsson, 1976, s. 122.

²⁵⁶ Hellner, a.a. s. 198.

²⁵⁷ Höök, s. 112.

²⁵⁸ Höök, s. 110.

betala skadestånd utöver vad som följer av den så kallade culpa regeln vara ytterst osäkert.

8 Slutord

Under arbetet med den här uppsatsen har jag till viss del förstått vilket komplicerat rättsområde som kommersiella entreprenader utgör. Att avtalet utgör en särskild avtalstyp verkar det råda enighet om. När det däremot kommer till innehållet hos de rättsregler som ska utgöra grunden för avtalstypen blir det betydligt mera oklart.

Vid min jämförelse, om än ytlig, av KöpL och KtjL jämfört med AB 92 regler framgår att dessa skiljer sig åt på många punkter. Det finns många argument för att KöpL eller KtjL ej utgör tänkbara källor till lösningar på konflikter av entreprenadrättslig karaktär.

Att det finns ett standardavtal som har så bred tillämpning utesluter inte att parterna kan välja att avtala utan att ha standardavtalet som utgångspunkt. Anledningen till att inte ta in AB 92 i avtalet kan variera. Oberoende av varför AB 92 ej gjorts till en del av det individuella avtalet medför detta att det till stor del saknas en tydlig norm mot vilken eventuell tolkning och utfyllnad av det individuella avtalet kan ske. Det finns ingen någon specifik lagstiftning som parterna kan falla tillbaka på om deras avtal ej är fullständigt. På samma sätt finns det inte heller någon uttrycklig norm för domstolen att använda som grund vid eventuell utfyllnad och tolkning av avtalet.

Om AB 92 erkändes som handelsbruk skulle saken komma i helt annat läge men så är inte fallet. Att trots detta låta AB 92 fungera som en vägledande norm för oklara situationer verkar eventuellt vara möjligt. På det kommersiella entreprenadområdet finns inte någon dispositiv lagstiftning och eventuella oskrivna dispositiva rättsregler är inte heller särskilt utvecklade vare sig i praxis eller doktrin. Därmed kan det i princip ej bli aktuellt att åsidosätta dispositiva rättsregler och därmed kanske kriterierna för en eventuell norms stadga och fasthet för utfyllnad och tolkning ej behöver sättas så högt.

Om parterna uttryckligen avtalat om att AB 92 inte ska vara en del av deras mellanhavanden är det enligt min åsikt mer tveksamt huruvida AB 92 överhuvudtaget kan användas som vägledning för att lösa problem som parterna ej reglerat i sitt individuella avtal. Skulle så göras har AB 92 fått en ställning som skulle kunna liknas vid vissa dispositiva rättsregler av halvtvingande karaktär. AB 92 utgör ej på samma vis som de dispositiva lagstiftningarna som lagstiftaren tillhandahåller ändamålsenliga övervägande av rättspolitisk art. AB 92s bestämmelser bygger på branschens ställningstaganden till riskfördelning i olika frågor, som ej med säkerhet kan antas vara ändamålsenliga.

Vilket innehåll som en entreprenörs förpliktelse ska tänkas ha då detta ej är noga reglerat i parternas avtal verkar mycket osäkert. På samma sätt är det

osäkert vilka påföljder som kan bli aktuella vid ett kontraktsbrott om detta inte berörs i kontraktet. Det enda som då kan ge vägledning utöver AB 92 är i stort de allmänna obligationsrättsliga principer som kan tänkas finnas och dessa är inte alltid lätta att urskilja.

Så länge som rättsläget vid kommersiella entreprenader är så osäker kommer parterna med stor sannolikhet fortsätta att använda sig av standardavtalet för att reglera sina mellanhavanden. Det är väl i och för sig ej något förvånande eller ovanligt att en kommersiell bransch använder sig av ett standardavtal och så skulle säkert svara fallet även om det skulle finnas en uttrycklig reglering av kommersiella entreprenader.

Detta innebär dock att utvecklingen av de eventuella entreprenadrättsliga dispositiva rättsregler troligen inte kommer att utvecklas i någon ökad takt. Detta kan i ses som ett problem genom att rättsläget för de fall som ej regleras av standardavtal därmed förblir osäkra. Även i situationer där standardavtalet används kan det tänkas att tolkning och utfyllnad kan komma i fråga och därmed skulle en utvecklad dispositiv rätt vara till nytta även här.

Käll- och Litteraturförteckning

Tryckt Källor:

- Prop. 1984/85:100 om konsumenttjänstlag
- Prop. 1988/89:76 om ny köplag
- Prop. 1989/90:77 om konsumentskydd vid förvärv av småhus m.m.

Litteratur:

- Adlercreutz, Axel, *Allmänavtalsrätt II*, Lund 2001
- Almén, Tore, *Om köp och byte av lös egendom*, Stockholm 1960
- Bengtsson, Bertil, *Särskilda Avtalstyper I*, andra upplagan, Stockholm 1976, [cit. Bengtsson 1976]
- Bengtsson, Bertil, "Om civilrättens splittring". I: *Festskrift till Kurt Grönfors*, Stockholm 1991, [Bengtsson 1991]
- Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, femte upplagan, Stockholm 1991
- Björklund, Gunnar, *Konsumententreprenader*, andra upplagan, Stockholm 1997
- Ekk, Hilding, mf.l., *Juridikens källmaterial*, tredje upplagan, Stockholm, 1963
- Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, tredje upplagan, Stockholm, 1995 [cit. Grönfors 1995]
- Grönfors, Kurt, "Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler". I: *Tidskriften utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, Helsingfors 1988 [cit. Grönfors 1988]
- Grönfors, Kurt, "Fraktavtal och den allmänna avtalsrätten", *I Svensk Juristtidning 73* 1988 [cit. Grönfors Fraktavtal]
- Hedberg, Stig, *Entreprenadkontrakt fällor och fel*, Stockholm 1996
- Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 1 häftet. Särskilda avtal*, andra upplagan, Stockholm 1996 [cit. Hellner Häfte 1]

- Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt I Köprätt*, Stockholm, 1991. [cit. Hellner 1991]
- Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2 häftet. Allmänna ämnen*, tredje upplagan, Stockholm 1996. [cit. Hellner Häfte 2]
- Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten*, Stockholm, 1996
- Håstad, Torgny, *Den nya köprätten*, femte upplagan, Uppsala 2003 [cit. Håstad 2003]
- Håstad, Torgny, "Dröjsmål och fel enligt AB 72", *I festskrift till Gotthard Calissendorf*, Stockholm 1990 [cit. Håstad 1999]
- Höök, Rolf, *Entreprenad Juridik*, studentupplaga, Stockholm 1999
- Kihlman, Jon, *Fel*, Stockholm 1999
- Liman, Lars-Otto, *Entreprenad- och konsulträtt*, sjätte upplagan, Stockholm 2002
- Lindahl, Alf m.fl., *Entreprenad AB 92*, Stockholm 1994
- Lindsö, Åke, *Juridik för byggbranschen*, Stockholm 1996
- Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, sjätte upplagan, Stockholm 2003, [cit. Ramberg/Ramberg]
- Ramberg, Jan; Herre, Johnny, *Allmän köprätt*, andra upplagan Stockholm 2002. [cit. Ramberg/Herre]
- Ramberg, Jan, "Avtalsautonomi och den dispositiva rätten". I: *Festskrift till Agell*, Uppsala 1994. [cit. Ramberg 1994]
- Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, Stockholm, 1984
- Samuelsson, Per, "FIDIC och svensk entreprenadrätt". I: *Kompendium till Kommersiell avtalsrätt*, Lund 2003
- Söderberg, Jan, *Att upphandla byggprojekt*, fjärde upplagan, Lund 1998

Rättsfallsförteckning

NJA 2002s. 630

NJA 2001s. 177

NJA 1985s. 377