



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mathias Lyon

Fel i entreprenad

-och några närliggande frågor

Examensarbete
20 poäng

Handledare:
Hovrättsassessor
Thed Adelswärd

Ämnesområde:
Civilrätt

Termin:
HT 2000

Innehåll

INNEHÅLL	2
FÖRORD	1
1 INLEDNING	2
2 SYFTE, METOD OCH AVGRÄNSNINGAR	4
3 DISPOSITION	6
4 ENTREPRENAD	7
4.1 Allmänt	7
4.2 Upphandling	8
4.2.1 Allmänt	8
4.2.2 Anbudsform	9
4.2.2.1 Lagen om offentlig upphandling (1992:1528)	10
4.2.3 Entreprenadform	11
4.2.4 Ersättningsform	13
5 TILLÄMPLIG LAG PÅ ENTREPRENAD-AVTAL	15
5.1 Inledning	15
5.2 Avtalslagen (1915:218)	16
5.3 Lagar om oskäligen avtalsvillkor (1994:1512) och (1984:292)	16
5.4 Konsumenttjänstlagen (1985:716)	16
5.5 Köplagen (1990:931)	18
5.6 4 kap. jordabalken	20
6 STANDARDAVTAL	22
6.1 Allmänt	22
6.1.1 Inledning	22
6.1.2 Rättsregler, särskilt om oskäligen avtalsvillkor	23
6.1.3 Standardvillkors inkorporering	24
6.1.4 Kan standardavtal ge uttryck för ett handelsbruk?	25
6.2 AB 92	27
6.2.1 Allmänt	27
6.2.2 Förhållandet mellan AB 92 och KtjL	27
6.3 ABS 95	28

7	FEL I ENTREPRENAD	30
7.1	Allmänt	30
7.2	Felbedömningen	33
7.2.1	Allmänt	33
7.2.2	Konkret och abstrakt standard, finns det ett ansvar för vad som får anses följa av avtalet.	33
7.2.3	AB 92	35
7.2.4	Utanför AB 92	43
7.2.5	ABS 95	47
7.2.6	Utanför ABS 95	49
8	FÖRHÅLLET MELLAN FEL OCH SKADA	53
8.1	Allmänt	53
8.2	AB 92 och ABS 95	55
9	FÖRHÅLLET MELLAN FEL OCH DRÖJSMÅL	57
9.1	Allmänt	57
9.2	AB 92 och ABS 95	59
10	AVSLUTANDE KOMMENTARER	61
	KÄLLFÖRTECKNING	65
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	67

Förord

Framläggandet av detta examensarbete utgör det sista momentet i juristutbildningen vid juridiska fakulteten vid Lunds Universitet. Utbildningen består av 180 poäng varav detta arbete motsvarar de sista 20 poängen av dem.

För arbetet med denna uppsats vill jag tacka min handledare Thed Adelswärd. På ett enkelt och smidigt sätt har han inspirerat och lotsat mig framåt i mitt arbete.

Även om det kanske inte är på sin plats att i detta arbete tacka mina studiekamrater för alla de trevliga stunder vi haft tillsammans under utbildningen vill jag ändå ta tillfället i akt och göra det. Tack, ni vet vilka ni är.

Jag vill samtidigt passa på att tacka min flickvän Cecilia och min familj som stöttat mig under hela utbildningen. Utan mina föräldrars stöd hade jag aldrig kunnat genomföra min utbildning på ett bra sätt. För det är jag dem evigt tacksam....

Lund i november 2000

Mathias Lyon

1 Inledning

Avsikten i stort är att i denna entreprenadframställning avseende fel peka på vilka regler som är tillämpliga, vad som är att anse som fel och var gränsdragningen går mot andra typer av kontraktsbrott, såsom dröjsmål.

Antalet byggfel är oroande stort. Fortfarande kommer rapporter om stora fel och brister, främst mögelskador, som uppstod under den stora bygggruschen mot slutet av 1980-talet. Men även i våra dagar är de flesta entreprenader behäftade med fel i högre eller mindre grad. Skälen till att det ofta uppstår fel anges bl.a. vara byggfusk p.g.a. en strävan efter att hålla nere kostnaderna, undermåliga handlingar, dåligt material och tidsbrist. Även en bristande kompetens torde ligga bakom en hel del fel. Det är p.g.a. förekomsten av fel ur beställarens synvinkel viktigt att entreprenaden regleras på olika sätt. Beställaren är till viss del skyddad av de normer och föreskrifter som av lagstiftaren antagits för att byggnationer etc. åtminstone skall uppfylla vissa minimikrav. Några utav dessa bestämmelser återfinns i plan och bygglagen (SFS 1987:10). Även om dessa föreskrifter följs är det emellertid inte tillräckligt för att tillgodose beställarens individuella krav på bl.a. standard, utseende och utförande. Beställarens krav, vilka i regel framgår av förfrågningsunderlaget, regleras istället genom ett avtal mellan honom och entreprenören.

Anmärkningsvärt är att det för avtalstypen, kommersiella entreprenadavtal, inte finns någon direkt tillämplig lag att tillgå vid felbedömningen. I de fall där den ena avtalsparten är konsument, d.v.s. i icke kommersiella entreprenadavtal, äger konsumenttjänstlagen tillämpning. Vid sidan av allmänna kontraktsrättsliga principer är det således, i avsaknad av avtalsreglering, delvis oklart vad som gäller vid kommersiella entreprenadavtal. Parterna på entreprenadmarknaden, har då genom BKK, istället för att vänta på lagstiftning, träffat ett omfattande standardavtal, allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, kortfattat kallat AB 92. Detta standardavtal har i kommersiella entreprenader fått en ställning och spridning som närmast är att jämföra med lagstiftning. Det är AB 92 som utgör grunden för denna uppsats.

Trots att bestämmelserna i AB 92 är väldigt utförliga och omfattande kan de av naturliga skäl inte vara uttömmande. Av detta skäl och för att inte alla entreprenader i botten vilar på ett standardavtal skall vi även titta närmare på hur rättsläget, i felavseende, förhåller sig när parterna inte införlivat AB 92 i sitt individuella avtal. Vid avsaknad av generell lagstiftning finns det även i övrigt ett intresse av en mer allmän diskussion om vilka lagar som kan tänkas vara tillämpliga på entreprenadavtal i stort.

Entreprenad är i grund och botten ett uppdrag att utföra en tjänst. Utöver det skall med entreprenad i denna uppsats förstås större byggnads- och anläggningsprojekt vilka vanligtvis regleras av standardavtal. Det vill säga byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader.¹

Med termen beställare, och i förekommande fall byggherre, avses i uppsatsen den som låter utföra entreprenaden d.v.s. den som begär in anbud för entreprenadens uppförande. Helt enkelt den person som är att anse som entreprenörens uppdragsgivare. En beställare kan exempelvis vara en enskild person, en kommun eller ett företag. Följaktligen är entreprenören den person eller det företag som åtagit sig att utföra det av beställaren angivna uppdraget. För att dels poängtera att vi ibland rör oss inom köplagens område och dels för att undvika ständiga upprepningar varvas entreprenör med säljare och beställare med köpare. I sak avses emellertid ingen åtskillnad.

¹ Se mer om definitionen angående entreprenad nedan under 4.1

2 Syfte, metod och avgränsningar

Denna deskriptiva uppsats översiktliga syfte är att belysa entreprenadjuridikens uppbyggnad i stort med särskild betoning på avtalet som sådant samt felreglerna.

I uppsatsen skall visas vilka olika entreprenadformer som finns och hur dessa entreprenadavtal vanligen kommer till. Vad händer egentligen mellan idé och färdig byggnad? Upphandlingen intar en central ställning inom entreprenadrätten och har stor betydelse för vem som senare skall anses vara ansvarig vid eventuella tvister vid exempelvis fel. Vidare skall det undersökas vilka lagar och principer som kan bli tillämpliga på ett entreprenadavtal. Eftersom entreprenadrätten till största del regleras av ett vida spritt och omfattande standardavtal, AB 92, kommer även vissa frågor kring standardavtalsrätten att tas upp. Viktiga sådana frågor är hur parterna korrekt inför AB 92 i sitt enskilda avtal och om ett införande överhuvudtaget är nödvändigt d.v.s. kan AB 92 sägas ge uttryck för ett bindande handelsbruk.

Fokuseringen i framställningen kommer emellertid att ligga på problematiken med fel i entreprenad. Frågor som kommer att besvaras är bl.a. vad fel är, vilka olika feltyper finns det och är det egentligen någon skillnad på dem samt vem är att anse som ansvarig för felen. En annan viktig fråga som tas upp är om det finns ett ansvar för vad som får anses följa av avtalet. Vad gäller felbedömningen kommer utgångspunkten att vara AB 92. AB 92 kommer sedan att jämföras med ABS 95, köplagen och konsumenttjänstlagen samt övriga rättskällor som kan anses vara tillämpliga vid en felbedömning inom entreprenadrätten. Besiktningens stora betydelse för felbedömningen kommer också att tas upp och relateras till frågorna om fel.

Till sist behandlas också felbegreppets förhållande till andra begrepp såsom skada och dröjsmål. Gränsdragningen är främst av betydelse för beställarens möjligheter att utkräva ansvar med olika påföljder som resultat.

På sedvanligt juridiskt manér har jag använt mig av rättsfall, doktrin, standardavtal, relevanta rättsregler samt förarbeten för att söka efter svar på de frågeställningar som legat till grund för uppsatsen.

I debatten om att till entreprenadrätten dra analogier från andra rättskällor fokuserar jag främst på köplagen då dess relativt generella tillämpning inte torde vara omstridd.

Även konsumenttjänstlagen används i samma debatt av skäl som framgår nedan. Övriga lagar som möjligtvis i undantagsfall skulle kunna ligga till grund för analogier har jag i stort sätt bortsett från.

Jag kommer enbart att inrikta mig på de egentliga felreglerna och således utesluta reglerna om påföljder utom i de fall då dessa kommer in i diskussionen på ett naturligt sätt.

Vidare har jag valt att avgränsa mig till den del av entreprenadverksamheten som hör till byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader d.v.s. de områden som regleras av AB 92. I de exempel som anförs används i regel en byggnad men byggnaden skulle lika gärna kunna vara en anläggning eller en installation.

Vad gäller kraven på säkerhet, hälsa och miljö spelar plan och bygglagen samt den kvalitetsansvarige en relativt stor roll vid uppförandet av olika anläggningar. Trots det har jag medvetet valt att bortse från dessa två.

I kapitlet om ABS 95 kommer jag inte att upprepa de olika feldefinitioner som går igenom i kapitlet om AB 92. I det förstnämnda kapitlet presenterar jag endast de egentliga felreglerna.

3 Disposition

Arbetet kommer till återstående del att disponeras enligt följande.

Kapitel fyra ägnas åt att redogöra för vad en entreprenad egentligen är och hur den genom olika steg utvecklas för att till sist utmynna i ett entreprenadavtal mellan två parter. Kapitlet kan ses som en inledning till vad entreprenadrätten egentligen handlar om. I detta inledande skede av uppsatsen presenteras även de huvudsakliga formerna av entreprenad samt vilka ersättningsformer som är etablerade. På grund av upphandlingens stora betydelse för entreprenaden i allmänhet och för felreglerna i synnerhet ägnas ett visst utrymme även åt att diskutera upphandlingen. Vidare lämnas en översiktlig presentation av reglerna i lagen om offentlig upphandling.

I kapitel fem introduceras ett antal olika lagar som kan bli eller är tillämpliga på entreprenadavtal.

På grund av AB 92: s stora betydelse för entreprenadrätten ägnas en del av kapitel sex åt att diskutera olika frågor som hör till standardavtalsrätten. Vidare presenteras AB 92 och ABS 95. AB 92 och dess förhållande till konsumenttjänstlagen tas också upp.

I kapitel sju behandlas fel i entreprenad. Först diskuteras felbedömningen ur en allmän synvinkel för att sedan kopplas till de olika standardavtalen respektive lagstiftning. Kapitlet är disponerat på så sätt att det är uppdelat i en första kommersiell del och en andra konsumentinriktad del.

Förhållandet mellan fel och skada diskuteras i kapitel åtta. Först förs resonemanget ur en mer allmänt synvinkel och sedan presenteras förhållandet begreppen emellan i respektive standardavtal.

Kapitel nio om förhållandet mellan fel och dröjsmål är upplagt på samma sätt som kapitel åtta.

Uppsatsen och utbildningen avslutas i kapitel tio där kommentarer och en del egna synpunkter presenteras.

4 Entreprenad

4.1 Allmänt

När exempelvis en byggnad skall uppföras kan byggherren i huvudsak välja mellan två alternativ för att få projektet genomfört. Det första alternativet är att byggherren driver projektet i *egen regi* genom att han anställer personal köper byggmaterial och hyr eller köper nödvändiga maskiner o.s.v. Det andra och vanligare alternativet är att byggherren använder sig av *utomstående konsulter och entreprenörer*. De senare får då i uppdrag att på entreprenad uppföra, i detta fall, byggnaden. Begreppet entreprenad kan alltså beskrivas som ett uppdrag vilket innebär leverans av en arbetsinsats ofta kombinerat med en del material. Entreprenaden kan avse uppförande av byggnad eller anläggning men också delar av desamma s.k. installationer. Vidare kan entreprenaden omfatta till- och ombyggnad eller reparation samt rivning av befintlig byggnad.

Innehållet i ett entreprenadavtal kan sägas bestå av: förfrågningsunderlag, anbud med eventuellt accepterade reservationer, beställning eller liknande slutgiltigt kontrakt och av bägge parter accepterad handling.²

Entreprenadavtalet har vissa speciella särdrag vilket förklarar varför entreprenader kommit att bilda en särskild typ av avtal.³ Det är t.ex. ganska stor skillnad mellan ett vanligt köp av en lös sak och en entreprenadupphandling då den senare inte kan grundas på ett granskande i förväg. Det är först i efterhand, vanligtvis genom en besiktning, som beställaren kan ta ställning till om resultatet av entreprenörens arbete motsvarar de krav som låg till grund för upphandlingen och entreprenörens anbud. Ytterligare omständigheter som gör entreprenadavtalet särpräglat är bl.a. att beställaren, utan att ersättningen eller avdraget behöver bestämmas i förväg, har en långtgående befogenhet att beordra ändrings- och tilläggsarbeten. Vidare har beställaren i utförandentreprenaden, vilken torde vara det vanligaste, ansvaret för konstruktionen för entreprenaden. Andra omständigheter som skiljer entreprenadavtalet från andra avtal är att äganderätten övergår till byggnationen successivt medan ansvaret för entreprenaden inte övergår förrän byggnationen är färdigställd och slutbesiktad. En annan omständighet är att det inte sällan rör sig om ett över tiden väldigt utdraget avtalsförhållande.

Man brukar inom entreprenadrätten skilja mellan i huvudsak tre typer av entreprenader: total-, general-, och delad entreprenad. Vid sidan av dessa huvudformer är det vanligt att underentreprenörer anlitas av de olika aktörerna. De olika entreprenadformerna skall utvecklas närmare i kapitel

² S Hedberg, Entreprenadkontrakt, 1996, s 9

³ P. Guter m.fl., Praktisk entreprenadjuridik, 1976, s 7

4.2.3. Här skall endast nämnas att varje part oavsett entreprenadform endast är ansvarig mot sin avtalspart och inte mot någon annan. Vidare är det viktigt att redan nu poängtera att totalentreprenören har ett funktionsansvar eftersom han, till skillnad mot de övriga entreprenadformerna, även utför projekteringen av entreprenaden.

4.2 Upphandling

4.2.1 Allmänt

En grundläggande skillnad mellan entreprenadarbeten och andra köpeavtal är att det som beställaren vill köpa inte existerar fysiskt när han upphandlar en entreprenad. Det är därför väldigt viktigt att beställaren definierar exakt vad det är han vill upphandla. Alla parter som är involverade i ett entreprenadprojekt har ett intresse av att deras beslut grundas på en ordentlig och kvalitativ projektering. Detta gäller inte minst för beställaren själv vars möjlighet till ett korrekt jämförande av olika anbud förutsätter ett genomarbetat förfrågningsunderlag.

Summariskt och översiktligt kan man säga att en upphandling går till på följande sätt. Efter det att beställaren gjort klart för sig vad det är, för slags byggnad eller anläggning, han vill ha uppfört utarbetar han ett förfrågningsunderlag. Med förfrågningsunderlaget som grund kan beställaren sedan vända sig till olika entreprenörer och infordra anbud. När beställaren fått in en mängd olika anbud är nästa steg att pröva dessa och sedan slutligen anta ett anbud. Avtal är då träffat och arbetet kan sättas igång.⁴

Även om en upphandling av entreprenad aktualiserar en mängd juridiska frågeställningar är det särskilt de avtalsrättsliga frågeställningarna som gör sig påmind.⁵ En entreprenör som lämnat anbud till en beställare är naturligtvis bunden av detta om beställaren vill acceptera anbudet.⁶ Bundenheten kan inte ifrågasättas, på grundval av exempelvis entreprenörens misräkning eller att han inte insett omfattningen av arbetet, såvida inte beställaren bort insett att entreprenören misstagit sig.⁷ Så kan vara fallet när priset i anbudet är så lågt att beställaren måste inse att entreprenören begått ett misstag. Andra avtalsrättsliga frågor kan exempelvis röra förhandlingarna. Eftersom förhandlingarna, särskilt inför de större upphandlingarna, är utdragna och omfattande kan det vara svårt att avgöra om och i så fall när ett definitivt avtal träffats. Ett annat problem är

⁴ Den schematiska uppställningen är hämtad från Å Lindsö, Juridik för byggbranschen, 1996 s 75

⁵ Här ges endast några enkla exempel på vad som kan inträffa. För djupare studier av problematiska avtalsrättsliga frågor hänvisas till något utav de många avtalsrättsliga verk som finns utgivna ex J Ramberg, Allmän avtalsrätt.

⁶ 1§ avtalslagen

⁷ 32§ avtalslagen

när det i efterhand skall avgöras vad som var inkluderat i anbudet. Det kan då vara vanskligt att avgöra vad anbudet, arbetet, avsåg att omfatta och till vilket pris.⁸ Det är därför av vikt att entreprenören noga utformar sin offert så att dennes anbud står i överensstämmelse med det upphandlingsunderlag som beställaren vanligtvis tillhandahåller i skriftlig form. Omvänt är det naturligtvis så att beställaren skall se till att upphandlingsunderlaget är tydligt och inte senare ger upphov till tvister om vad som inkluderats i entreprenörens anbud. Även om kravet på skriftlighet ibland kan uppfattas som ett uttryck för en misstro mot den andra parten är detta av ovanstående och förklarliga skäl att föredra även vid mindre entreprenader inte minst av bevisskäl.

Ett entreprenadprojekt har sitt ursprung i beställarens idéer och byggnadsbehov. För att byggnaden skall kunna upphandlas fordras ofta att beställaren anlitar konsulter, exempelvis arkitekter, för att dessa skall ta fram ett beslutsunderlag som leder fram till bygghandlingar. Ansvarat mellan beställaren och konsulterna har sin grundtanke i att konsulten ansvarar för sitt arbete mot beställaren och beställaren ansvarar för de uppgifter som han tillhandahåller konsulten, se bl.a. AB 92 1 kap. 6§. Om parterna inte reglerat sina åtaganden i ett mer omfattande avtal torde analogier från köplagen och en tillämpning av skadeståndslagen vara av avgörande betydelse vid en uppkommen tvist. I varaktiga relationer kan även kommissionslagen erbjuda alternativa juridiska lösningar.⁹ På konsultmarknaden dominerar standardavtalet ABK 96, allmänna bestämmelser för konsultuppdrag och ingenjörsvksamhet.

Det är vanligt att man vid upphandling av byggnader och anläggningar karakteriserar formerna för denna genom att fokusera på tre egenskaper: anbudsform, entreprenadform och ersättningsform.¹⁰

4.2.2 Anbudsform

Med anbudsform avses på vilket sätt man inforrar anbud med förfrågningsunderlaget som grund. Det finns en mängd olika anbudsformer. Öppen anbudsinfordran innebär att alla som vill får lämna anbud. Begränsad anbudsinfordran innebär att det bara är några speciellt utvalda som får en inbjudan att lämna anbud. Informella förhandlingar och kontakter mellan beställare och entreprenör kallas vanligen för ett underhandsförfarande.

Till skillnad mot vad som gäller vid offentlig upphandling finns det för det privata näringslivet inga svenska eller EG-rättsliga regler för hur en upphandling skall gå till. Det finns således inte heller några regler om hur de olika anbudens inbördes skall rangordnas. Den privata beställaren kan alltså anta vilket anbud han vill helt utan begränsningar. P.g.a. de höga krav som

⁸ Enligt AB 92 1 kap. 6§ bär beställaren ansvaret för de tillhandahållna uppgifterna.

⁹ R Höök, Entreprenadjuridik, 1996, s 22

¹⁰ J Söderberg, Att upphandla byggprojekt, 1998, s 21

gäller i Sverige för olika typer av byggnation och anläggningsarbeten, i bl.a. plan och bygglagen, så ställs det ändå höga krav på hur beställaren agerar vid valet av entreprenör vid upphandlingen. Vidare kan det finnas interna frivilliga regler hos en beställare samt kollektivavtal som ställer vissa krav på entreprenören. Sådana krav kan vara att entreprenören skall ha tecknat ett kollektivavtal eller vara registrerad för mervärdesskatt samt inneha F-Skattsedel.

4.2.2.1 Lagen om offentlig upphandling (1992:1528)¹¹

Avsikten med detta kapitel är inte att i detalj redogöra för lagen om offentlig upphandling utan endast peka på några viktiga tankar och principer som gäller för beställare som omfattas av lagen.

De enheter som omfattas av lagen¹² är statliga, kommunala och andra myndigheter, landsting och kyrkliga kommuner, vissa offentligägda bolag, stiftelser, föreningar och samfälligheter samt sammanslutningar av flera upphandlande enheter. Vissa privata företag kan också falla in under lagens tillämpningsområde om de bedriver sin verksamhet med särskilda tillstånd.

Lagen om offentlig upphandling reglerar i stort sett all offentlig upphandling däribland byggtreprenader. Eftersom lagen bygger på EG-rättsliga regler¹³ slår de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i genom på detta område. Man brukar då särskilt prata om principerna om likabehandling, öppenhet och förutsebarhet samt proportionalitet. Av dessa principer följer då att alla entreprenörer som vill lämna anbud skall behandlas lika och objektivt. Det får t.ex. inte vara avgörande för beslutet om vem som skall få entreprenaden att denne är lokaliserad i kommunen. Utgångspunkten för all offentlig upphandling är att den skall ske i konkurrens. All upphandling enligt lagen om offentlig upphandling skall göras affärsmässigt och med utnyttjande av befintlig konkurrens.¹⁴ Vidare skall en korrekt annonsering ske och kvalifikationskraven måste stå i rimlig proportion till det som upphandlas.¹⁵ Den upphandlande enheten får således inte endast vända sig till några få entreprenörer för att ta in anbud. För att principerna inte enkelt skall kunna kringgås ställs höga krav på hur förfrågningsunderlaget utformas. Det är t.ex. inte tillåtet att hänvisa till ett visst märke eller liknande så att endast ett företag kan komma ifråga. Vidare får inga andra bedömningsgrunder användas, för vem som skall erhålla entreprenaden, än de som angetts i förfrågningsunderlaget, vilket vanligtvis är det lägsta priset.¹⁶

¹¹ Kapitlet bygger på NOU:s ”Kort om LOU” som återfinns på www.nou.se/krtlou.html

¹² 1 kap. 2, 5, 6 §§ LOU

¹³ Så är fallet över de s.k. tröskelvärdena. Under dessa värden är reglerna i stort lika de som tidigare gällde för stat och kommun.

¹⁴ 1 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling

¹⁵ 1 kap. 7-11 §§ och 3 kap. 9-11 §§ lagen om offentlig upphandling

¹⁶ 1 kap. 22-23a §§ lagen om offentlig upphandling

Vid upphandlingar som ligger under tröskelvärdena¹⁷ används en förenklad upphandling med inte fullt så höga krav, se 6 kap lagen om offentlig upphandling.

4.2.3 Entreprenadform

För att ett byggnadsprojekt skall kunna komma till stånd och genomföras krävs i regel att ett antal olika yrkesgrupper och företag samverkar. Samverkan mellan dessa olika företag regleras genom olika typer av avtal där parterna definierar som organisation. De olika avtalen varierar i utformningen mycket beroende på vilket företag som skall leda projektet. De starkt varierande förutsättningarna både när det gäller byggherrens krav och önskemål samt entreprenörernas kvalifikationer är en annan förklaring till varför de olika entreprenadformerna utbildats.¹⁸

De vanligaste entreprenadformerna är totalentreprenad, generalentreprenad och delad entreprenad. Mellan dessa olika huvudformer finns en del varianter och blandningar. I denna framställning presenteras de olika entreprenadformerna emellertid endast i sin renaste form.

Delad entreprenad kännetecknas av att var och en av de olika entreprenörerna träffar avtal med beställaren. Entreprenörerna har alltså inget avtal med varandra. De olika entreprenörerna är sidoställda i förhållande till varandra och brukar därför kallas sidoentreprenörer. Om sidoentreprenörerna i sin tur skulle anlita andra företagare kallas dessa för underentreprenörer. Beställaren, byggherren, tillhandahåller ritningar och beskrivningar för de olika delentreprenaderna. I en delad entreprenad tar byggherren på sig ett betydande ansvar för att samordna och leda verksamheten.¹⁹ På så sätt får byggherren ett direktinflytande över byggandet. När byggherren till viss del vill undgå ansvaret att leda och samordna hela verksamheten kan han överlämna detta ansvar åt en särskild entreprenör. Denna entreprenör brukar då kallas huvudentreprenör.

Vid *generalentreprenad* sluter beställaren bara avtal med en entreprenör, generalentreprenören, för utförandet av hela byggprocessen. Generalentreprenören sluter i sin tur avtal med underentreprenörer. Beställaren ombesörjer dock projekteringen själv eller anlitar en särskild konsult för detta. Genom att endast sluta avtal med en entreprenör kommer beställaren ifrån de samordningsproblem och ansvarsdelningsproblem som kan förekomma vid delad entreprenad och som kan leda till tvister av olika slag. Generalentreprenören är ensam ansvarig gentemot beställaren för samordningen och även för exempelvis underentreprenörernas eventuella fel och dröjsmål. En nackdel för beställaren vid generalentreprenad är att han

¹⁷ 3 kap. 1-5 §§ lagen om offentlig upphandling

¹⁸ P Guter m fl., Praktisk entreprenadjuridik, 1976, s 10

¹⁹ Jfr 3:12 AB 92

inte kan utöva något inflytande på valet av underentreprenörer. Beställaren kan ju dock om denne av någon anledning är särskilt mån om att en viss entreprenör skall få ta hand om exempelvis bergsprängningen utesluta detta arbete ur det förfrågningsunderlag han skickar ut till de företag som skall åta sig generalentreprenaden. På så sätt kan han ju sedan anlita den bergsprängare han föredrar som en sidoentreprenör.

Vid *totalentreprenad* sluter beställaren endast avtal med en entreprenör både vad gäller projektering och utförandet av byggprojektet. I vissa fall kanske beställaren endast definierat funktionen och kvaliteten hos den framtida byggnaden i förfrågningsunderlaget. I andra fall utgörs förfrågningsunderlaget kanske av en huvudritning och en kortfattad teknisk beskrivning. Den senare avtalsformen kallas ibland styrd totalentreprenad då termen totalentreprenad då anses mindre träffande.²⁰ I vissa fall är det alltså så att det enda som skiljer totalentreprenaden från generalentreprenaden är hur detaljerade ritningarna i förfrågningsunderlaget är. Totalentreprenören samordnar då alla projektörer, konsulter och entreprenörer från första början, kanske ofta redan då man endast beslutat att man skall uppföra en byggnad. Under förutsättning att det i avtalet finns ett åtagande som representerar ett funktionsansvar ansvarar totalentreprenören själv gentemot beställaren att byggnaden har den funktion och kvalitet som förfrågningsunderlaget stipulerade. Om någon särskild funktion inte avtalats svarar entreprenören, enligt standardavtalet ABT 94, för att objektet skall fungera för känd planerad användning.²¹ Funktionsansvaret²² är det som främst skiljer totalentreprenaden från andra typer av entreprenader där entreprenören vanligtvis endast har ett utförandeansvar vilket innebär att han endast svarar för att byggnaden uppförs i enlighet med de ritningar som beställaren har tillhandahållit. Naturligtvis ansvarar totalentreprenören även för de eventuella fel som byggnaden kan vara behäftad med samt entreprenadens hela fortlöpande funktion.

De tre ovan redovisade olika entreprenadtyperna är de mest förekommande på marknaden.²³ Naturligtvis finns det, som sagt, varianter och en mängd blandningar mellan de tre typerna som här redovisats och det är därför inte ovanligt att ett reellt entreprenadavtal inte direkt går att placera under någon av de tre huvudtyperna.

Utöver de varianter som redan nämnts brukar man i litteraturen tala om mycket delad entreprenad, spaltad entreprenad och samordnad generalentreprenad. För en redogörelse av dessa typer av entreprenader innebär hänvisas till den entreprenadrättsliga litteraturen.

²⁰ L-O Liman. Entreprenad och konsulträtt, 1997, s 38

²¹ Se ABT 94 1 kap. 2§ och kommentaren till begreppsbestämningarna.

²² Frågan om funktionsansvar upptar en stor del av ABT 94.

²³ L-O Liman. Entreprenad och konsulträtt, 1997, s 39

Avgörande för vilken form av entreprenad som beställaren bör använda sig av beror på ekonomi, projekttid och risktagande.²⁴ En rutinerad beställare har av naturliga skäl större möjligheter att styra och leda ett entreprenadprojekt än vad en orutinerad beställare har möjlighet att göra. En ovan beställare gör förmodligen oftast rätt i att endast anlita en entreprenör som sedan själv får sköta upphandlingen med de andra företagen.

För bedömningen av exempelvis vem som skall anses svara för ett uppkommet fel eller funktionen hos byggnaden är det naturligtvis inte parternas beteckning på det aktuella avtalet som är avgörande. I det enskilda fallet får en helhetsbedömning göras där parternas beteckning kan ingå som en del av övriga tolkningsdata för att avgöra vilken ansvarssituation som parterna ville uppnå.

4.2.4 Ersättningsform

Det finns en mängd olika sätt att fastställa priset på en entreprenad. Inom denna mängd brukar man skilja mellan två huvudtyper av ersättningsformer nämligen fast pris och löpande räkning.²⁵ BKK har två olika standardavtal 1/92 för fast pris och 2/92 för löpande räkning. Båda avtalen är anpassade till AB 92. Avgörande för vilken form av ersättning man väljer är först och främst ekonomiska riskavväganden. Det kan dock även ha betydelse för den juridiska analysen. I 2/92 5 kap. 5 § anges nämligen att det föreligger ett culpaansvar under entreprenadtiden för entreprenören. Entreprenören svarar alltså då endast för skada som han orsakat av vårdslöshet.

Fast pris innebär att man redan vid upphandlingen fastställer ett bestämt pris för hela entreprenaden med utgångspunkt från förfrågningsunderlaget. Ett fast pris behöver dock inte innebära ett exakt fixerat pris. Det är inte ovanligt att parterna inför en indexreglering vilket betyder att entreprenören får ersättning för kostnadsutvecklingen under kontraktstiden. För reglering av kostnaderna används i regel entreprenadindex E 84 som tagits fram av statistiska centralbyrån i samarbete med parterna på byggmarknaden.²⁶ AB 92 är avsett för, och utgår från att parterna använder sig av, fast pris. Under förutsättning att anbudsunderlaget omfattar alla arbeten som skall utföras är fördelen med ett fast pris att man redan från början vet vad det kommer att kosta.

Vid *löpande räkning* får entreprenören ersättning i efterhand för styrkta självkostnader. Beställaren betalar alltså vad det visade sig kosta för entreprenören att utföra bygget. För administration, risk, vinst etc. tillkommer vanligen ett entreprenörsarvode som antingen kan vara ett

²⁴ R Höök, Entreprenadjuridik, 1996, s 34

²⁵ R Höök, Entreprenadjuridik, 1996, s 42

²⁶ För en mer utvecklad analys av E 84 hänvisas till J Söderberg, Att upphandla byggprojekt, 1998, s 37 ff

fastställt belopp eller en procentsats på självkostnaderna.²⁷ Fördelen med löpande räkning är att det möjliggör ett snabbt igångsättande av bygget samt att det motverkar entreprenörens besparingar vid ett eventuellt byggfusik.

²⁷ Jfr AB 92 6 kap. 7 och 8 §§

5 Tillämplig lag på entreprenad-avtal

5.1 Inledning

Entreprenadrätten är uppbyggt kring avtalet som rättsligt instrument. Vid en eventuell tvist är det alltså först och främst parternas avtal som skall konsulteras för att se om det ger någon ledning för lösningen av tvisten.²⁸ Avtalets starka ställning inom entreprenadrätten kan bero på att parterna, p.g.a. avsaknaden av direkt tillämplig lagstiftning, tvingats att förlita sig på egenhändigt upprättade avtal eller standardavtal. Först om avtalet inte ger någon ledning övergår man till övriga dispositiva rättskällor för att söka efter en lösning på tvisten. Det är emellertid inte endast vad som uttryckligen stipuleras i avtalet som skall tas i beaktande. Man skall även beakta vad som följer av parternas avtal vid en utfyllning av detta med stöd av olika överväganden såsom parternas förmodade vilja etc. En avvikelse från den dispositiva rätten är alltså möjlig även när parterna inte haft en uttrycklig uppfattning om vad som skall gälla i en viss fråga men avtalet i övrigt tyder på en viss lösning.²⁹ Där parternas avtal skiljer sig från dispositiv rätt, icke tvingande rätt, gäller således avtalet framför den dispositiva rätten. Dispositiv rätt syftar endast till att utfylla avtalet där det saknar viss reglering eller är oklart formulerat. Där det däremot finns tvingande lagstiftning, s.k. indispositiv rätt exempelvis konsumenttjänstlagen, spelar det ingen roll om parterna är eniga i avtalet eftersom den tvingande rätten då går före avtalet. Om direkt tillämpliga lagar inte innehåller några regler som kan tillämpas för att lösa tvisten kan man söka ledning i vad andra lagar stadgar för likartade fall. Ett sådant förfarande brukar kallas för analogisk lagtillämpning.

Entreprenad är per definition ett uppdrag om att utföra en tjänst. För sådana uppdragsavtal, entreprenadavtal, mellan två näringsidkare, d.v.s. icke konsumenter, saknas svensk lagstiftning. Att det saknas lagstiftning är alls inte konstigt eftersom inte någon typ av arbete på annans egendom, med undantag för konsumentfallen, är lagreglerat. I alla fall där parterna är näringsidkare, det kan vara en stat en kommun eller ett företag, får man alltså i brist på ett tydligt avtal falla tillbaka på den allmänna lagstiftningen eller allmänna rättsgrundsatser. Med den allmänna lagstiftningen avses då sådan lagstiftning som alltid kan bli aktuell vid kontraktsfrågor.

²⁸ Se exempelvis 3 § köplagen ”...i den mån annat följer av avtalet...”

²⁹ T Håstad, Den nya köprätten, 1993 , s 31

5.2 Avtalslagen (1915:218)

Som alltid är fallet när det rör sig om avtal på förmögenhetsrättens område är avtalslagen aktuell, så också på entreprenadavtal. Avtalslagen är emellertid skriven för ganska länge sedan och är relativt allmänt hållen. Lagen innehåller endast fyra kapitel och sammanlagt 41 paragrafer. Dessa fyra kapitel behandlar i tur och ordning: ingående av avtal, fullmaktsförhållanden, rättshandlingars ogiltighet och en del allmänna frågor. Avtalslagen reglerar i princip inte avtalets materiella innehåll. I viktiga frågor såsom påföljder, exempelvis skadestånd, vid kontraktsbrott ger avtalslagen ingen lösning. Inte ens inom de områden som avtalslagen behandlar är den fullständig. Det saknas exempelvis regler om successivt avtalsingående och förutsättningsläran.

Av ovanstående följer då att i avsaknad av uttryckliga regler får man vid en tvist söka ledning i lagregler för särskilda avtalstyper, allmänna regler och rättsgrundsatser.³⁰

5.3 Lagar om oskäliga avtalsvillkor (1994:1512) och (1984:292)

Vi har i Sverige två olika avtalsvillkorlagar, en för näringsidkare och en för konsumenter. De båda lagarna kan närmast ses som ett myndigheternas komplement till avtalslagen. Lagstiftningen är främst av marknadsrättslig karaktär även om det också finns en del civilrättsliga regler. Lagarna behandlas mer ingående nedan under 6.1.2. Här skall endast nämnas att lagarna framförallt är inriktade på att sanera i de standardvillkor som företagen använder i olika formulär. Som framgår av namnet har lagarna tillkommit för att förhindra oskäliga avtalsvillkor och har därigenom verkan även på det entreprenadrättsliga området.

5.4 Konsumenttjänstlagen (1985:716)

Entreprenadavtalet är i regel ett arbete på annans egendom d.v.s. näringsidkaren utför vanligen en tjänst, ett uppdrag, åt den som beställt arbetet. Någon allmän lag som reglerar tjänster i kommersiella förhållanden finns, som sagt, inte. En speciallag, konsumenttjänstlagen, finns dock för det fallet när beställaren är en konsument och entreprenören är näringsidkare. Konsumenttjänstlagen tillkom bl.a. därför att det ansågs nödvändigt med ett komplement till konsumentköplagen på tjänsternas område. Syftet med införandet av konsumenttjänstlagen var alltså inte att lagreglera ett ämnesområde där stor osäkerhet rådde om vad som gällde. Istället ville man

³⁰ J Ramberg, Allmän avtalsrätt, 1996, s 44-45

åstadkomma ett konsumentskydd även på tjänsternas område³¹ genom att stärka konsumenternas ställning på service och entreprenadmarknaden gentemot parter som normalt anses överlägsna.

Av konsumenttjänstlagens 1 § framgår att lagen gäller avtal om tjänster som en näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet utför åt konsumenter huvudsakligen för enskilt bruk. Att märka är att vid uppförande av flerfamiljshus är beställaren ofta att anse som näringsidkare.³² Eftersom lagen är tvingande, till konsumentens fördel, måste den avgränsas på ett tydligt sätt. Konsumenttjänstlagen talar därför om, i 1§, att den skall vara tillämplig på:

- arbete på lösa saker, dock ej behandling av levande djur,
- arbete på fast egendom, på byggnader eller andra anläggningar på mark eller i vatten eller på andra fasta saker,
- förvaring av lösa saker, dock ej förvaring av levande djur.

Lagen gäller således även för uppförande av nya småhus, tillbyggnad och ombyggnad etc. I konsumenttjänstlagen görs det ingen skillnad mellan fast och lös egendom. Lagreglerna är, som sagt, tvingande till konsumentens förmån med ett undantag. Vid byggande där konsumenten tillförsäkras ett sådant garanti-, försäkrings-, och avtalsskydd som ställs som villkor för statlig bostadsfinansiering gäller inte lagen.

Några huvudregler och principer i konsumenttjänstlagen kan med fördel nämnas redan här: tjänsten skall utföras på ett fackmässigt sätt, näringsidkaren står risken för tjänsten tills tjänsten är avslutad, priset skall vara skäligt. De regler som speciellt gäller för fel i tjänsten skall behandlas nedan.

Eftersom det saknas lagstiftning för kommersiella entreprenader och konsumenttjänstlagen är den enda lagstiftningen på området uppkommer frågan om man i det förra fallet kan använda sig av analogier från konsumenttjänstlagen. D.v.s. kan man tillmäta lagen rättsverkan även utanför dess egentliga tillämpningsområde? Även om det av naturliga skäl kan vara frestande att göra analogier är det inte rekommendabelt. Mot analogier talar nämligen konsumenttjänstlagens primära syfte att vara konsumentskyddande. Med konsumentskydd avser man att stärka den enskilda konsumentens ställning i förhållande till en näringsidkare. I fall där den ena parten inte är konsument kan det alltså vara vanskligt att använda sig av analogier eftersom den ena parten då omotiverat får ett starkare skydd än vad som, i deras avtalsförhållande, kan anses nödvändigt. Man kan dock tänka sig att vissa analogier kan göras och accepteras i fall där den ena parten, näringsidkaren, är mycket underlägsen den andra parten. Så skulle

³¹ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 84. Se även prop. 1984/85:110 och SOU 1979:36

³² E Kranz och M Lantz, Uppdrag och ansvar vid besiktning och kontroll av småhus, 1996, s 23

kunna vara fallet när det råder en uppenbar brist i balansen mellan de båda parterna i avtalsförhållandet. Ett annat fall där man kan tänka sig att analogier kan låta sig göras är där konsumenttjänstlagen och den allmänna köplagen ger uttryck för samma principer.³³ Utgångspunkten måste emellertid alltid vara att konsumenttjänstlagen bara skall användas på avtalsförhållanden mellan konsumenter och näringsidkare.

I byggnadsbranschen är det ovanligt att man använder sig av AB 92 när privatpersoner, konsumenter, är inblandade.³⁴ Om så ändå är fallet hävdas det i litteraturen att AB 92 i stort motsvarar den ansvarsfördelning som gäller i konsumenttjänstlagen och att det därför inte bör bli några tolkningsproblem om man använder sig av AB 92 även i konsumentförhållanden.³⁵

5.5 Köplagen (1990:931)

Köplagen reglerar köp av lös egendom där det inte föreligger ett konsument-näringsidkar förhållande.³⁶ All egendom som inte är fast enligt första och andra kapitlet jordabalken är att anse som lös egendom. Av 2 § köplagen framgår att lagen äger tillämpning vid en beställning av en vara som skall tillverkas utom när beställaren skall tillhandahålla en väsentlig del av materialet. Lagen verkar så här långt äga en viss tillämpning på entreprenadkontrakt. I 2§ 2st. undantas dock uttryckligen avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten.

Entreprenadkontrakt faller således utanför köplagen. Det är bl.a. av detta skäl som parterna på byggmarknaden infört och enats om allmänna bestämmelser, bl.a. AB 92, som anknyter till köprättsliga principer.³⁷

Trots att köplagen inte äger någon direkt tillämpning på entreprenadavtal har den ändå betydelse för sådana avtal. Eftersom det inte finns någon lagstiftning för kommersiella entreprenadavtal är man benägen, vid tvist, att söka efter allmänna regler och principer som kan anses ha en generell tillämplighet på alla typer av avtal och som då kan användas för att lösa tvisten. Detta tillvägagångssätt, särskilt användandet av köplagen, med analog tillämpning är ganska okontroversiellt och allmänt godtaget.

De köprättsliga reglerna har traditionellt ansetts ge uttryck för allmänna regler som kan användas även utanför dess egentliga tillämpningsområde.³⁸ Den äldre köplagen från 1905 hade en stark ställning inom kontraktsrätten

³³ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 85

³⁴ L-O Liman. Entreprenad och konsulträtt, 1997, s 40

³⁵ J Söderberg, Att upphandla byggprojekt, 1998, s 58

³⁶ Vid köp där en konsument är avtalspart gäller konsumentköplagen

³⁷ J Söderberg, Att upphandla byggprojekt, 1998, s 57

³⁸ J Ramberg, Köplagen, 1995, s 105

och tillämpades ofta på andra kontrakt än köpeavtal.³⁹ Ett exempel på när den gamla köplagen användes analogt på ett entreprenadavtal är NJA 1951 s 1. I rättsfallet hade parterna i sitt avtal inte reglerat hur priset skulle bestämmas så domstolen tillämpade 5 § i dåvarande köplag för att lösa tvisten. Trots att byggnadsentreprenader kan ses som en blandning av ett tillverkningsavtal och ett avtal om tjänster och dessutom är uttryckligen undantagna från köplagen anses entreprenadavtalet i praktiken ligga nära köpeavtalet. Som en följd av detta resonemang anser man att för att gränsdragningen och tillämpliga rättsregler, och därigenom resultatet, inte skall bli godtyckligt är det viktigt att de olika avtalen bedöms efter samma regler⁴⁰. Köplagen kan alltså användas för analogier under förutsättning att det inte föreligger en betydande skillnad mellan köpeavtalet och det aktuella oreglerade avtalet. Vidare passar det bättre att analogisera från köplagen än från konsumenttjänstlagen eftersom köplagen är dispositiv och inte kommit till för att speciellt skydda den svagare parten i ett köpeavtal. Ovanstående talar alltså för ståndpunkten att använda sig av köplagen för analogier vid avsaknad av andra regler när avtalet inte säger något om den uppkomna situationen.

Eftersom det 1990 kom en ny köplag som till viss del innehöll nya principer och en del väsentliga förändringar i förhållande till den gamla köplagen är det ovisst om och till vilken del de nya principerna skall få genomslag i den oreglerade kontraktsrätten. I propositionen till köplagen sa man att det är upp till domstolarna att avgöra huruvida den nya köplagen skall användas analogt och om de gamla principerna som framgick av den äldre köplagen fortfarande skall gälla på avtalsområden utanför det köprättsliga.⁴¹

Det är inte möjligt att generellt uttala sig om köplagens regler skall gälla även för andra typer av avtal. Det krävs istället att man i varje enskilt fall, där en princip som kommer till uttryck i köplagen eventuellt skall användas, tar ställning till om den kan anses ge uttryck för en allmänt godtagen princip i svensk rätt.

För att illustrera de ovan diskuterade problemen kan ändringen i köplagen, som gäller säljarens skadeståndskyldighet vid fel, ställas mot hur regleringen är i jordabalken. I den gamla köplagen ansvarade säljaren för alla egenskaper som ansågs ha blivit utfästa. Numera bygger köplagen, vid skadestånd p.g.a. fel, på ett kontrollansvar och ett indelande av förlusterna i indirekta och direkta förluster. Säljaren är dock alltid skadeståndsskyldig för fel som beror på hans försummelse eller om varan avviker från vad han *särskilt* har utfäst. Vid köp av fast egendom finns vid fel däremot inte någon bestämmelse om kontrollansvar och det finns inget annat skadeståndsansvar än det som motsvaras av köplagens indirekta ansvar. Vidare ansvarar säljaren vid köp av fast egendom, enligt jordabalken 4:19, för fel som han

³⁹ T Håstad, Den nya köprätten, 1993, s 34

⁴⁰ J Ramberg, Köplagen, 1995, s 105f

⁴¹ Proposition 1988/89:76 s 22ff

får anses ha utfäst. Trots att de båda olika köpeavtalen är väldigt närliggande kan man alltså få olika resultat. Det är därför tveksamt om kontrollansvaret i köplagen kommer att accepteras som en allmän princip som skall anses gälla även för andra typer av avtal och då även för entreprenadavtal.⁴² Möjligen kommer en tillämpning av köplagens regler om kontrollansvar att begränsas till att gälla ansvaret vid dröjsmål. Vid dröjsmål är man, i standardavtalsrätten, mer benägen att acceptera ett strikt ansvar med undantag för vad som ligger ”utanför kontroll” än vid ansvaret för fel.⁴³ Ett exempel på en sådan tillämpning av kontrollansvaret hittar vi i AB 92. Enligt 4§ 3 gäller ett kontrollansvar vid dröjsmål men inte enligt 5§ 1 vid ansvar för fel.

5.6 4 kap. jordabalken

Eftersom vi hittills inte hittat någon lagstiftning för byggnadsentreprenader mellan näringsidkare och vi har undersökt möjligheten att tillämpa köplagen finns det anledning att undersöka jordabalkens regler för köp av fast egendom. Reglerna i jordabalkens fjärde kapitel avser dock endast sådana fastigheter som existerar vid tidpunkten för avtalets ingående. Byggnadsentreprenaderna faller således utanför även denna lagstiftning. Jordabalken får emellertid betydelse för entreprenader på andra sätt.

Det är inte ovanligt att entreprenören har mark som han säljer till beställaren samtidigt som parterna avtalar om uppförande av byggnad. I en sådan situation kommer reglerna i 4 kap. jordabalken att gälla för fastighetsköpet och entreprenadreglerna för uppförandet av byggnaden.⁴⁴ När en entreprenör först uppför byggnaden och sedan tar kontakt med en köpare för försäljning av fastigheten skall reglerna om fastighetsköp i jordabalken gälla för avtalet i dess helhet. Lite krångligare kan det bli i de fall när entreprenören börjar uppföra en byggnad på en av honom ägd tomtmark och innan byggnaden är klar överlåter fastigheten till en köpare som anlitar samma entreprenör för att slutföra byggnationen. Vilka regler som gäller i dessa fall är får avgöras efter en tolkning av köpeavtalet. Om det i avtalet anges att fastighetsköpet även omfattar den halvfärdiga byggnaden skall reglerna i jordabalken

⁴² J Ramberg, Köplagen, 1995, s 106

⁴³ J Ramberg, Köplagen, 1995, s 106. Även Hellner är tveksam till att använda sig av kontrollansvaret utanför området som gäller för dröjsmål. J Hellner, Köp och avtal, 1992, s 263

⁴⁴ F Grauers, Fastighetsköp, 1998, s 245. Jfr dock J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 87f som anser att, i ett konsument-näringsidkarförhållande, skall KtjL gälla för hela avtalsrelationen. För egen del anser jag att konsumentskyddet inte bör utsträckas till andra områden än det som lagen i fråga är avsedd att reglera. Konsumenttjänstlagen reglerar tjänster som utförs av en näringsidkare för en konsument och inte köp av fast egendom. 4 kap. jordabalken kom till för att reglera fastighetsköp och skall så också göra. Om konsumenttjänstlagen ibland skall få reglera fastighetsköp riskerar vi att utgången i dessa fall blir en annan jämfört med 4 kap. jordabalken. Det är inte bra om samma principiella fall behandlas olika enbart med hänsyn tagen till att den som försålde fastigheten även råkade vara den som skulle uppföra byggnaden.

användas vid fel i byggnaden som kan hänföras till den redan färdiga delen. I tveksamma fall, vilket får förmodas är det vanligaste, får man utgå från att entreprenadavtalet även omfattar den halvfärdiga byggnaden.⁴⁵ Om hela byggnaden bedöms efter samma regler bidrar detta till att det blir en rimligare helhetsbild och systemet med slutbesiktning samt garantibesiktning enligt AB 92 passar bättre än felreglerna i jordabalken i relationen mellan beställare och entreprenör. Ur säljarens synvinkel när det gäller regressen mot entreprenören är det avgörande vilka regler som används. Efter garantitiden gått ut så bortfaller i princip säljarens regressrätt mot entreprenören om AB 92 används. Om det i detta sista exempel rör sig om ett konsument-näringsidkar förhållande bör nog konsumenttjänstlagen gälla på avtalet i dess helhet.⁴⁶

⁴⁵ F Grauers, Fastighetsköp, 1998, s 246

⁴⁶ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 88

6 Standardavtal

6.1 Allmänt

6.1.1 Inledning

Genom kapitel fem har vi tagit reda på att lagstiftningen för byggnadsentreprenader inskränker sig till konsumenttjänstlagen. Eftersom parterna på byggnadsmarknaden då överlämnats åt sig själva och tagit fram bl.a. standardavtalet AB 92 finns det anledning att presentera en kortare genomgång över en del praktiska spörsmål inom standardavtalsrätten.

Vid tillkomsten av ett avtal föreställer man sig normalt att parterna fritt förhandlar om varje avtalsvillkor och att det slutliga avtalet blir unikt för varje enskild avtalsförhandling. Bilden av sådana förhandlingar stämmer naturligtvis i vissa fall men användandet av standardavtal och på förhand upprättade formulär blir allt vanligare i dagens samhälle. Förutom i byggbranschen förekommer det standardavtal inom i stort sett varje avtalsområde. Några exempel på områden där standardiserade avtal vanligtvis används är vid avbetalningsköp, försäkringstecknande, köp av resor och vid hyra av fast egendom. Det ökande användandet av standardiserade avtal anses vara en rationalisering och effektivisering av avtalsförhandlingen eftersom det ställs allt högre krav på snabba avtals- och affärsslut. Standardavtal sparar naturligtvis en hel del tid och kan, om de är väl genomtänkta och uppbyggda, förhindra eller lösa en eventuell framtida tvist. Andra fördelar med standardavtal anses vara att de kompletterar befintlig lagstiftning⁴⁷ och ökar förutsebarheten. Lagstiftningen, särskilt avtalslagen, är ju långt ifrån heltäckande och passar kanske inte för alla typer av avtal eller branscher.

Ett entreprenadavtal består i regel av två huvuddelar.⁴⁸ Den första delen är det särskilda enskilda avtalet mellan entreprenören och beställaren. Till denna första del brukar man hänföra sådana speciella avtalsdelar som är unika för varje nytt entreprenadavtal exempelvis beställning, pris, tidsplaner etc. Den andra delen består av något standardavtal. I denna andra del regleras då mera allmänna frågor såsom rättsverkan av besiktning, fel, skadestånd o.s.v. Rent allmänt kan sägas att om något i det enskilda avtalet, den första delen, strider mot något standardavtal, den andra delen, går det enskilda avtalet före.

⁴⁷ J Ramberg, Standardavtal, 1993, s 14

⁴⁸ S Hedberg, Entreprenadkontrakt, 1996, s 64

J Ramberg definierar standardavtal som ett avtal som mer generellt används i vissa typer av avtalsituationer.⁴⁹ U Bernitz definierar standardavtal genom att säga ”...sådana avtal, som helt eller delvis ingås enligt i förväg upprättade standardiserade villkor avsedda att tillämpas likartat i ett större antal konkreta avtalsituationer av viss art, i vilka åtminstone den ena avtalsparten växlar”.⁵⁰ På senare tid har vi även fått en lagfäst definition av standardavtal. I avtalsvillkorsdirektivet⁵¹, artikel 3, finns en sådan definition vars huvudpunkter nu har införts i AVLK 10 och 12 §§. I lagen definieras numera ett standardvillkor som ett avtalsvillkor som inte varit föremål för individuell förhandling.⁵²

6.1.2 Rättsregler, särskilt om oskäligen avtalsvillkor

Oftast är det så att det är den ena avtalsparten, eller någon för han representativ intresseorganisation, som ligger bakom tillskapandet och utarbetandet av ett standardavtal. Den andra avtalsparten har då ofta endast att välja mellan att godta de ensidigt upprättade villkoren eller gå miste om affären. Det är bl.a. detta problem som ligger bakom framväxandet av olika tolkningsprinciper⁵³ i praxis för att förhindra tillämpningen av oskäligen och obilligen avtalsklausuler. Oklarhetsregeln anses exempelvis innebära att vid tveksamhet skall klausulen tolkas till nackdel för den som avfattat klausulen. Regeln anses ha sitt främsta tillämpningsområde på standardavtal. I synnerhet om den ena parten är konsument och den andra parten som avfattat villkoret är näringsidkare.⁵⁴

Ett annat sätt som kan användas för att komma till rätta med problemet med oskäligen avtalsvillkor i standardavtal är att använda sig av tvingande lagstiftning. Avtalsklausuler som strider mot lagstiftningen fråntas då sin rättsverkan. Sådana typer av lagar återfinns vanligen inom områden som syftar till att skydda en särskilt utsatt svagare part. Det har genom åren växt fram en mängd olika civilrättsliga konsumentskyddande lagar i Sverige. Konsumenttjänstlagen, konsumentköplagen och reglerna i jordabalkens fjärde kapitlet är bara några exempel på sådana tvingande lagar. Även till skydd för småföretagare finns ett mindre antal tvingande lagar exempelvis lagen om avbetalningsköp mellan näringsidkare.

Utöver tvingande rättsregler till skydd för den svagare parten finns naturligtvis de ”vanliga” avtalsrättsliga reglerna. I avtalslagens tredje kapitel finns en mängd olika regler, 28-31 §§ AvtL, som möjliggör ett åsidosättande av exempelvis otillbörligen avtalsvillkor. Vid jämkning eller åsidosättande av

⁴⁹ J Ramberg, Standardavtal, 1993, s 7

⁵⁰ U Bernitz, Standardavtalsrätt, 1993, s 12

⁵¹ 93/13/EEG

⁵² Till definitionen har det knytits en bevisbördesregel som innebär att det är näringsidkaren som skall visa att ett avtalsvillkor har varit föremål för individuell förhandling om han påstår att så varit fallet.

⁵³ Se närmare beträffande dessa U Bernitz, Standardavtalsrätt, 1993, s 47 ff

⁵⁴ U Bernitz SvJt 1972 s 433 ff

ett avtalsvillkor i ett standardavtal är 36§ AvtL särskilt användbar då övriga, redan nämnda, bestämmelser endast ger påtagligt snäva möjligheter att åsidosätta otillbörliga avtalsvillkor.⁵⁵

Trots den mängd lagstiftning som redan finns att tillgå vad gäller otillbörliga standardavtalsvillkor har det inte ansetts tillräckligt. För att göra det möjligt att mer generellt ingripa mot standardformulär som innehåller icke önskvärda avtalsvillkor antog man lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare. Avtalsvillkorslagarna fungerar som en förhandskontroll av de standardavtal som tillämpas inom näringslivet.⁵⁶ Lagen har som man säger en marknadsrättslig uppbyggnad d.v.s. den sätter ramen för företagets handlande på marknaden. Avtalsvillkorslagarna hör därför inte till de sedvanliga civilrättsliga reglerna som mera direkt reglerar avtal mellan enskilda parter.⁵⁷ Den myndighet som tillämpar avtalsvillkorslagarna är Marknadsdomstolen som kan förbjuda näringsidkare att i framtiden använda ett visst avtalsvillkor i sina formulär.

6.1.3 Standardvillkors inkorporering⁵⁸

Det finns inga lagregler för vad som krävs för att ett standardavtal eller villkor skall bli en del av det enskilda avtalet. Vad som krävs för ett korrekt inkorporerande framgår istället av en del rättsfall från högsta domstolen. Ur dessa rättsfall kan man utläsa en del principer som renodlats i doktrinen. Utgångspunkten och huvudregeln är att standardvillkoren måste bringas till motpartens kännedom muntligen eller skriftligen *före* avtalsslutet för att bli en del av avtalet. Avtalsvillkor som tillställs motparten i efterhand ingår inte i avtalet. Standardvillkor som dyker upp först på en faktura eller som återfinns i det köpta paketet blir alltså inte en del av avtalet. Några problem brukar inte uppstå när standardvillkoren och de individuella villkoren återfinns på eller i samma dokument. Om standardvillkoren står på baksidan krävs en tydlig hänvisning. En liknande referensklausul i det enskilda avtalet krävs när standardvillkoren inte återfinns på samma handling.⁵⁹ Standardvillkoren skall dock finnas tillgängliga så att båda avtalsparter kan ta del av dem på ett enkelt sätt innan avtalsingåendet. Något krav på att båda parter faktiskt tagit del av villkoren torde inte finnas. När det rör sig om oväntade och särskilt tyngande klausuler i standardvillkoren är dock kraven högre.⁶⁰ Då ställer man i regel högre krav på synlighet i hänvisningen och på tidpunkten för åberopandet av standardavtalet.⁶¹

⁵⁵ U Bernitz, Standardavtalsrätt, 1993, s 76

⁵⁶ U Bernitz, Standardavtalsrätt, 1993, s 94

⁵⁷ Detta gäller med undantag för 10-13§§ AVKL. 10§ ger uttryck för oklarhetsregeln som tidigare behandlats.

⁵⁸ U Bernitz, Standardavtalsrätt, 1993, s 32 ff

⁵⁹ NJA 1979 s 401 och NJA 1980 s 46

⁶⁰ NJA 1978 s 432

⁶¹ NJA 1970 s 478

I NJA 1980 s 46 tog HD ställning i en tvist som rörde huruvida AB 72 var korrekt inkorporerat eller ej. Parterna hade tagit in AB 72 i det enskilda avtalet men inte bifogat det. HD ansåg att i det aktuella fallet var det vanligt förekommande med standardavtal. Båda parter hade dessutom utan svårigheter kunnat ta reda på vad AB 72 innehöll.

Sammanfattningsvis kan man alltså säga att standard- villkor eller avtal kan införas genom att man:

- hänvisar till en bifogad handling
- hänvisar utan bifogande
- bifogar standardavtalet utan någon hänvisning.

I sista hand kan även parternas tidigare förehavanden, om den ena parten intar en underlägsen ställning och hur tyngande villkoren är tillmätas rättslig betydelse.

6.1.4 Kan standardavtal ge uttryck för ett handelsbruk?

I Sverige tillmäts handelsbruk och annan sedvänja av tradition stor rättslig betydelse. Handelsbrukets och sedvanans betydelse framgår av 3 § köplagen vilken stadgar att lagen inte äger tillämpning där det utbildats en praxis som måste anses vara bindande mellan parterna. Enligt propositionen till köplagen kan det inte generellt stadgas vad som krävs för att en sådan praxis skall föreligga utan det lämnas öppet för en skönsmässig bedömning.⁶² Handelsbruket eller sedvänjan tillerkänns inte under alla förhållanden bindande verkan utan det är upp till domstolen att bedöma huruvida handelsbruket eller sedvänjan skall tillämpas eller ej.

Man bör skilja mellan handelsbruk och partsbruk där det senare endast tar sikte på den sedvänja som två parter utvecklat mellan sig i tidigare avtalsförbindelser. Det har sedan länge framgått av praxis att domstolar i tveksamma fall är beredda se det nya avtalet ingånget på samma villkor som tidigare avtal mellan parterna.⁶³ Detta gäller alltså även för standardvillkor som ingått i de tidigare slutna avtalen. Med handelsbruk avses något vidare, nämligen sedvanan inom en hel bransch eller för en viss avtalstyp. Ett bestämt handelsbruk kan i en viss bransch ha stadgat sig så att det därur vuxit fram en sedvanerättslig regel som då kommer att stå över dispositiv rätt. Två rekvisit ställs som krav för bevisningen av ett handelsbruks existens. Handelsbruket skall ha vunnit erforderlig stadga samt en geografisk spridning. Kravet på geografisk spridning innebär emellertid inte att det inte kan finnas lokala eller regionala handelsbruk.⁶⁴ Sedvanans övergång till sedvanerätt kan i affärlivet underlättas av att de som sluter

⁶² Prop. 1988/89:76 s 66

⁶³ Se exempelvis NJA 1933 s 260, NJA 1949 s 87 och RH 1989:83 där parterna ansågs ha ingått ett avtal med AB 72 som grund. Domstolen ansåg att så var fallet eftersom de alltid använt sig av AB 72 tidigare.

⁶⁴ J Ramberg, Köplagen, 1995, s 160

avtal utgår från sedvanan som en given förutsättning.⁶⁵ Man kan då fråga sig om allmänt använda och spridda standardvillkor kan utgöra handelsbruk, sedvanerätt, för att på så sätt ställa sig över den dispositiva rätten.

Man skiljer mellan handelsbruk i betydelsen faktiska sedvänjor vid uppfyllandet av avtal och allmänt använda standardvillkor. Man brukar i svensk rätt vara obenägen att ge allmänt använda standardavtal betydelse som handelsbruk p.g.a. det sätt på vilka partsintressen och styrkeförhållandet mellan dem spelar in vid utformandet av villkoren.⁶⁶ Särskild försiktighet anses påkallad när man har att göra med villkor som reglerar påföljder vid kontraktsbrott. Såsom huvudregel kan alltså sägas att inte ens de vidaste spridda standardavtalen anses utgöra handelsbruk eller sedvanerätt.⁶⁷ Enligt svensk rätt får handelsbruk rättsverkan redan i kraft av sin existens. Så är alltså inte fallet med standardavtal som alltså först måste inkorporeras i det enskilda avtalet.⁶⁸

Trots att entreprenadområdet saknar egentlig lagstiftning har domstolarna inte velat godta AB 92 som handelsbruk. Frågan om AB 92 skulle vara ett uttryck för byggbranschens handelsbruk och därigenom ha rättsverkan även på avtal där det inte inkorporerats har varit uppe för behandling i HD.⁶⁹ Fallet gällde bestämmelsen 5 kap. 8§ i dåvarande AB 72 som begränsade entreprenörens ansvar för dolda fel efter garantitidens slut. HD uttalade då att: *"Inom entreprenadförhållanden är det visserligen vanligt förekommande, att entreprenörens ansvar begränsas genom särskilda avtalsbestämmelser...När det är fråga om småhusentreprenader kan emellertid inte antagas att denna ordning vunnit sådan utbredning och stadga att den måste anses tillämplig även i entreprenadförhållanden där avtalsbestämmelse i ämnet saknas"*.

Genom fallet har HD har inte tagit ett generellt avståndstagande från tanken om att AB 92 skulle kunna utgöra handelsbruk utan endast slagit fast att villkoren inte hade tillräcklig utbredning och stadga vid småhusentreprenad. Om AB 92 eller i vart fall vissa bestämmelser vunnit tillräcklig utbredning och stadga är svårt att säga. Enligt Höök skall domen inte tolkas som att AB 92 skulle ge uttryck för gällande rätt. Han menar också att vad som skall anses utgöra sedvänja idag har blivit svårare med tanke på den öppna entreprenadmarknaden som blivit en följd av medlemskapet i EU.⁷⁰ Ett korrekt inkorporerande av standardvillkoren är alltså att föredra om man vill vara alldeles säker på att de skall godtas av en domstol som en del i det individuella avtalet.

⁶⁵ Å Malmström, Civilrätt, 1994, s 20

⁶⁶ U Bernitz, Standardavtalsrätt, 1993, s 30

⁶⁷ U Bernitz, Standardavtalsrätt, 1993, s 31. J Ramberg verkar dock något mer välvilligt inställd till problematiken se J Ramberg, Allmän avtalsrätt, s 72 ff

⁶⁸ J Ramberg, Köplagen, 1995, s 161

⁶⁹ NJA 1985 s 397. Målet gällde dåvarande AB 72.

⁷⁰ R Höök, Entreprenadjuridik, 1999, s 13

Svaret på rubrikens fråga är således att standardavtal kan, under vissa förutsättningar, utgöra handelsbruk och medföra rättsverkan på enskilda avtal även när det saknas hänvisning till det aktuella standardavtalet. Om AB 92 utgör handelsbruk eller ej låter jag vara osagt men utgångspunkten bör vara att det inte utgör handelsbruk.

6.2 AB 92

6.2.1 Allmänt

Svensk lagstiftning innehåller som sagt inga regler som direkt tar sikte på att reglera entreprenadavtal. Parterna på entreprenadmarknaden, genom BKK, har då, istället för att vänta på lagstiftning, träffat ett omfattande standardavtal som heter allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader men som kortfattat brukar kallas AB 92. Till skillnad mot vad som normalt torde gälla för tillskapandet av standardavtal är AB 92 inte ensidigt upprättat av ena parten. AB 92 är ett av två ungefärligt jämnstarka intresseorganisationer gemensamt upprättat standardavtal⁷¹. På så sätt anses AB 92 vara ett juridiskt väl genomarbetat avtal och parternas skyldigheter respektive rättigheter skall vara väl balanserade mot varandra. Avtalet har växt fram genom åren och förbättrats allteftersom erfarenheten ökat. AB 92 har sitt direkta ursprung i AB 72 som har sina föregångare i främst AB 54 och AB 65.

Till AB 92 finns en mängd andra standardavtal kopplade. För exempelvis underentreprenörers avtal med byggentreprenören gäller AFU 92 som förutsätter att parterna använder sig av AB 92 eftersom AFU 92 hänvisar till det senare.

De olika enskilda bestämmelserna i AB 92 bildar ett komplext och sammanhängande system p.g.a. paragrafernas inbördes beroende. Det brukar därför sägas att det inte är tillrådligt att ens i minsta del ändra i avtalet eftersom det kan vara svårt att i detalj överblicka konsekvenserna av en sådan ändring.

6.2.2 Förhållandet mellan AB 92 och KtjL

Konsumenttjänstlagen är tillämplig på tjänster som näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet utför åt konsumenter huvudsakligen för enskilt ändamål.⁷² Konsumenttjänstlagen är tvingande till konsumenters förmån vilket innebär att parterna inte med bindande verkan kan avtala bort lagen. Under förutsättning att konsumenttjänstlagen är tillämplig gäller således i ett

⁷¹ När liknande överenskommelser binder eller förväntas användas av de flesta inom samma bransch brukar man tala om "agreed documents".

⁷² Se mer om detta ovan i 5.4

konkret fall där AB 92 strider mot konsumenttjänstlagen att den senare gäller framför den tidigare. Detta gäller trots att parterna alltså frivilligt avtalat att AB 92 skall gälla framför konsumenttjänstlagen. Om ingendera part är konsument gäller förstås AB 92 framför konsumenttjänstlagen under förutsättning att standardavtalet är korrekt inkorporerat. Eftersom konsumenttjänstlagen endast är tvingande till konsumentens förmån finns det inget som hindrar parterna från att avtala om bättre villkor för konsumentens del än vad konsumenttjänstlagen stadgar. Dessa för konsumentens del förbättrade villkor kommer då naturligtvis att vara bindande för båda parter. Vidare är det givetvis tillåtet för konsumenten om denne så önskar att avstå från att åberopa konsumenttjänstlagens fördelar vid en eventuell tvist. Men det är då inte något som näringsidkaren kan råda över.

6.3 ABS 95

För småhusentreprenader finns ett särskilt anpassat standardavtal kallat ABS 95, allmänna bestämmelser för småhusentreprenader där enskild konsument är beställare, som tillkommit och utarbetats för att bättre, än AB 92, tillgodose småhusbyggarens intresse. ABS 95 är ett bevis på hur man inom det svenska rättssamhället tar speciell hänsyn till konsumenter vilka, enligt vedertagen uppfattning, måste skyddas från det kommersiella livets fria avtalsmekanismer. Det är nödvändigt och viktigt att det finns särskilda byggregler för småhusbyggare eftersom uppförandet av det egna huset vanligtvis är den största ekonomiska insatsen i en människas, konsumentens, liv. Reglerna i AB 92 och gängse byggregler upplevs ofta som svåra och snåriga. De kan ibland också leda till stora ekonomiska följder, förluster, för den som inte är ordentligt insatt.

ABS 95 skall användas, enligt ingressen, när den enskilda konsumenten tillförsäkrats ett sådant garanti-, försäkrings- och avtalsskydd som ställs som villkor för statlig bostadsfinansiering. Det vill säga i de fall då konsumenttjänstlagen inte är tvingande enligt dess 3 § 2 st. Av detta följer då att om konsumenten inte fått ett sådant skydd skall även konsumenttjänstlagen tillämpas. Generellt kan det emellertid sägas att det nog enbart är till båda parter fördel om de bifogar standardavtalet även om konsumenttjänstlagen är tillämplig. ABS 95 är ju specifikt framtaget för just småhusentreprenader medans konsumenttjänstlagen reglerar olika tjänster inom en mängd områden. Avtalet kan då komplettera lagen där denna är oklar eller inte stadgar något om det uppkomna problemet. Om det skulle vara så att avtalet strider mot konsumenttjänstlagen så går ju den senare före under förutsättning att 3 § 2 st. inte är tillämpligt. Vidare har konsumentverket varit med och förhandlat fram ABS 95 vilket fått betydelse ur konsumentens skyddande synvinkel.

ABS 95 bygger vidare på ABS 80 som var det första standardavtalet inom detta område. ABS 80 tillkom med stöd av lagen (1971:112) om

avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Med i utarbetandet av avtalet var bl.a. representanter från konsumentverket, Sveriges villaägarförbund och företrädare för byggbranschen.

Bakom tillskapandet av ABS 80 låg främst en dom av marknadsdomstolen.⁷³ I domen slogs fast att vissa avtalsvillkor i dåvarande AB 72 var att anse som oskäliga mot konsumenter. Det gällde bl.a. villkoren som stadgade om besiktningen som exklusivt bevismedel. Vid fel i entreprenad ansågs det oskäligt om konsumenten inte fick lägga fram andra bevis än de som upptagits i besiktningensprotokollet.

När så småningom ABS 80 visat sig vara ofullständigt ersattes det av ABS 95. I ABS 95 har reglerna för småhusentreprenader utökats avsevärt. Numera innehåller standardavtalet både fler allmänna entreprenadrättsliga regler, vilka till stor del hämtats från AB 92, och fler konsumentskyddande regler vilka utformats efter föreskrifterna i konsumenttjänstlagen.

⁷³ 1979 nr. 17

7 Fel i entreprenad

7.1 Allmänt

Utav kontraktsbrotten är felet ett av de mer klassiska. Kontraktsbrottet fel är kanske det första man tänker på när det rör sig om tvister inom entreprenadrätten. Mycket av den juridik som advokater till vardags arbetar med inom entreprenadrätten är ofta till större eller mindre del relaterat till frågor om fel av olika slag. Att felet spelar en så stor roll inom byggjuridiken hänger ihop med att entreprenörens viktigaste uppgift är att överlämna entreprenaden kontraktsenligt. Mot entreprenörens huvudförpliktelse att utföra ett kontraktsenligt arbete står beställarens huvudförpliktelse att betala den avtalade penningssumman. Om överlämnandet inte stämmer med kontraktet föreligger ett fel i mer eller mindre vidsträckt bemärkelse. Det är också i denna andemening som man i AB 92:s begreppsbestämningar hittar definitionen på fel ”...*när del av entreprenaden inte utförts eller inte utförts kontraktsenligt*”. Denna, grundläggande, definition angående fel torde även gälla utanför AB 92:s tillämpningsområde d.v.s. även när parterna inte använt sig av standardavtalet. Av definitionen följer att det föreligger ett fel både när ett visst arbete inte utförts, d.v.s. en brist, och när ett arbete inte utförts på ett tillfredsställande sätt.

Många av de fel som uppstår under en entreprenad är bagatellartade och uppenbara samt avhjälps i regel omedelbart av entreprenören. En del fel kan emellertid vara av allvarigare art. Dessa allvarliga fel kan orsaka förluster av stora värden och ge upphov till oersättliga personskador. Kostnader för fel brukar ligga runt 10 % av den totala entreprenadkostnaden. Det är inte svårt att förstå att dessa allvarliga fel kan ge upphov till tvister där ingendera part vill ersätta stora kostnader eller bli ansvarig för att människor skadats.

När man skall avgöra om det föreligger ett fel i entreprenaden är det avtalet som utgör utgångspunkten för bedömningen. Det är alltså avtalet som anger hur entreprenaden skall utföras korrekt både vad gäller tid och kvalitet. Det är här som parternas val av entreprenadform får betydelse. Vid en totalentreprenad har ju parterna avtalat om vilken funktion byggnaden skall ha och då är det funktionen som är avgörande för om det föreligger ett kontraktsbrott. Om parterna använt sig av AB 92 är felbedömningen lite enklare än vad som är fallet när de inte bifogat något standardavtal. Vid avsaknad av AB 92 får man falla tillbaka på allmänna kontraktsrättsliga regler och analogier m.m.⁷⁴

Entreprenören skall alltså utföra arbetena enligt vad som avtalats eller måste anses avtalat. Vid bedömningen av vad som skall anses utgöra ett fel i

⁷⁴ Se nedan under 7.2.2.2.

arbetet har begreppet fackmässigt stor betydelse.⁷⁵ Både AB 92 och konsumenttjänstlagen använder sig av detta begrepp för att fastslå vad som kan vara fel. Med tanke på begreppets vida utbredning och allmänt hållna krav på näringsidkaren är det med största sannolikhet så att man hämtar ledning ur begreppet, när det gäller att fastställa kravet på det utförda arbetet, även i ett kommersiellt avtalsförhållande där AB 92 inte äger tillämpning.

Även om det är avtalet som är utgångspunkten för felbedömningen så förekommer det situationer där entreprenören kan bli ansvarig för uppgifter som inte lämnats i själva avtalet. Köplagen stadgar i 18 § att det föreligger ett fel om det inte råder överensstämmelse mellan varan och sådana uppgifter som säljaren lämnat vid marknadsföringen eller annars före köpet. Säljaren kan även bli ansvarig om varan inte överensstämmer med vad andra personer lämnat för uppgifter om varans beskaffenhet för säljarens räkning.⁷⁶ Stadgandet torde utgöra en allmänt vedertagen rättsprincip vilken bör äga tillämpning även på entreprenadförhållanden.

Ibland kan parterna ha avtalat om särskilda utfästelser, s.k. garantier. Garanti är en sträng förpliktelse. Den som avgett en garanti, vanligtvis entreprenören, kan inte göra gällande att han misstog sig beträffande den förpliktelse som garantin avsåg.⁷⁷ En garanti kan liknas vid ett strikt ansvar. Om målaren garanterat att färgen på den nymålade väggen skall hålla i två år så kan han inte, om färgen inte håller, hävda att det exempelvis var fel på färgen. Han är då ovillkorligen ansvarig för det som garanterats. Garantier medför en mängd olika stränga rättsföljder. En garanti ger upphov till skadeståndsskyldighet även där sådan annars inte skulle uppstå. Vidare är garantier som ansluter sig till felansvaret underkastade de speciella preskriptions- och reklamationsregler som gäller för fel.⁷⁸ Det kan ibland vara svårt att dra gränsen mellan vad som skall anses vara en garanti och vad som bara är en mera allmän uppgift om tjänstens beskaffenhet.⁷⁹ Normalt är det så att uppgifter som lämnas om en tjänst beskaffenhet är juridiskt relevanta d.v.s. de medför ett visst ansvar. Dessa uppgifter behöver dock inte medföra lika stränga rättsverkningar som en garanti.

Som tidigare diskuterats är det vanligt vid större entreprenader att de olika entreprenörerna i sin tur kontrakterar andra entreprenörer s.k. underentreprenörer.⁸⁰ Huvudregeln är då att avtalsparten fortsätter att

⁷⁵ Se mer om detta nedan.

⁷⁶ Om analogisk tillämpning av köplagen på entreprenadförhållanden se ovan kap. 5.5

⁷⁷ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 1993, s 109

⁷⁸ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 1993, s 109

⁷⁹ Se bl.a. NJA 1955 s 75 och NJA 1980 s 398 för gränsdragningen.

⁸⁰ Att det är tillåtet att överlämna en del av arbetet till en annan företagare framgår ibland av avtalet men är p.g.a. av prestationens karaktär ofta en självklarhet. Det finns emellertid situationer där ett överlämnande inte är tillåtet. Så är ofta fallet när det är den kontrakterades särskilda och utmärkande skicklighet som varit avgörande vid valet av entreprenör.

ansvara för den avtalade prestationen även när han anlitar andra företag.⁸¹ När det rör sig om general- och totalentreprenader och vid mycket stora entreprenader är det väldigt vanligt att något standardavtal som reglerar felansvaret används. Med en av Hellner lanserad term kan man ofta kalla entreprenadavtal för sammanflätade avtal eftersom det inte är ovanligt att flera entreprenörer samverkar.⁸² Med sammanflätande avtal menas ”*avtal som har så nära sammanhang med varandra att planering och utförande sker i samverkan mellan kontraktsparterna i de olika kontrakten*”.⁸³ Entreprenadavtal har ofta karaktären av ett kedjesystem där varje part i kedjan endast kan göra gällande kontraktsbrott mot sin avtalspart. På så sätt kan kontraktsbrottet rullas bakåt i kedjan till den part som är ytterst ansvarig. AB 92 visar på ett flertal ställen att det är kedjesystemet som gäller. AB 92 5:15 stadgar exempelvis att part är ansvarig gentemot motparten för av honom anlitate företagare. Det är således inte möjligt för beställaren att väcka talan mot sin medkontrahents medkontrahent p.g.a. av att den senare begått ett kontraktsbrott. Trots att kedjesystemet är förhärskande i AB 92 utesluter detta inte att flera entreprenörer kan bli ansvariga. Förutom att solidariskt ansvarighet kan uppstå enligt allmänna regler stadgas det uttryckligen i AB 92 5 kap. 18§ att om flera juridiska eller fysiska personer såsom endera beställare eller entreprenör har ingått avtalet svarar de solidariskt.

Ett entreprenadavtal är ett varaktigt avtal. I sådana avtal är huvudregeln den att naturprestationen skall utföras först och penningprestationen i efterhand.⁸⁴ Beställaren har då, vid kontraktsbrott avseende naturprestation, en säkerhet i att han kan hålla inne pengarna tills entreprenaden är överlämnad i enlighet med kontraktet.⁸⁵ Entreprenören kan inte utan att det avtalats kräva att betalningen görs successivt allteftersom entreprenaden fortskrider. Så snart entreprenaden är utförd skall naturligtvis beställaren betala när han ombeds att göra så. Det är emellertid vanligt att man vid större entreprenader använder sig av en betalningsplan d.v.s. redan i förväg gör upp när olika delbetalningar skall göras.⁸⁶ Vidare råder den i Sverige allmänna principen att om inget annat avtalats är det den som utför naturprestationen som står faran tills den är utförd. Översatt till entreprenadrätten betyder detta att entreprenören är ansvarig för alla fel tills det att entreprenaden är till fullo utförd och avtalsenligt överlämnad.

Ett konstaterat fel kan ge upphov till en mängd olika påföljder. Den vanligaste påföljden vid fel torde vara avhjälpandet d.v.s. ett krav på korrekt fullgörande. Den svenska lagstiftningen stadgar entydigt att köparen har rätt att kräva avhjälpande vid konstaterat fel. Konsumenttjänstlagen har, i dess

⁸¹ Se J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 1993, s 124ff om undantagen från huvudregeln. Vilka dock inte äger tillämpning inom entreprenadrätten.

⁸² J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 1993, s 133 ff

⁸³ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 1993, s 133

⁸⁴ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 1993, s 52

⁸⁵ Se bl.a. 42 § köplagen och 19 § konsumenttjänstlagen

⁸⁶ Se AB 92 6kap. 10 §

20 §, skyldigheten att avhjälpa fel som huvudpåföljd vid fel. Även köplagen stadgar i 34 § att köparen har rätt att kräva att säljaren avhjälper felet utan kostnad. Konsumentköplagen har ett liknande stadgande i 26 § och eftersom lagen är tvingande, till skillnad mot köplagen, är det inte möjligt för säljaren att friskriva sig från avhjälpansvaret. Domstol kan ålägga säljaren att fullgöra förpliktelsen om felet praktiskt sett kan avhjälpas. Köparen kan också istället själv avhjälpa felet och kräva säljaren på försvarliga kostnader för avhjälpandet oavsett om han har rätt till skadestånd eller inte. Köparens rätt att kräva avhjälpande vid fel motsvaras av säljarens rätt att få avhjälpa felet på egen bekostnad även om motparten vill göra gällande andra påföljder.⁸⁷ Utöver avhjälpandet kan beställaren, under vissa förutsättningar, kräva prisavdrag, skadestånd och ibland också häva avtalet.

7.2 Felbedömningen

7.2.1 Allmänt

Vid en felbedömning inom entreprenadrätten är det tre frågeställningar som bör lika till grund för analysen: avtalet, tidpunkten och besiktningen.⁸⁸ Alla tre frågeställningar är av väsentlig betydelse för bedömningen. Att utgångspunkten skall vara avtalet har vi redan diskuterat. Det kan emellertid vara viktigt att poängtera att ett otillfredsställande resultat eller en bristande funktion inte behöver utgöra ett fel. Resultatet kan mycket väl överensstämma med avtalet och de föreskrifter entreprenören mottagit av beställaren. När det sedan gäller att analysera själva avtalet är det viktigt att slå fast vilken typ av entreprenad det rör sig om. Har beställaren tillhandahållit ritningar som entreprenören skall bygga efter eller har entreprenören ett funktionsansvar genom det att han själv har skött projekteringen? Vad gäller tidpunkten för felets framträdande har detta stor betydelse för en felbedömning enligt AB 92 eftersom man där använder sig besiktningar med därtill knutna garantitider. Även utanför AB 92 är besiktningen fundamental och tidpunkten är därför en väsentlig omständighet att ta hänsyn till. Besiktningen är exempelvis avgörande för när entreprenaden skall anses avlämnad och har stor betydelse ur bevishänseende.

7.2.2 Konkret och abstrakt standard, finns det ett ansvar för vad som får anses följa av avtalet.

Vid tolkning och tillämpning av avtal i allmänhet gäller det i första hand att undersöka om det finns möjligheter att utifrån avtalets lydelse avgöra hur

⁸⁷ Se Konsumenttjänstlagen 20 § 2 och 3st. samt köplagen 36 §. Säljarens rätt att få avhjälpa felet är avhängigt ett flertal omständigheter däribland att köparen inte har något särskilt skäl att motsätta sig avhjälpandet, se närmare i paragraferna.

⁸⁸ R Höök, Entreprenadjuridik, 1999, s 82

varan eller tjänsten skall vara beskaffad. Saknas säkra avtalsfakta måste vägledning sökas med hjälp av andra normer.⁸⁹ Detta illustreras väl av köplagens 17 § som i första och andra stycket poängterar parternas avtalsfrihet och i avsaknad av avtalet räknar upp vad som kan anses vara fundamenta hos en felfri vara. I tredje stycket stadgas att: *”Om varan avviker från...vad köparen med fog kunnat förutsätta, är varan att anse som felaktig.”*

En fråga som därmed uppkommer är om det inom entreprenadrätten endast finns ett ansvar för konkreta fel. Eller är det så att det även finns ett ansvar för vad som får anses följa av avtalet s.k. abstrakta fel? Konkreta och abstrakta fel motsvaras av första och tredje stycket i köplagen. Med konkreta fel menas de fel som avviker från den standard som kommit till uttryck i det individuella avtalet i vid bemärkelse.⁹⁰ När man inte av avtalet kan utläsa om det avtalats om någon individuell konkret standard ger avtalet ingen vägledning i frågan vad beställaren kan kräva av entreprenören. Man får då på ett mer objektivt sätt försöka fastställa vilken standard entreprenaden skall ha en s.k. abstrakt bedömning. I regel laborerar man då med andra ganska obestämda begrepp såsom vad som skall anses vara normalt eller vad man kan vänta sig av en genomsnittligt kompetent entreprenör. Ett abstrakt fel är då en avvikelse från den fastställda ”normala” standarden som en beställare har rätt att vänta sig av en ”genomsnittlig” entreprenör. Gränsdragningen mellan konkret och abstrakt standard är vanskelig att dra och den sammanfaller i princip med gränsen mellan tolkning och utfyllning.⁹¹ I vad mån det följer ett ansvar för fel mot den abstrakta standarden inom entreprenadrätten är inte helt lätt att avgöra.

Om vi först ser på hur rättsläget är när parterna använt sig av AB 92 är inte svaret helt givet. I AB 92 1:1 anges att omfattningen av kontraktsarbetena bestäms av kontraktshandlingarna. Detta lär väl innebära, och entreprenadbranschen tycks tolka detta på ett sätt sådant sätt, att arbetena skall utföras strikt enligt kontraktshandlingarna.⁹² Entreprenören får alltså inte frångå kontraktshandlingarna om entreprenaden skall anses vara fri från fel. Så långt tycks AB 92 endast vila på det konkreta felansvaret. Men vidare stadgar AB 92 i 2:1 att om kvalitetsangivelse i visst avseende inte lämnats skall arbetet utföras i klass med kontraktsarbetena i övrigt och i 2 st. sägs att entreprenören skall utföra sitt åtagande fackmässigt. Enligt min mening har vi nu glidit över till den abstrakta sidan. Om det inte av kontraktshandlingarna framgår mer än att arbetet skall genomföras är det upp till entreprenören att avgöra hur. Om entreprenören då kan bli ansvarig för att inte utfört entreprenaden på ett fackmässigt sätt eller för att han inte följt en kvalité som inte lämnats rör vi oss inom en abstraktion som endast kan fastställas genom en jämförelse med vad en beställare normalt kan vänta sig av en genomsnittlig entreprenör. AB 92 innehåller således dels en

⁸⁹ J Ramberg, Köplagen, 1995, s 250

⁹⁰ F Grauers, Fastighetsköp, 1998, s 130

⁹¹ F Grauers, Fastighetsköp, 1998, s 131

⁹² AB 92 2:1 och R Höök, Entreprenadjuridik, 1999, s 65

konkret- och dels en abstrakt standard även om den konkreta standarden till stor del överväger.

Även utanför AB 92 måste man säga att det föreligger både en abstrakt och konkret standard d.v.s. det följer ett ansvar för vad som får anses följa av avtalet. Köplagen innehåller som vi sett ett stadgande om vad köparen med fog kan förvänta sig av en vara. Ovan i kapitel 5.5 har det diskuterats kring möjligheterna att analogisera från köplagen. Att i detta fall göra en analogi till entreprenadrätten är kanske inte särskilt djärvt men i alla fall tillrådligt. När avtalet mellan parterna, som utgör grunden för felbedömningen och kanske är väldigt fåordigt, inte ger svar på en uppkommen tvist om huruvida det föreligger ett fel eller inte finns bara den abstrakta standarden att luta sig mot. Med detta följer då att ju mer preciserad arbetet eller tjänsten är desto svårare är det att något annat än vad som uttryckligen står i avtalet. Även i konsumenttjänstlagen stadgas det att näringsidkaren skall utföra sin tjänst på ett fackmässigt sätt. Detta är ett uttryck för att entreprenören måste åstadkomma ett tillfredsställande arbetet även inom de områden där kvalitén på arbetet inte direkt anses följa av avtalet men ändå är en del av entreprenörens erbjudna tjänster och på så sätt anses följa av avtalet. Just 4§ konsumenttjänstlagen är inte oskäligt konsumentskyddande varför en analogi även här är på sin plats.

Huvudregeln är alltså, både i och utanför AB 92, att en konkret felbedömning utförs d.v.s. felbedömningen görs i relation till vad som avtalats. När avtalet inte ger någon ledning i frågan övergår man till den abstrakta felbedömningen d.v.s. man frågar sig om tjänsten är utförd på ett sådant sätt som en beställare kan förvänta sig. Ju mer preciserat och detaljerat avtalet är ju mindre är benägenheten att använda sig av en abstrakt standard.

7.2.3 AB 92

Vad som skall anses som fel är inte enhetligt i AB 92. Det är ett flertal regler med olika begrepp som kan tillämpas när det gäller felbedömningen. Det rör sig om:

1. fel, enligt begreppsbestämningen
 2. fel som inte är oväsentligt, 4:8
 3. fel av mindre betydelse, 7:14
 4. fel som innebär avvikelser från den normala beskaffenheten, kommentar till 4:7
 5. fel som är väsentligt, 5:7
 6. fel som inte i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd, 7:26
 7. sådant som beställaren anser utgöra fel, 7:25
 8. fel som entreprenören inte anser sig vara ansvarig för, 7:25
 9. fel som inte finns eller som entreprenören inte svarar för 7:25
 10. fel som inte är fel i begreppsbestämningens mening, kommentar till 4:7
1. Definitionen av fel i begreppsbestämningarna görs utan särprägel: när del av entreprenaden inte utförts eller inte utförts kontraktss enligt.⁹³
 2. Man avser här troligen mer bagatellartade fel som enkelt och utan större kostnader snabbt kan avhjälpas. Sådana fel skall inte resultera i förlängd garantitid.
 3. Bestämmelsen avser att reglera när en entreprenad kan godkännas. Ett fel av mindre betydelse skall då inte ligga i vägen för ett godkännande. Med fel av mindre betydelse avses då fel vars avhjälpande i allmänhet är att hänföra till det normala efterarbetet. Fel av mindre betydelse torde p.g.a. av dess syftning på entreprenadens funktion kunna vara av allvarligare art än ett oväsentligt fel.
 4. I kommentaren sägs att entreprenören skall vara ansvarig för material som föreskrivits av beställaren om felet i materialet avviker från den normala beskaffenheten. Betydelsen av detta begrepp samt vilken hänsyn man tillmäter entreprenören och materialet kan troligen variera i det enskilda fallet. Om det ifrågavarande materialet är vanligt förekommande orsakar begreppet mindre problem då man kan kräva att entreprenören skulle uppmärksammat avvikelserna. Men om det rör tekniskt avancerade och ovanliga material kan det vara svårt att dra gränsen för hur långt entreprenörens undersökningsplikt sträcker sig. Man kan tänka sig att den normala beskaffenheten tolkas till beställarens nackdel vid svåra fall om det är denne som föreskrivit materialet. Om det då är ett ovanligt material bort beställaren räknat med att entreprenören kanske inte skulle uppmärksamma en liten avvikelse från den normala beskaffenheten.
 5. En av förutsättningarna för att entreprenören skall bli ansvarig för fel efter garantitidens utgång är att felet är väsentligt. Att felet skall vara väsentligt är ett relativt högt krav. Det bör åtminstone krävas att felet på något sätt påverkar entreprenadens funktion, livslängd, säkerhet, goda bestånd eller ändamålsenlighet. Avsaknad av s.k. kärnegenskaper

⁹³ Fel i förhållande till kontraktshandlingarna utvecklas mer nedan.

konstituerar alltid ett väsentligt fel. Likaså utgör det normalt ett väsentligt fel om hälsa eller säkerhet hotas. Enligt kommentaren skall man inte endast fokusera på felet i sig utan också se på vilken skada som uppkommit eller kan tänkas uppkomma. Såsom icke väsentliga fel bör man betrakta de fel beställaren själv utan större besvär eller kostnader kan avhjälpa.

6. Bestämmelsen tar sikte på fall där entreprenören av kostnadsskäl och andra oskäliga omständigheter inte skall tvingas avhjälpa felet under förutsättning att felet inte är av väsentlig betydelse för beställaren. Istället skall ett avdrag göras på entreprenadsumman. Om felet är av väsentlig betydelse för beställaren saknar kostnadsaspekter relevans för kravet på avhjälpande. Eftersom bestämmelsen är skapad till entreprenörens förmån får beställarens uppfattning av felets väsentliga betydelse för honom en särskild tyngd. Det är emellertid inte frågan om en subjektiv bedömning utan felets betydelse skall vara grundat i objektiva resonemang.
7. Reglerna i AB 92 7:25, hit hör också p. 8 och 9, avser att reglera avhjälpandet vid fel. Vad beställaren anser utgöra fel eller fel som entreprenören inte anser sig vara ansvarig för har inte direkt med någon särpräglad feldefinition att göra. Det rör sig mer om en åsikt som skall baseras på begreppsbestämningens typ av fel. Entreprenören har rätt att avhjälpa de fel som enligt beställaren föreligger. De fel som entreprenören inte anser sig ansvarig för skall meddelas beställaren. Entreprenören kan sedan välja mellan att begära överbesiktning eller vända sig till skiljenämnd/domstol för att få rättelse eller avvakta beställarens reaktion. Om beställaren ändå kräver avhjälpande är entreprenören skyldig att avhjälpa med reservation för ersättning efter högre instans beslut. Detsamma gäller för fel som inte föreligger eller som entreprenören inte svarar för. Frågan är dock hur entreprenören skall avhjälpa ett fel som inte föreligger eller som han anser inte är ett fel. AB 92 7:25 är, som Hedberg skriver, en byråkratins seger över förnuftet.⁹⁴
10. Bestämmelsen reglerar garantitid och därunder uppkomna fel. I kommentaren till 4:7 talas om fel som beror på felaktig projektering, bristande underhåll, felaktig skötsel, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren. Dessa fel är inte fel i kontraktsenlig mening och därför något annat än begreppsbestämningens definition av fel. För att entreprenören skall kunna undgå ansvar för sådana fel under garantitiden måste han bevisa och objektivt konstatera att de uppstått under ovan nämnda betingelser.

Som redan påtalats är det avtalet som utgör utgångspunkten för felbedömningen. Det föreligger således ett fel, enligt begreppsbestämningen när del av entreprenaden inte utförts eller inte utförts kontraktsenligt. I AB

⁹⁴ S Hedberg, Kommentar till AB 92, 1995, s 156

92 1 kap. 1§ slås fast att omfattningen av kontraktsarbetena, d.v.s. de arbeten som ingår i entreprenörens åtagande, bestäms av kontraktshandlingarna. Med kontraktshandlingarna avses, enligt begreppsbestämningarna, kontraktet jämte de handlingar som är fogade till detta eller som, utan att vara därtill fogade, är däri angivna som gällande för kontraktsarbetena. Vidare stadgar begreppsbestämningarna att det inte endast är arbetsprestationen som ingår i termen arbete utan även material, varor och allehanda hjälpmedel hör hit. Denna definition är nog så viktig att hålla i minnet vid felbedömningen. Vad gäller material etc. ankommer det, enligt AB 92 2 kap. 8§, på entreprenören att anskaffa allt som erfordras för entreprenadens genomförande på egen bekostnad. Ibland är fallet också så att det i entreprenadåtagandet ingår leverans av varor och material. I relationen mellan beställare och entreprenör skall dessa leveranser felbedömas i enlighet med AB 92 och inte enligt köplagen.

Kontraktsarbetena skall, enligt AB 92 2:1, utföras i överensstämmelse med kontraktshandlingarna. En icke avtalad avvikelse från kontraktshandlingarna är ett fel. Om det i något avseende inte lämnats någon kvalitetsangivelse skall arbetet i det hänseendet utföras i klass med kontraktshandlingarna i övrigt. Som en fortsättning på detta stadgar AB 92 2:1 i 2 st. att entreprenören skall utföra sitt åtagande fackmässigt. Höök menar att begreppet fackmässigt inte i stort torde inverka på tolkningen av kravet på det utförda arbetet ur felhänseende.⁹⁵ Höök menar att parterna har ett stort mått av avtalsfrihet och citerar därefter Håstad: ”Har beställaren föreskrivit ett olämpligt utförande, är det beställarens problem.” Höök påpekar därefter att en för låg standard mycket riktigt kan krocka med entreprenörens skyldighet att underrätta beställaren om att kontraktshandlingarna är undermåliga och att det skulle vara olämpligt att utföra arbetet i enlighet med dessa. Det Höök säger är riktigt men bara under förutsättning att det föreligger klara och tydliga direktiv om hur arbetet skall utföras. När det, som vanligtvis torde vara fallet vid mindre entreprenader, saknas klagrande direktiv om hur arbetet bör utföras eller vilket material som skall användas, och beställaren inte heller förmår presentera sådana, torde bestämmelsen ha betydelse för tolkningen av det utförda arbetet. Om entreprenören tvingas improvisera p.g.a. avsaknad av direktiv är det alltså viktigt att de arbetena håller samma höga klass som föreskrivits på andra delar av entreprenaden och motsvarar en fackmässighet. Termen fackmässighet har betydelse för vilken standard på arbetet beställaren kan kräva av entreprenören. I termen anses även ligga ett krav på att det byggmaterial entreprenören väljer att använda skall vara ändamålsenligt.⁹⁶ I begreppsbestämningarna finns ingen definition av termen fackmässighet så termen ger upphov till individuella skönsmässiga bedömningar. För att parterna inte skall råka ut för några överraskningar är det rekommendabelt att de själva definierar termen. Det kan ligga i entreprenörens intresse att

⁹⁵ R Höök, *Entreprenadjuridik*, 1999, s 83

⁹⁶ Å Lindsö, *Juridik för byggbranschen*, 1996, s 152, se även s 153 där en skiljedom kring problemet publiceras.

friskriva sig från bestämmelsen. För att ge termen fackmässighet lite mer substans vid tolkningen kan man använda sig av det s.k. AMA-systemet.⁹⁷ AMA är framtaget av svensk byggtjänst och det finns en mängd olika handledningar inom respektive byggområde. För uppförande av hus finns t.ex. Hus AMA som i sin tur är uppdelad i olika särtryck exempelvis AMA Golv. Sistnämnda handledning innehåller då detaljerade bestämmelser om hur man t.ex. på ett tillfredsställande sätt skarvar parkettgolv. Något rättsfall från HD där part åberopat AMA har jag inte kunnat hitta men det finns två rättsfall från HovR:en där man använt sig av AMA-systemet vid bedömningen av huruvida en entreprenad utförts på ett godtagbart sätt eller inte.⁹⁸ Likt AB 92 stadgar 4§ konsumenttjänstlagen att näringsidkaren skall utföra tjänsten fackmässigt. Eftersom just denna del av konsumenttjänstlagen inte kan anses särskilt konsumentskyddande finns det anledning att i förarbetena till lagen söka efter ett klagörande av begreppet fackmässigt.⁹⁹ Avsikten med stadgandet var att skapa en generalklausul som kunde äga tillämpning på en mängd olika typer av tjänster. På så sätt ställs endast grundläggande krav på utförandet av tjänsten i definitionen. Det handlande som kan krävas är vad en normalt skicklig, kunnig och seriös arbetande fackman skulle åstadkomma inom det område som den ifrågavarande tjänsten gäller. Även denna formulering ger emellertid utrymme för skönmässiga bedömningar men en kombination mellan denna formulering och andra föreskrifter såsom AMA-systemet bör dock ge en något bättre vägledning vid en bedömning av begreppet fackmässighet.

Att märka är att det mellan de två styckena i AB 92 2:1 kan uppstå ett motsatsförhållande genom att kontraktshandlingarna inte enligt entreprenören motsvarar ett mått på fackmässighet. Enligt AB 92 1:10 bör entreprenören då utan dröjsmål underrätta beställaren om detta problem.

När man, vanligtvis sedan hela entreprenaden är färdigställd, skall konstatera om det föreligger några fel eller inte använder man sig av besiktningensinstitutet. Besiktningens syfte är således att objektivt fastställa huruvida entreprenören fullgjort sitt åtagande så som det kommit till uttryck i kontraktet. AB 92 sägs utgå från att det är besiktningen som parterna skall använda sig av för att fastställa om det föreligger ett fel i entreprenaden.¹⁰⁰ Beställaren brukar till besiktningensman utse en lämpad person men parterna kan även gemensamt utse en besiktningensman eller låta en särskild nämnd göra det enligt AB 92 7:8-10. Besiktningensmannens arbete resulterar i ett besiktningensutlåtande innehållande en mängd olika punkter enligt AB 92 7:16-22. Bland de viktigaste punkterna märks särskilt godkännandet, tidpunkten för garantitidens slut, fel som får kvarstå samt uppskattad nedsättning av entreprenadsumman vid eventuella fel. Beställaren är ansvarig för och skall se till att en skriftlig underrättelse angående felet sändes till entreprenören utan dröjsmål så snart felet uppdagats. Om skadan

⁹⁷ Allmän material- och arbetsbeskrivning

⁹⁸ HR 740920 DT 45 och HR 851014 DT 13

⁹⁹ Prop. 1984/85:110 s 157-162

¹⁰⁰ R Höök, Entreprenadjuridik, 1999, s 89

förvärrats p.g.a. sent ivägskickad eller utebliven underrättelse får beställaren stå för de ekonomiska merkostnader som kan uppstå på grund därav.

Det finns en mängd olika typer av besiktning som alla regleras i AB 92 7 kapitlet:

- Förbesiktning 7:1
- Slutbesiktning 7:2
- Garantibesiktning 7:3
- Särskild besiktning 7:4
- Efterbesiktning 7:5
- Överbesiktning 7:6

Förbesiktningens syfte är att kunna besikta under entreprenadens fortskridande. I vissa fall är möjligheten att påkalla förbesiktning av väsentlig betydelse. Så kan exempelvis vara fallet när en slutbesiktning inte kan göras vid färdigställandet utan väsentlig olägenhet. Förbesiktning har inte någon betydelse för beställarens senare rätt att påkalla fel utöver dem som noterats i besiktningsutlåtandet. Inte heller aktualiseras frågor kring garantitid och godkännande av entreprenaden av förbesiktningen. Vidare fritar naturligtvis inte en förbesiktning entreprenören från skador på ifrågavarande objekt. Förbesiktningens största förtjänst ligger i att den främst fungerar som ett komplement till den fortlöpande kontrollen.¹⁰¹ Om entreprenören på ett tidigt stadium blir varse om fel så kan han på ett enkelt sätt åtgärda felen medans tid och möjlighet föreligger.

Slutbesiktningen är den mest betydelsefulla besiktningen, bland ovanstående besiktningar, för båda parter. Slutbesiktningen skall normalt utgöra slutpunkten för kontraktstiden och godkännande av entreprenaden. Det kan emellertid under vissa förutsättningar uppstå situationer där man endast slutbesiktat en del av entreprenaden.¹⁰² Efter godkännande vid slutbesiktningen anses entreprenaden avlämnad och entreprenörens ansvar för skador på entreprenaden upphör.¹⁰³ Före avlämnandet ansvarar således entreprenören för alla fel som uppstår utom de som beställaren orsakat genom exempelvis inflyttnings- eller brukande skador. Enligt AB 92 börjar garantitiden att löpa efter slutbesiktningen. Slutbesiktningens vidare rättsverkningar är bl.a. att preskriptionstider för vite och skadestånd börjar löpa, för felen som påtalats har beställaren rättighet att innehålla skäligt belopp och underlåter entreprenören att avhjälpa felet har beställaren rätt att avhjälpa felet på egen hand på entreprenörens bekostnad.¹⁰⁴

När slutbesiktningen är avklarad börjar garantitiden, som sagt att, löpa. Om parterna inte avtalat någon annan tid går garantitiden, enligt AB 92 4:7, ut

¹⁰¹ BKK, *Entreprenadbesiktning*, 1997, s 10

¹⁰² Se bl.a. AB 92 7:30

¹⁰³ AB 92 7:15 och 5:4

¹⁰⁴ AB 5:19, 6:15 och 7:25

två år efter godkännandet av entreprenaden. Om någon slutbesiktning inte kommit till stånd räknas garantitiden från när en sådan rätteligen skulle verkställas.¹⁰⁵ Entreprenören är ansvarig för och ålagd att avhjälpa de fel som framträder under garantitiden. BKK avsåg med garantitiden införa en reklamationsfrist liknande den vi återfinner i köplagen.¹⁰⁶ Garantiåtagandet innebär att entreprenören ansvarar för fel i entreprenaden både vad gäller själva utförandet av arbetet som val av varor och material. Entreprenören svarar inte för fel som beror på felaktig projektering såsom att beställaren tillhandahållit bristande byggritningar. Fel som går att hänföra till beställarens vård av den överlämnade entreprenaden, exempelvis onormalt brukande, ansvarar entreprenören inte för. Enligt AB 92 5:7 ansvarar entreprenören *efter* garantitiden för väsentligt fel om felet beror på vårdslöshet hos entreprenören. För att entreprenören skall bli ansvarig efter garantitiden krävs vidare att felet inte märkts eller bort märkas förrän efter garantitidens utgång. Besiktningsmannen tar ofta ställning till frågan om entreprenören skall anses ansvarig för fel uppkomna efter garantitiden men frågan kan i sista hand komma att avgöras av skiljenämnd eller domstol. Ur kommentaren till AB 92 framgår att man vid en bedömning om det föreligger ett väsentligt fel bl.a. skall ta hänsyn till beställarens möjlighet att använda byggnaden eller anläggningen för avsett ändamål och om byggnaden eller anläggningen saknar s.k. kärnegenskaper.¹⁰⁷

Garantibesiktningens syfte, är som namnet antyder, att fastställa eventuella fel som visat sig föreligga under garantitiden. Företrädesvis sådana fel som inte märkts och inte heller bort märkas under slutbesiktningen. Det är inte nödvändigt för parterna att förrätta garantibesiktning men om så sker skall den verkställas innan garantitidens utgång d.v.s. senast två år efter slutbesiktning eller två år efter sådan slutbesiktning rätteligen skulle ha verkställts.¹⁰⁸

Den *särskilda besiktningen* är ett komplement till regeln om att beställaren har rätt att inom tre månader efter entreprenadtidens utgång skriftligen göra gällande fel. Om så sker skall den särskilda besiktningen fastställa om felet som beställaren låtit göra gällande är ett fel i entreprenaden enligt avtalet. Särskild besiktning brukar påkallas om felets karaktär är sådant att beställaren inte anser sig kunna invänta garantibesiktningen.¹⁰⁹

Efterbesiktningen kommer till stånd om parterna önskar för att konstatera om fastställda fel avhjälpes på ett tillfredsställande sätt. Vid efterbesiktning får inte andra nya fel antecknas om de inte härrör från arbetet med att avhjälpa de fel som efterbesiktningen avser att godkänna.

¹⁰⁵ Under vissa förutsättningar kan garantitiden förlängas se AB 92 4 kap. 8 och 9 §§

¹⁰⁶ Kommentar till AB 92 4:7

¹⁰⁷ Se mer om detta ovan under 7.2.3.1 p.5

¹⁰⁸ AB 92 4:7

¹⁰⁹ BKK, Entreprenadbesiktning, 1997, s 17

Överbesiktningen verkställs av en nämnd, AB 92 7:9, som i praktiken fungerar som en skiljenämnd. Syftet med överbesiktningen är att få de tidigare nämnda besiktningarna prövade. Överbesiktning tas i regel i bruk under endera av två förutsättningar. Det brukar ske antingen när entreprenaden inte godkänts eller när den godkänts men är behäftad men fel.¹¹⁰ Nämndens utlåtande efter överbesiktningen är inte slutgiltigt bindande utan parterna kan gå vidare och pröva tvisten i enlighet med AB 92 9 kap.

Vad beträffar besiktningens rättsverkan så stadgar AB 92 7:13 att fel som föreligger vid tiden för besiktad del av entreprenaden skall antecknas i besiktningsmannens utlåtande. Beställaren får som huvudregel inte sedan göra gällande andra fel än de som finns antecknade i utlåtandet. Undantagen är de fel som inte märkts och inte heller bort märkas vid besiktningen, s.k. dolda fel, samt de fel som beställaren skriftligen notifierat entreprenören tidigare än tre månader efter entreprenadtidens utgång.¹¹¹ Vidare kan beställaren göra gällande fel som han påtalat vid besiktningen men som besiktningsmannen, enligt utlåtandet, inte ansett utgöra fel. Utöver dessa undantag kan beställaren och entreprenören enligt AB 92 7:7 påkalla prövning av utlåtandet i enlighet med de regler som gäller för tvister i AB 92. Sammanfattningsvis kan alltså sägas att enligt AB 92 kan fel prövas i tre omgångar. Först genom vanlig besiktning, sedan genom överbesiktning och sist kan beställaren påtala fel senast tre månader efter entreprenadtidens utgång.

Besiktningsmannen har ett stort ansvar när han skall avgöra om det föreligger ett fel i entreprenaden eller ej. Om exempelvis beställaren hävdar att ett arbete ingått entreprenörens åtagande men denne hävdar motsatsen kan besiktningsmannen ibland tvingas ta ställning till tolkningsfrågor avseende parternas avtal. Besiktningsmannens utlåtande blir en form av bevismaterial som parterna kan åberopa då det gäller förekomsten av fel i entreprenörens arbete.¹¹² Besiktningen är dock inte ett exklusivt bevismedel utan kan i sista hand prövas enligt AB 92 kapitel 9. Vid en eventuell tvist är utlåtandet alltså ett bevis som kan ställas mot andra bevis såsom vittnen etc. Det åligger även besiktningsmannen att uttala sig om vem som han anser är ansvarig för ifrågavarande fel. Uttalandet är naturligtvis inte bindande utan endast vägledande. Sak samma gäller för besiktningsmannens ställningstagande i frågan om entreprenören skall anses vara ansvarig för fel som uppkommit efter garantitidens utgång.

¹¹⁰ BKK, *Entreprenadbesiktning*, 1997, s 19

¹¹¹ Vad gäller de dolda felen gäller en preskriptions tid på 10 år räknat från tiden för avlämnandet enligt NJA 1987 s 12. Enligt AB 92 5:7 ansvarar entreprenören för de fel som uppträder efter garantitiden under förutsättning att han varit vårdslös. Men i en dom av Hovrätten över Västra Sverige, T 3338/84 DT 6, som gällde dåvarande ABS 80 ansåg Hovrätten att entreprenören var ansvarig för avsaknad av s.k. kärnegenskap även om han inte var att anse som vårdslös. HD meddelade inget prövningstillstånd. Domen gällde ett konsumentinriktat standardavtal och det är tveksamt om domen blivit densamma i ett kommersiellt förhållande. Se även nedan not 129.

¹¹² BKK, *Entreprenadbesiktning*, 1997, s 27

7.2.4 Utanför AB 92

Vad är egentligen att anse som fel i entreprenadrättslig mening? Utanför AB 92:s tillämpningsområde finns, p.g.a. avsaknaden av direkt tillämplig lagstiftning, tyvärr inget entydigt svar på den frågan. Man tvingas vid varje individuell felbedömning, där inget avtalats om den aktuella situationen, konsultera en mängd olika rättskällor för att komma fram till ett svar. Resultatet kan variera från en avtalssituation till en annan. Nedan lämnas därför inget uttömmande svar på den inledande frågan utan jag pekar endast på generella principer och tar upp några grundläggande regler. Viktigt att påpeka är att en eventuell utfyllning, med en rättsregel, av det individuella avtalet måste göras i överensstämmelse med avtalets övriga lösningar.

Vid all bedömning rörande kontraktsbrott är det avtalet som utgör utgångspunkten. Ett fel föreligger således när arbetet inte motsvarar vad som avtalats mellan parterna. Även om parterna inte bifogat AB 92 kan de själva ha utarbetat omfattande regler om vad som skall anses utgöra ett fel. I dessa fall kan det ofta vara tillräckligt med en ytlig studie av avtalet för att konstatera om det föreligger, en diskrepans mellan det färdiga arbetet och vad som avtalats d.v.s., ett fel. Vanligtvis krävs det dock en mer ingående analys av avtalet där man kanske tvingas genomföra en långtgående avtalstolkning för att komma fram till vad parterna egentligen avtalat om. Vid tolkningen ser man då inte bara på vad som uttryckligen står skrivet i avtalet utan även på vad som så att säga framgår mellan raderna i kontraktet. Genom avtalstolkningen finns det vidare stora möjligheter att beakta och väga in ett eventuellt partsbruk d.v.s. vad parterna tidigare avtalat om. Om man utifrån avtalets lydelse inte kan sluta sig till hur tjänsten skall vara beskaffad får man söka vägledning med hjälp av andra normer.

Av vad som framgått ovan finns det inte något direkt hinder mot att tillämpa mer allmänt hållna principer i t.ex. köplagen analogt på entreprenadförhållanden.¹¹³ Att tillämpa köplagen analogt är synnerligen aktuellt om man dessutom kan hitta en liknade regel i någon annan lag t.ex. konsumenttjänstlagen. Där konsumenttjänstlagen och köplagen har samma principer finns det starka skäl att anta att dessa även skall tillämpas vid kommersiella förhållanden.¹¹⁴ När man rör sig inom ett sådant här relativt osäkert område är det också viktigt att man kontrollerar vad domstolspraxis stadgar. Högsta domstolens domar utgör ju en utav våra många rättskällor. Om en tvist angående ett fel varit föremål för ett uttalande från högsta domstolen eller hovrätt är det med stor sannolikhet så att en liknande tvist kommer att behandlas på samma sätt.

¹¹³ Se ovan kap. 5.5

¹¹⁴ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 85

Det finns inte heller något som hindrar en domstol från att söka efter en rättspolitisk lämplig lösning där man tar hänsyn till vad som föreskrivs i AB 92.¹¹⁵ Om det tidigare varit praxis mellan parterna att begagna sig av AB 92 ökar naturligtvis incitamenten att tillämpa standardavtalet, om inte direkt så, i alla fall analogt. AB 92 tillerkänns emellertid inte ställning som en samling allmänna rättsgrundsatser vilka utestänger dispositiva lagregler från att användas analogt.¹¹⁶

Enligt allmänna avtalsrättsliga principer skall entreprenören sköta sitt uppdrag med den omsorg som kan krävas av en fackman. Han skall med omsorg eftersträva bästa möjliga resultat.¹¹⁷ Enligt konsumenttjänstlagens 4§ skall entreprenören utföra tjänsten fackmässigt. Vidare skall han med tillbörlig omsorg tillvarata konsumentens intressen. Även AB 92 stadgar, i 2:1 2 st., ett krav på att entreprenaden skall utföras fackmässigt. Vad ett sådant krav innebär rent konkret i en specifik tvist får avgöras från fall till fall även om vissa grundläggande krav finns.¹¹⁸ När det skall avgöras om entreprenaden är behäftad med fel kan man alltså även bli tvingad att göra en abstrakt bedömning om så är nödvändigt. Ur förarbetena till konsumenttjänstlagen framgår att: ” *Entreprenören svarar gentemot sin avtalspart för att entreprenaden utförs kontraktssenligt och på ett fackmässigt och tekniskt riktigt sätt. I entreprenaden skall användas material som är lämpligt i...sammanhanget... Resultatet skall vara sådant att det håller för normal användning...och vanliga påfrestningar*”.¹¹⁹ Av detta kan man sluta sig till att om beställaren inte givit några uttryckliga föreskrifter om materialval eller sätt för utförande skall entreprenörens arbete motsvaras av vad en genomsnittlig entreprenör hade kunnat åstadkomma och materialvalet skall vara ändamålsenligt. Innan vi tittar närmare på vad köplagen stadgar kan vi så här långt sammanfattningsvis säga att entreprenören svarar för fel i: tjänstens fackmässiga utförande, använt material och entreprenadens ändamålsenlighet.

Fel i vara regleras i köplagens 17 §. Torgny Håstad har uttryckt begreppet fel i vara som ett avvikande från vad köparen har rätt att fordra i kvalitativt hänseende.¹²⁰ Man brukar normalt dela upp felen i tre olika kategorier: rådighetsfel, rättsliga fel och faktiska fel. När köparen av p.g.a. föreskrift i någon författning eller liknande inte kan utnyttja varan på det sätt han med fog kunnat förutsätta är det att anse som ett rådighetsfel. Rättsliga fel har med olika sakrättsliga spörsmål att göra. Det som normalt enbart brukar kallas fel d.v.s. något som påverkar varans fysiska skick är att hänföra till faktiska fel. Det är dessa sistnämnda fel vi skall titta lite närmare på. Första stycket, 17 § köplagen slår fast att varan skall i fråga om art, mängd, kvalitet och andra egenskaper stämma överens med vad som följer av avtalet. Vilket

¹¹⁵ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 126

¹¹⁶ Se det ovan, under 6.4.1, refererade rättsfallet NJA 1985 s 397

¹¹⁷ K Rohde Obligationsrätt, 1956, s 20

¹¹⁸ Se mer om detta begrepp ovan under 7.2.2.

¹¹⁹ SOU 1979:36 s 78

¹²⁰ T Håstad, Den nya köprätten, 1998, s 69

enbart bekräftar det vi tidigare diskuterat. Andra stycket är lite intressantare eftersom det kan karaktäriseras som andra normer att gå efter då varans, tjänstens, beskaffenhet inte kunnat fastställas med hjälp av en tolkning av avtalet. 2 st. stadgar:

” Om inte annat följer av avtalet, skall varan

1. vara ägnad för det ändamål...”

Avgörande för denna felregel är alltså varans mer allmänna ändamålsenlighet. Vilket ändamål har liknande varor? I denna ändamålsinriktade bedömning spelar inte kvaliteten någon roll.

2. vara ägnad för det särskilda ändamål för vilket varan var avsedd att användas, om säljaren...måste ha insett detta...och köparen haft rimlig anledning att förlita sig på säljaren...”

Här rör det sig om en mer subjektiv bedömning utifrån parternas avsikter och insikter i ändamålsfrågan. Det särskilda ändamål som köparen skall ha haft med varan, tjänsten, skall säljaren ha insett vid köpet.

Tredje stycket i 17 § är mest ett konstaterande men är också intressant både för den abstrakta felbedömningen och för de kvalitetskrav som kan ställas på varan:

” Om varan avviker från vad som föreskrivs i första eller andra stycket eller i något annat avseende avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta, är varan att anse som felaktig”.

Varans kvalitet avgörs genom en avtalstolkning utifrån 17 § 1st. och i andra hand utifrån köparens befogade förutsättningar enligt 17§ 3st.¹²¹ Det saknas vägledning för att bedöma när köparen haft fog att förutsätta vissa egenskaper hos varan. Syftet med tillägget i tredje stycket om köparens befogade förutsättningar är att tala om att de fel som tidigare räknats upp i paragrafen inte är uttömmande. Det överlämnades åt rättstillämpningen att avgöra när ytterligare fel kunde tänkas föreligga.¹²² Av ordalydelsen framgår att bedömningen kan grundas på typförutsättningar d.v.s. sådana förutsättningar som köpare i allmänhet under motsvarande förhållanden kan tänkas ha. Köparen behöver alltså inte vid köpet haft en subjektiv mening om hur varan borde vara beskaffad. Tredje stycket är närmast att karaktärisera som en huvudregel där köparens befogade förutsättningar i stort sett kan vara vad som helst.¹²³ Varje individuell situation får således bedömas var för sig.

Vidare stadgar köplagen i dess 18§ att fel föreligger om varan inte överensstämmer med sådana uppgifter om varans egenskaper eller

¹²¹ J Ramberg, Köplagen, 1995, s 271

¹²² Prop. 1988/89:76 s 87

¹²³ T Håstad, Den nya köprätten, 1996, s 76-77

användning som säljaren har lämnat vid marknadsföringen av varan eller annars före köpet och som kan antas ha inverkat på köpet.

Att korrekt kunna fastställa när entreprenaden är avlämnad är viktigt, för felbedömningen, eftersom det får anses vara en allmän rättsgrundsats att entreprenören bara ansvarar för de fel som förelåg vid avlämnandet och inte för fel som uppstår därefter.¹²⁴ Om parterna avtalat om ett sista datum för entreprenadens färdigställande bör avlämnandet anses ha skett vid detta datum om entreprenaden då tillfullo är utförd annars tidigast när så har skett. Enligt AB 92 är entreprenaden avlämnad efter godkänd slutbesiktning. Om parterna även utan att AB 92 tillämpar någon typ av besiktning är det lämpligt att, även i dessa fall, anse entreprenaden som överlämnad efter en sådan besiktning. I vart fall om besiktningen formellt uppfyller vissa krav: är besiktningsmannen objektivt utsedd, har båda parter haft tillfälle att vara med vid besiktningen och uttala sig om påtalade fel, har besiktningsprotokollet förts skriftligt och undertecknats av besiktningsmannen. När parterna använt sig av en besiktningsman är det vidare lämpligt att knyta likadana rättsverkningar till den besiktningen som stadgas om slutbesiktning i AB 92.¹²⁵ De rättsverkningarna har ju utarbetats under tillsyn av företrädare från båda sidor av byggnadsbranschen och torde vara allmänt godtagna. Resonemanget gäller naturligtvis enbart då det inte av avtalet går att utläsa vilka rättsverkningar parterna avsåg att besiktningen skulle få. När parterna inte använt sig av någon besiktning och inte heller avtalat om något slutdatum, får man hämta ledning från annat håll för att försöka bestämma när entreprenaden skall anses avlämnad. I köplagens 6 och 7 §§ återfinns bestämmelser om avlämnande. Eftersom 7 § närmast reglerar transportköp blir det 6 § som är aktuell. I andra meningen i första stycket stadgas att varan skall vara tillgänglig på den plats där parterna vet att avlämnandet skall ske. Vid exempelvis ett uppförande av ett hyreshus är det svårt att avlämnandet kan ske på någon annan plats. 6 § 2st. stadgar vidare att varan skall anses vara överlämnad när köparen tagit hand om den. Om man på ett sunt sätt skall använda sig av 6 § analogt på ett entreprenadförhållande så kan man tänka sig att entreprenören kontaktar beställaren en tid innan hyreshuset är uppfört för att sedan när allt är klart på plats överlämna nyckeln till porten eller liknande. När entreprenören gjort vad som kan krävas av honom för att få entreprenaden överlämnad, i regel ett par skriftliga meddelanden, bör risken för entreprenaden anses ha övergått på beställaren. Fel uppkomna efter denna tidpunkt bör beställaren vara ansvarig för.¹²⁶

När ett fel upptäcks i samband med avlämnandet är det i regel inga problem att fastställa att felet uppstått innan entreprenaden var avlämnad. Fel som av beställaren upptäcks efter avlämnandet bör omgående anmälas till

¹²⁴ Se bl.a. 13§ köplagen, 12§ konsumenttjänstlagen och AB 92 5:4

¹²⁵ Se ovan under 7.2.3.1.1 om vilka dessa är

¹²⁶ Vid bedömning av om beställarens fordran på grund av fel i entreprenad preskriberats ansågs tidpunkten för entreprenörens fullgörande vara vid överlämnandet av byggnaden till beställaren NJA 1987 s 716

entreprenören. Entreprenören ansvarar ju för fel som förelåg vid avlämnandet även om dessa visar sig först senare. Om entreprenören skall ha en rimlig chans att avhjälpa felet på frivillig väg eller vill begära att en utredning görs om från vilken tid felet härrör bör han underrättas om felet snarast. Det torde vara en allmän rättsgrundsats att beställaren skall, när han upptäcker ett fel i entreprenaden efter avlämnandet, utan dröjsmål underrätta entreprenören om felet. Utan en sådan reklamation inom rimlig tid riskerar beställaren att bli ansvarig för s.k. merkostnader d.v.s. de kostnader som en för sent framförd underrättelse orsakat entreprenören.¹²⁷

När parterna inte använt sig av besiktning eller liknande kan stora kostnader drabba entreprenören om inte beställaren vid avlämnandet åläggs någon typ av undersökningsplikt. För att förhindra att entreprenören inte ideligen skall tvingas komma tillbaka och åtgärda fel vilka på ett enkelt sätt hade kunnat åtgärdas vid ett tillfälle om beställaren bemödat sig att granska resultatet bör han åläggas en undersökningsplikt. En analogi från 20 § köplagen kan då låta sig göras. Om beställaren före avlämnandet undersökt entreprenaden eller utan godtagbar anledning underlåtit att följa entreprenörens uppmaning att genomföra en undersökning får beställaren inte heller åberopa de fel som han borde märkt vid en sådan undersökning. Detta skulle emellertid bara gälla under förutsättning att entreprenören inte handlat i ond tro eller i strid mot tro och heder.

Vad gäller garantitid kan sägas att beställaren inte kan göra gällande fel vilka visat sig efter två år från det att entreprenaden överlämnades.¹²⁸ När entreprenören genom en garanti eller liknande utfästelse åtagit sig att under en viss tid ansvara för entreprenaden gäller naturligtvis det.

7.2.5 ABS 95

ABS 95 är på många sätt likt AB 92. Vi känner bl.a. igen inledningsparagrafen som säger att omfattningen av kontraktsarbetena bestäms av kontraktshandlingarna. I kapitlet om utförande återfinner vi, i 2:1, kravet på att entreprenörens arbete skall motsvara en fackmässighet. Kravet på fackmässighet verkar dock vara något strängare i ABS 95 jämfört med AB 92. Stadgandet säger nämligen också, i likhet med konsumenttjänstlagen, att entreprenören skall ta tillvara beställarens intressen och dessutom samråda med denne i den utsträckning som är nödvändigt. Vidare säger samma paragraf att om entreprenören insett eller bort inse att av beställaren

¹²⁷ Se bl.a. AB 92 5:10 och 32 § köplagen

¹²⁸ Se bl.a. 32§ köplagen, 23§ konsumentköplagen och AB 92 4:7

tillhandahållna uppgifter är felaktiga är entreprenören skyldig att underrätta beställaren härom och samråda med denne om vilka åtgärder som bör vidtas. Sådan skyldighet föreligger alltså trots att ABS 1:2 säger att den part som tillhandahållit uppgifter etc. är ansvarig för dessa.

Som en naturlig följd av inledningsparagrafen om kontraksarbetena stadgar ABS 2:6 att fel skall anses föreligga om resultatet av entreprenörens arbete avviker från vad som avtalats i fråga om konstruktion, utförande eller annat sätt. Vidare skall det enligt samma paragraf anses föreligga fel om entreprenörens arbete inte motsvarar ett fackmässigt utförande även om detta beror på en olyckshändelse. Till sist skall det även anses som fel om entreprenören underlåtit att utföra sådana ändringar och tilläggsarbeten som var tvungna att genomföras för att undvika att skada drabbas beställaren. Sådan underlåtenhet utgör fel oavsett om beställarens anvisningar kunnat inhämtas eller ej. I kommentaren till ABS 2:6 sägs att: *"Alla delar kan inte förväntas vara i sådant skick att de kan godtas av beställaren redan vid mottagandet. Vissa delar måste i ett senare skede...åtgärdas i något avseende t.ex. trimmas in...eller kompletteras, innan de kan anses godtagbara.* I denna kommentar syns tydligt den speciella hänsyn man är beredd att visa konsumenterna. Det verkar enligt kommentaren som att konsumenten först kan godkänna materialet när entreprenören frågar honom för att sedan ångra sig när materialet kommit på plats.

Risken för skada hänger ihop med tidpunkten för avlämnandet. Entreprenören ansvarar för skada, enligt ABS 95 5:4, på ej avlämnad del av entreprenaden om det inte beror på förhållanden på beställarens sida. Entreprenaden anses avlämnad efter godkänd slutbesiktning därefter tillämpas reglerna om garantitid.

Garantitiden omfattar två år om annan längre tid inte avtalats. Garantitiden räknas från den tidpunkt då entreprenaden avlämnas efter godkänd slutbesiktning. Entreprenören ansvarar som vanligt för de fel som uppträder under garantitiden och som ej noterats vid slutbesiktningen. Likt AB 92 ansvarar entreprenören även för väsentligt fel som uppträder efter garantitiden om felet beror på vårdslöshet av honom.¹²⁹ Garantiansvaret omfattar inte skada som beror på olyckshändelse, vanvård eller onormalt brukande med det är entreprenören som skall visa att felet berott på just detta. Entreprenörens ansvar upphör efter garantitidens utgång oavsett om garantibesiktning genomförts eller ej. Garantibesiktningen har å andra sidan inte någon direkt avklippande verkan eftersom beställaren ändå kan göra gällande fel som framträtt efter garantitidens utgång under förutsättning att felet är väsentliga och att vårdslöshet föreligger.

¹²⁹ Enligt en dom från Hovrätten över Västra Sverige, T 3338/84 DT 6, som gällde dåvarande ABS 80 fastslogs att entreprenören var ansvarig för avsaknad av s.k. kärnegenskap oavsett hur vårdslös han varit. Felen utgjordes av brister i dränering och isolering samt avsaknad av luftspalt varigenom fukt- och mögelskador uppkommit.

Alla de olika besiktningstyper som finns i AB 92 återfinns vi i huvudsakligen samma form även i ABS 95. Ytterligare en genomgång av dem skulle endast bli en upprepning varför det i besiktningssavseende hänvisas till kapitel 7.2.3.1.1. Här skall endast några utav de skillnader som, trots allt, föreligger lyftas fram. En mängd regler som stadgar att annat gäller om parterna så avtalat har tagits bort i ABS 95. I ingressen sägs också att överenskommelser vid sidan av standardavtalet inte får rubba balansen i avtalet mellan parterna. Till de större skillnaderna, mellan AB 92 och ABS 95, kan hänföras att det i ABS 95 inte finns någon regel som säger att om efterbesiktning inte kommer till stånd p.g.a. beställarens underlåtenhet så skall de fel som besiktningen avsåg anses som avhjälpna.¹³⁰ En annan stor skillnad är att slutbesiktningen, i vad avser godkännande, inte skall gälla mellan parterna om besiktningssmannen godkänner entreprenaden trots att det föreligger mer än ett i begränsat avseende antal fel.¹³¹ Vidare ställs det högre krav på besiktningssmannens iakttagande och förhållande till entreprenaden i ABS 95. I övrigt är det, i ABS 95, ett mindre antal skriftlighetskrav- och tidsbestämmelser som skiljer sig åt från AB 92 till beställarens förmån.¹³² Nämnas skall också att ABS 95 skiljer sig åt från AB 92 på det sättet att det förstnämnda vid tvist, exempelvis när part inte är nöjd med utlåtande från besiktning, hänvisar till allmän domstol istället för skiljedomstol.

Entreprenören är på samma sätt som i AB 92 skyldig och har rätt till att utan kostnad för beställaren avhjälpa i besiktningssutlåtandet antecknade fel. Entreprenören är dock inte tvungen att avhjälpa fel som inte påverkar entreprenadens bestånd etc. om det kan anses som oskäligt med hänsyn till avhjälpandekostnader.¹³³ Efter det att entreprenaden avlämnats har beställaren naturligtvis ett krav på sig att inom skälig tid underrätta entreprenören då fel upptäckts med risk för att han annars får stå för de merkostnader som följer av ett för sent underrättande.

7.2.6 Utanför ABS 95

Till skillnad mot vad som gäller i ett rent kommersiellt förhållande så finns det i avsaknad av standardavtal, som framgått ovan, en direkt tillämplig lag när den ena parten är konsument.

Konsumenttjänstlagen skall tillämpas, enligt dess 1 §, när det gäller arbete på fast egendom, på byggnader eller andra anläggningar på mark eller i vatten. Vidare skall det röra tjänster, entreprenader, som en näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet utför åt konsumenterna huvudsakligen för enskilt

¹³⁰ Jfr AB 92 7:5

¹³¹ ABS 95 7:12

¹³² Bl.a. tar man i 7:11 hänsyn till om beställaren blivit plötsligt sjuk eller liknande under tremånadersfristen. I sådana fall kan tiden förlängas med skälig längd.

¹³³ ABS 7:17

ändamål. Lagen är tvingande till konsumentens förmån dock inte vid byggande där konsumenten tillförsäkrats ett sådant garanti-, försäkrings-, och avtalsskydd, som ställs som villkor för statlig bostadsfinansiering. Då tillämpas istället ABS 95. Lagen äger främst sin tillämpning på uppförande av småhus d.v.s. samma tillämpningsområde som ABS 95. Vid flerfamiljs- och större hus är beställaren ofta att anse som näringsidkare varför lagen då inte blir tillämplig.

Enligt förarbetena till konsumenttjänstlagen var avsikten med bestämmningen av kraven på näringsidkarens prestation att de skulle utformas relativt allmänt eftersom de tjänster som skulle aktualisera en tillämpning av lagen skulle vara av helt olika karaktär. Utformningen resulterade då i en form av generalklausul där endast vissa grundläggande krav togs upp.¹³⁴ I generalklausulen, 4 § konsumenttjänstlagen, finner vi bl.a., det numera välbekanta, stadgandet om att entreprenören skall utföra tjänsten fackmässigt. Detta grundläggande krav på tjänstens beskaffenhet har stor betydelse när man skall avgöra om tjänsten är felaktig eller ej. Då regeln om fackmässighet är tvingande kan entreprenören inte göra gällande friskrivningar mot bestämmelsen. Att bestämmelsen är tvingande utesluter emellertid inte att parterna kan avtala om det sätt på vilket arbetet bör utföras.¹³⁵ I 4§ sägs också, i likhet med ABS 95, att näringsidkaren skall med tillbörlig omsorg ta tillvara konsumentens intressen och samråda med denne i den utsträckning som behövs. Vidare framgår det att parterna kan avtala om vem som skall tillhandahålla materialet samt vilken kvalitet materialet skall ha. Om inget avtalats är det entreprenören som skall tillhandahålla materialet. Saknas kvalitetsangivelse skall materialet vara av god beskaffenhet. Här skiljer sig konsumenttjänstlagen från AB 92 2:1 där materialet eller arbetet vid avsaknad av bestämd kvalitet ska bestå av eller utföras i klass med kontraktarbetena i övrigt. Entreprenörens möjlighet att missbruka sin ställning vid valet av material minskas också av bestämmelsen om att denne skall tillvarata konsumentens intressen.

Enligt 9 § konsumenttjänstlagen är en tjänst felaktig om resultatet av tjänsten avviker från vad konsumenten har rätt att begära med hänsyn till de krav som stadgas i 4 §, se stycket ovan, även om felet beror på en olyckshändelse eller liknande omständighet. En tjänst är vidare att anse som felaktig om den enligt samma paragraf avviker från vissa säkerhetsföreskrifter eller från vad parterna särskilt har avtalat. 9§ stadgar slutligen också att ett fel föreligger om tjänsten utförts i strid mot ett förbud enligt 4§ marknadsföringslagen, 6§ produktsäkerhetslagen eller om näringsidkaren inte har utfört ett sådant tilläggsarbete som han enligt konsumenttjänstlagen är skyldig att göra.¹³⁶

¹³⁴ Prop. 1984/85:110 s 157-162

¹³⁵ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 94. 36§ avtalslagen kan dock användas för att jämka ett oskäligt avtal.

¹³⁶ Se 8§ konsumenttjänstlagen om när tilläggsarbete skall ske.

Liksom annars blir i första hand avtalets innehåll avgörande för vad som är att anse som fel med den skillnaden att oavsett vad som avtalats så föreligger ett fel i entreprenaden när lagen stadgar så. I 9 § 3p. konsumenttjänstlagen används uttrycket ”*eller vad som därutöver får anses avtalat*”. När arbetet avviker från avtalet är det således som vanligt att anse som fel. Men det kan även vara fel om entreprenören utför något som inte är avtalat. Om exempelvis ett badrum skall renoveras så att det blir funktionsdugligt innebär det inte att entreprenören också skall måla om taket. Vid tjänster torde oftare än vid köp inträffa att man av syftet med tjänsten kan sluta sig till vad som bör göras.¹³⁷ Till tolkningen av vad som har att göra med avtalet i mer vidsträckt bemärkelse hör också 10§ konsumenttjänstlagen. Tjänsten skall, enligt 10§, anses felaktig om resultatet avviker från sådana uppgifter av betydelse för bedömningen av tjänstens beskaffenhet eller ändamålsenlighet som kan antas ha inverkat på avtalet och som i samband med avtalets ingående eller annars vid marknadsföring har lämnats av entreprenören eller vissa andra.¹³⁸

Vad gäller frågan om vilken tidpunkt som är avgörande för bedömningen om huruvida entreprenaden är felaktig eller ej regleras detta i 12 och 13§§ konsumenttjänstlagen. Om tjänsten är felaktig skall bedömas med hänsyn till den tidpunkt då uppdraget avslutades. Entreprenören står risken för tjänsten tills arbetet är avslutat. Om tjänsten avser en sak som har överlämnats till näringsidkaren är uppdraget avslutat när saken åter kommit i konsumentens besittning. Det framgår inte av lagen vad som skall gälla i andra fall än det nyss nämnda. Av förarbetena framgår emellertid att i övriga fall får uppdraget anses avslutat när konsumenten blivit underrättad om att entreprenören anser sig ha slutfört uppdraget d.v.s. när han utfört avtalat arbete och uppfyllt övriga förpliktelser som kan tänkas sammanhålla med arbetet.¹³⁹ Av uttrycket framgår inte bara att entreprenören skall slutföra arbetet utan han skall även meddela beställaren detta. Vid bedömningen av om arbetet är slutfört är det inte endast en subjektiv bedömning som är avgörande utan arbetet måste verkligen, även objektivt, vara slutfört. Vid en sådan bedömning får man luta sig mot avtalet eller i andra hand vad som är brukligt i motsvarande förhållanden.¹⁴⁰ Om entreprenaden inte kan avslutas p.g.a. något förhållande på beställarens sida så anses entreprenaden avslutad när den annars skulle ha kunnat avslutas.

Någon obligatorisk besiktning föreskrivs inte i konsumenttjänstlagen men om parterna avtalat om att en sådan skall utföras sedan entreprenaden är färdigställd bör arbetet inte anses avslutat förrän besiktningen är genomförd. Det eventuella besiktningsutlåtandet utgör då ett bevismedel bland andra i

¹³⁷ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 93

¹³⁸ Se närmare i paragrafen om detaljerna.

¹³⁹ Prop. 1984/85:110 s 203

¹⁴⁰ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 92

en tvist om det föreligger ett fel eller ej. Angående besiktningar i övrigt hänvisas till det som sagts ovan, särskilt under 7.2.4.1.¹⁴¹

Om resultatet försämras sedan entreprenaden är avslutad skall tjänsten anses felaktig om försämringen är en följd av att näringsidkaren har åsidosatt vad som ålegat honom enligt avtalet eller enligt konsumenttjänstlagen.

Vid tjänster och entreprenader är det vanligt att näringsidkaren lämnar någon typ av garanti för sitt arbete. De enda garantier som numera är tillåtna enligt konsumenttjänstlagen är s.k. funktionsgarantier. I 14 § stadgas att om entreprenören genom garanti eller liknande utfästelse åtagit sig ett ansvar för tjänstens resultat och detta försämras under den angivna tiden efter överlämnandet till konsumenten skall tjänsten anses vara felaktig. Detta gäller dock inte om entreprenören kan visa att felet beror på något förhållande på beställarens sida såsom onormalt brukande etc. Entreprenören kan naturligtvis ge mer långtgående funktionsgarantier än vad som stadgas i konsumenttjänstlagen.

För att konsumenten skall kunna göra gällande fel måste han underrätta entreprenören inom skälig tid från det att han upptäckt felet eller bort upptäcka felet. Av ordalydelsen framgår att konsumenten ålagts en viss undersökningsplikt eftersom reklamationstiden börjar löpa från det att han borde upptäckt felet. För arbeten på mark, byggnader eller andra anläggningar föreskrivs i 17 § en yttersta reklamationstid på tio år. För andra arbeten är tiden två år.

Liksom annars har entreprenören en skyldighet och en rättighet att avhjälpa de fel som han anser sig svara för. Som vanligt görs ett undantag för avhjälpan av de fel som skulle orsaka entreprenören oskäligt stora kostnader i förhållande till felets betydelse för konsumenten.¹⁴²

¹⁴¹ I en tvist angående en besiktningss rättsverkningar torde det ligga närmast till hands att analogisera från det konsumentinriktade standardavtalet ABS 95.

¹⁴² Se närmare 20§ konsumenttjänstlagen

8 Förhållandet mellan fel och skada

8.1 Allmänt

Det är svårt att hitta någon egentlig definition på begreppet skada och på så sätt skilja det från begreppet fel. I vanligt språkbruk syftar man med skada vanligtvis på en fysisk defekt hos antingen en människa eller ett föremål. I juridiska sammanhang används termen huvudsakligen vid tillfällen som rör ekonomisk ersättning. Vanligtvis är att en skada uppstått mest ett konstaterande och istället ägnas uppmärksamheten åt att beräkna den eventuella ersättningen som skall utgå.

En skada kan i den allra vidaste bemärkelsen beskrivas som en effekt vilken är ogynnsam för objektet ur en objektiv värderingssynpunkt. Emellertid saknas det inom den rättsvetenskapliga litteraturen en diskussion kring definitionen av begreppet skada och dess relation till fel. De försök till definition av begreppet skada som trots allt gjorts i litteraturen leder snarast till ett cirkelresonemang som endast ger upphov till nya svårdefinierbara begrepp. Det närmaste en definition man kommit är den s.k. differensläran med även den har sina begränsningar. Differensen framgår av en jämförelse mellan två olika händelseförlopp dels det faktiska och dels det hypotetiska.¹⁴³ Differensen kan bestå av ett konkret faktum eller en ekonomisk effekt. Skadesituationen kan delas upp i två moment. Det inledande skadefaktumet kan kallas realskada och det senare momentet följdskada eller medelbar skada. Man kan särskilja begreppen åt genom att tänka sig att följdskadorna är sådana skador som den skadelidande genom sitt handlande kan begränsa på olika sätt.

Det har hävdats att det är meningslöst att tala om skada i rättslig mening såsom något definierbart oberoende av skadeståndet eftersom den egendom som i grunden går förlorad är del i en persons förmögenhet och därav är ersättningsreglerna en väsentlig del.¹⁴⁴ I skadeståndsrätten definieras skadestånd som en civilrättslig kompensation för liden skada men det görs ingen avgränsning mot fel. Man delar bl.a. upp skadorna i ekonomiska och ideella sådana. Med *ideella skador* avses ungefär att den skadelidande drabbas av obehag eller får men för framtiden och liknande. *Ekonomisk skada* betyder att någon drabbas av en ekonomisk förlust. Vidare skiljer skadeståndslagen på tre andra typer av skador: *ren förmögenhetsskada* är ekonomiska skador som uppkommer utan samband med att någon lider person eller sakskada vilka försäkringsbolagen regelmässigt undantar från

¹⁴³ U Persson, Skada och värde, 1953, s 16

¹⁴⁴ U Persson, Skada och värde, 1953, s 7

sådana skador som ersätts, *personskada* och *sakskada* d.v.s. fysiska skador på fast egendom och lösa föremål.

Vad gäller skadestånd för fel görs även i köplagen en uppdelning i olika typer av skador. I 67 § köplagen om skadeståndets omfattning görs åtskillnad mellan *indirekta* och *direkta skador*. I köplagens mening jämställs således skada med ekonomisk förlust.¹⁴⁵ Vi ser dock att uppdelningen på olika skador inte för oss närmare en definition på begreppet skada och då inte heller en distinktion mellan fel och skada.

Om vi bortser från försök att exakt definiera begreppet skada kan vi på pragmatisk väg försöka skilja begreppen åt och på så sätt fastställa deras inbördes förhållande. Fel kan då sägas vara den initiala orsaken till skadan vilket kan grunda sig i ett felaktigt utförande eller ett felaktigt material. Skadorna innefattar således alla uppkomna defekter med undantaget av felet som sådant som dock ibland också kan utgöra en del av skadan. Vid en identifikation av felet eftersöks alltså den primära orsaken till skadan. Skada är alltså då, i pragmatisk mening, i normalfallet något som uppstått p.g.a. av fel. Fel är något som först måste föreligga innan en skada kan uppkomma p.g.a. felet.

Om fel kan man säga att de kan orsaka sak, person och förmögenhetsskada. Om en hiss felinstalleras i ett hyreshus är det en sakskada om hissen skrapar mot trumman och personskada om någon människa skadas av felinstallationen samt en ren förmögenhetsskada om inget händer av det som tidigare nämnts men beställaren gör en ekonomisk förlust när inflyttningen och därmed hyresintäkterna försenas. Att fel oftast orsakar ekonomiska förluster framgår tydligt av exemplet men även ideella skador kan orsakas av fel. Om exempelvis en person fastnar i den felinstallerade hissen och upplever starkt obehag eller får psykiska besvär är det att anse som en ideell skada. Om alla dessa fel låter sig ersättas av p.g.a. entreprenörens ansvarighet är en annan fråga som inte skall utredas här.

Det är viktigt att få skadeorsaken ordentligt utredd eftersom entreprenören utan vidare svarar för skador som uppstått p.g.a. fel, se nedan 8.2. Kan entreprenören bli ansvarig för skada som drabbat beställaren även om det inte förelegat något fel i entreprenaden? Ja, entreprenören kan bli ansvarig sedan en skada konstaterats trots att det inte förelegat något fel. Uppmärksamheten koncentreras då istället på om entreprenören varit vårdslös eller begått något kontraktsbrott. Efter denna bedömning kan man visserligen säga att entreprenören handlat felaktigt men det är något annat än att det förelegat ett juridiskt fel i entreprenaden.

Att fel oftast medför en skada av ett eller annat slag är inte så mycket att orda om men måste ett fel nödvändigtvis leda till en skada? Nej, ett fel är inte liktydigt med en skada men en skada är vanligen att karaktärisera som

¹⁴⁵ Se närmare i paragrafen om vad som är att anse som indirekt respektive direkt förlust.

ett fel i entreprenadrättslig mening. Om en vägg målas grön istället för röd som avtalet stadgar föreligger det visserligen ett fel men knappast en ekonomisk förlust, skada, för beställaren. Entreprenören måste ändå, för att inte bli ersättningskyldig för en ommålning, själv måla om väggen i enlighet med avtalet. Nästa fråga blir då om entreprenören kan få ut någon ersättning för sitt misstag som medförde att han tvingades måla väggen två gånger. Då kommer vi in på försäkringarnas område där gränsdragningen mellan fel och skada är inte minst viktigt. Behovet av försäkringar inom entreprenadrätten är stort eftersom en entreprenad ofta rör stora värden. Det försäkringsrättsliga skadebegreppet grundar sig på att det försäkrade intresset värde minskar eller går förlorat. Enligt 35§ försäkringsavtalslagen skall förlusten kunna åsättas ett ekonomiskt värde. Försäkringsbolagen använder sig av olika typer av undantag för att fastställa för vad ersättning skall utgå. Normalt utgår ingen ersättning för felaktigt arbete och material men ersättning utgår för skador till följd av detta. Enligt Skandias allriskförsäkring¹⁴⁶ lämnas ersättning för oförutsedd fysisk skada på eller förlust av försäkrad egendom, d.v.s. entreprenaden, befintlig egendom och hjälpmedel. Undantagna är de kostnader som uppkommer för att åtgärda: felaktigt material, felaktigt eller bristfälligt arbete, felaktig konstruktion, felaktighet eller brist i beräkningar, ritningar etc. Undantaget avser dock endast sådana kostnader som skulle ha uppkommit om felaktigheten eller bristen hade åtgärdats omedelbart före skadans uppkomst. Det är detta sista påpekande som skiljer felen från följdskadorna.¹⁴⁷ Avgränsningen mellan fel och följdskada är helt och hållet en försäkringsteknisk konstruktion. Att undantag görs för felaktigt arbete och felaktigt material beror på att försäkringsbolagen inte vill erbjuda ett skydd mot skador uppkomna till följd av bristande yrkesskicklighet.¹⁴⁸

Givetvis finns det inget som hindrar parterna från att själva definiera de två begreppen då avtalsfrihet råder. Tvärtom skulle detta vara att föredra men det torde endast vara något som sker mycket sällan.

8.2 AB 92 och ABS 95

I varken AB 92 eller ABS 95:s begreppsbestämningar omnämns varken skada eller det närliggande begreppet skadestånd. Det finns inte heller någon enkel lösning för när skadestånd skall utgå vilket beror på att olika lösningar ges beroende på i vilken situation skadan inträffat. Begreppet skada hittar vi på lite olika ställen i avtalet.

Under entreprenadtiden behövs ingen gränsdragning mellan skada och fel ur juridisk synvinkel. Skada på entreprenaden sammanfaller med fel i entreprenaden eftersom entreprenören är skyldig att avlämna entreprenaden i avtalsenligt skick d.v.s. utan varken skador eller fel. Under entreprenadtiden

¹⁴⁶ Skandia Allrisk K 703:4

¹⁴⁷ Villkoren är hämtade från Skandia och kan skilja sig från andra bolags villkor.

¹⁴⁸ T Ramquist, Avgränsning mellan fel och följdskada, 1998, s 18

svarar entreprenören, enligt AB 92 5:4 för alla uppkomna skador på ej avlämnad del av entreprenaden.

AB 92 och ABS 95 stadgar i 5:8 att: *”Om entreprenören är ansvarig för fel ansvarar han också för skada på entreprenaden på grund av fel”*. Det är denna typ av skada som brukar benämnas följskada d.v.s. skada på grund av fel. Ansvaret aktualiseras inte sällan efter avlämnandet och ansvaret för uppkomna skador p.g.a. fel är obegränsat. Ansvaret är strikt eftersom det endast krävs att fel föreligger för att entreprenören skall bli ansvarig. Det får anses ligga i sakens natur att om entreprenören inte ansvarar för felet så är han inte heller ansvarig för skadan därigenom.¹⁴⁹

Enligt AB 92 5:14 skall part ersätta motparten skada som inte skall ersättas enligt de andra bestämmelserna i femte kapitlet. De andra bestämmelser regeln syftar på är skador som beror på bestämda orsaker. De angivna orsakerna utgör dock inte en fullständig uppräknning av alla skador som enligt skadeståndsrättsliga principer bör ge upphov till ansvar. Man har då kompletterat regelsystemet med en bestämmelse som säger att part generellt är skadeståndsskyldig om han orsakar den andra parten skada genom vårdslöshet eller försummelse och som inte skall ersättas enligt de andra reglerna. Samma bestämmelse återfinns i ABS 95 5:10.

¹⁴⁹ A Lindahl m.fl., Entreprenad AB 92, 1994, s 152

9 Förhållandet mellan fel och dröjsmål

9.1 Allmänt

Även i detta kapitel kommer förhållandet mellan begreppen främst att diskuteras ur en pragmatisk synvinkel varför en hel del utrymme kommer att ägnas åt lagstiftning. Tyngdpunkten ligger på köplagen och dess generella tillämpning.¹⁵⁰

Frågan om ett kontraktsbrott är att anse som fel eller dröjsmål har egentligen ingen praktisk betydelse så länge påföljderna, rättsverkningarna, för de två kontraktsbrotten är desamma. I regel torde påföljderna i stort vara desamma. För den intresserade hänvisas till ett detaljerat studium av respektive regel/påföljd. En sådan undersökning skulle i denna uppsats bära för långt. Det räcker med att poängtera den genomgående reklamationskyldighet som åligger beställaren vid fel för att här motivera en diskussion om begreppens förhållande till varandra.

För att avgöra om det föreligger ett dröjsmål får man liksom vid felbedömningen konsultera avtalet för att ta reda på om den avtalade tiden för avlämnandet överskridits. Om det uppstår ett dröjsmål, d.v.s. en försening i avlämnandet av entreprenaden enligt vad som avtalats, är inte det egentligen att anse som ett fel i entreprenaden? I normalt språkbruk torde så vara fallet men inom juridiken dras gränsen mellan fel och dröjsmål vid avlämnandet.¹⁵¹

Entreprenören kan under dröjsmålstiden säkerställa entreprenadens avtalsenlighet i felavseende eftersom beställaren inte kan göra gällande fel i entreprenaden förrän dröjsmålet övergått till ett felansvar. När entreprenaden avlämnats och risken för skada på densamma övergått på beställaren kan då inte beställaren som en naturlig följd av ovanstående inte göra gällande fortsatt dröjsmålsansvar utan får hålla sig till felansvaret. Det är inte så att säljarens dröjsmålsansvar kvarstår tills entreprenaden blivit fullt avtalsenlig utan riskövergången sker redan med avlämnandet oberoende av om entreprenaden är i avtalsenligt skick eller ej.¹⁵² Om parterna däremot avtalat om att besiktning skall utföras, där beställaren eller någon annan först skall godkänna entreprenaden, innan den skall anses överlämnad bör beställaren kunna använda sig av dröjsmålsreglerna.

¹⁵⁰ Se ovan om möjligheterna att tillämpa köplagen

¹⁵¹ 21§ köplagen och J Ramberg, Köplagen, 1995, s 299. När parterna avtalat om slutbesiktning bör vid en godkänd sådan entreprenaden vara att anse som avlämnad.

¹⁵² 21§ köplagen och J Ramberg, Köplagen, 1995, s 299

Vad gäller konsumenttjänstlagen är skillnader i praktiskt hänseende främst att hänföra till påföljderna av de olika kontraktsbrotten. Även om man kan urskilja en del likheter i systemet av påföljder mellan de olika begreppen finns det också betydande skillnader.¹⁵³ Vid exempelvis hävning kan fel vanligen först konstateras när entreprenaden är avslutad varför den faktiska regleringen blir en annan. Även när de formella förutsättningarna för påföljder är likadana kan de praktiska olikheterna mellan fel och dröjsmål medföra skillnader.¹⁵⁴

En intressant bestämmelse i köplagen är 43 § om partiellt avtalsbrott. Bestämmelsen pekar klart och tydligt på vikten av att definiera fel och dröjsmål ur påföljdssynvinkel. När det är meningen att en entreprenad skall avlämnas i ett sammanhang kan det inträffa att en del av entreprenaden är försenad respektive felaktig. I sådana fall skall bestämmelserna om ifrågasvarande avtalsbrott tillämpas på respektive del. Bestämmelsen förutsätter dock att det överhuvudtaget går att dela upp entreprenaden. En uppdelning kan inte ske om de olika delarna i en entreprenad har ett sådant funktionellt samband att entreprenaden inte kan utnyttjas för avsett ändamål om inte hela arbetet överlämnas samtidigt.¹⁵⁵ Bestämmelsen innebär att påföljderna som gäller för fel endast kan användas på den del av entreprenaden som avlämnats och dessutom är behäftad med fel. Den del som ännu inte är avlämnad regleras enligt bestämmelserna om dröjsmål. Om parterna uttryckligen avtalat om att hela entreprenaden skall avlämnas i ett sammanhang och inte vid olika tidpunkter föreligger ett dröjsmål på hela entreprenaden även på de delar som avlämnats. På så sätt kan dröjsmålsreglerna indirekt komma att gälla för de eventuellt felaktiga redan avlämnade delarna.

För att den ovan omtalade 43§ i köplagen 1 st. skall bli tillämplig förutsätts att avtalsbrottet kan hänföras endast till en del av- och inte hela entreprenaden. Om ”*det kan antas*” att entreprenören anser sig ha överlämnat hela entreprenaden föreligger inte, enligt 43§ 2 st., ett partiellt avtalsbrott utan i stället en brist i entreprenaden d.v.s. ett fel. Det är av betydelse att beställaren får reda på vad som gäller eftersom han enligt felreglerna inom en viss tid måste reklamera felet hos entreprenören. För att fastställa vad som kan antas är det inte entreprenörens uppgifter i efterhand som skall tillmätas avgörande betydelse. Istället bör bedömningen utgå från hur situationen kunde uppfattas vid tidpunkten för entreprenadens avlämnande och vad omständigheterna kan ge vid handen.¹⁵⁶ Vidare har kvalitetsavvikelsens storlek betydelse. Ju större avvikelsen är desto starkare skäl krävs för antagandet att entreprenören verkligen haft för avsikt att fullgöra avtalet med den entreprenad som föreligger.¹⁵⁷ Bedömningen skall utgå från en objektiv synvinkel och inte från vad subjektiv sådan. I en mer

¹⁵³ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 108

¹⁵⁴ J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 108

¹⁵⁵ J Ramberg, Köplagen, 1995, s 460

¹⁵⁶ J Ramberg, Köplagen, 1995, s 465

¹⁵⁷ T Almén, Om köp och byte av lös egendom, 1960, s 44

omfattande entreprenad där arbetena i regel klart framgår av kontraktshandlingarna torde det inte vara några problem att fastställa huruvida entreprenören varit medveten om att han endast fullgjort en del av sitt åtagande.

I litteraturen har det sagts att det är vanligt förekommande i entreprenadkontrakt att man stadgar att det är besiktningsmannen som skall avgöra om skadestånd för dröjsmål skall utgå eller om entreprenören skall avhjälpa felet.¹⁵⁸ Då det är vanligt med dröjsmålsvite i entreprenadkontrakt är det viktigt att man klargör när dröjsmålet skall anses sluta. En rimlig tolkning är då att dröjsmålstvitet fortlöper tills dess entreprenören gör gällande att fullgörande inte kommer att ske. Vitet syftar ju normalt på försenad fullgörande och inte på utebliven fullgörande. Entreprenörens ansvar för icke-fullgörande kvarstår ju normalt.¹⁵⁹

9.2 AB 92 och ABS 95

I AB 92 och ABS 95 regleras tiderna i kapitel fyra. Det stadgas i 4:2 att kontraktarbetena skall vara färdigställda och tillgängliga vid kontraktstidens utgång. Med färdigställd menas att entreprenaden skall vara så iordningställd så att den kan godkännas vid en slutbesiktning. Den avtalade tiden bygger på en avtalad mängd arbete och om arbetet utökas med tilläggsarbeten eller liknande skall kontraktstiden utökas i motsvarande mån. Om någon tid inte avtalats skall entreprenören ha rätt till rimlig tid för entreprenörens utförande.¹⁶⁰ Vidare har entreprenören rätt till förlängning av kontraktstiden under vissa förutsättningar vilka han inte kunnat råda över.¹⁶¹

Om entreprenören inte kan anmäla entreprenaden färdig för slutbesiktning vid den avtalade tiden och genom besiktningen erhålla ett godkännande är entreprenaden i dröjsmål. Vid slutbesiktningen skall entreprenaden, enligt AB 92 7:14¹⁶², godkännas och därmed anses överlämnad om fel inte föreligger i mer än begränsad omfattning. Om fel föreligger som inte är av mindre betydelse kan entreprenaden inte godkännas och entreprenaden hamnar i dröjsmål. Slutbesiktning skall verkställas vid kontraktstidens utgång eller, om entreprenaden färdigställts senare, omgående efter det att entreprenaden anmälts vara färdigställd.

Enligt AB 92 5:1 skall ett vite utges för varje påbörjad vecka varmed entreprenören överskrider kontraktstiden. Beloppet på vitet råder parterna över själva. I ABS 95 återfinns samma villkor men med tillägget att om parterna inte avtalat om något vite skall beställaren ha rätt till skadestånd något som även torde gälla för motsatt situation i kommersiella

¹⁵⁸ P Traung, Fel och dröjsmål vid kommersiella tillverkingsavtal, 1986, s 82

¹⁵⁹ L Olsen, Ersättningsklausuler, 1993, s 160

¹⁶⁰ Lindahl m.fl, Entreprenad, 1994, s 111

¹⁶¹ Se närmare AB 92 4:3 och ABS 4:2 för vilka dessa omständigheter är

¹⁶² ABS 95 7:12

förhållanden. Beställaren har då rätt till ersättning för den skada förseningen vållat honom. Det är således i entreprenörens intresse att i avtalet få fastställt ett skäligt vite.¹⁶³

I AB 92 och ABS 95 är förhållandet mellan dröjsmål och fel ganska okomplicerat. Helt avgörande för om det skall uppstå ett dröjsmål är antalet eller betydelsen av de fel som finns vid slutbesiktningen.

Även i AB 92 finns en regel som tillåter att man delar upp entreprenaden i olika huvuddelar varpå de olika huvuddelarna regleras var för sig. En del av entreprenaden kan således hamna i dröjsmål medan en annan del blir färdigställd innan kontraktstiden gått ut. För att bestämmelsen skall kunna tillämpas krävs dock, utöver ett uttryckligt uppdelande, att parterna fastställt specifika färdigställandetider och viten för varje enskild del.

¹⁶³ S Hedberg, Kommentrar till AB 92, 1995, s 80.

10 Avslutande kommentarer

Vad gäller felbedömningen kan sägas att det först är väldigt viktigt att fastställa vilken typ av avtal som parterna ingått. Om exempelvis entreprenören även åtagit sig projekteringen har han ett funktionsansvar till skillnad mot vad som gäller om han endast genomför arbetet efter de ritningar som beställaren tillhandahållit då han "bara" har ett utförandeansvar. Utförandeansvaret innebär att entreprenören endast svarar för att byggnaden uppförs i enlighet med de ritningar som beställaren har tillhandahållit. Vidare är det viktigt att fastställa vid vilken tidpunkt felet framträder. För AB 92 och även för andra regler är felets framträdande av väsentlig betydelse. AB 92 delar ju som bekant bl.a. upp felet i de som uppträtt samt påtalats före och efter garantitiden. Till sist skall vid felbedömningen hänsyn tas till besiktningen. Det är av största vikt om slutbesiktning genomförts eller ej. Det är vid slutbesiktningen som entreprenaden anses överlämnad och innan dess är entreprenören utan vidare ansvarig för alla fel och skador.

Fel kan enligt AB 92 prövas i tre omgångar. Först genom vanlig besiktning, sedan genom överbesiktning och sist kan beställaren påtala fel senast tre månader efter entreprenadtidens utgång. Det kan tyckas besynnerligt att beställaren inte får återropa de fel som varit dolda efter tremånadersfristen. Ponera att entreprenören medvetet underlåtit att utföra ett visst arbete vilket varken besiktningsmannen eller beställaren uppmärksammar under slutbesiktningen. Om då felet är av den karaktären att det bort märkas under besiktningen och inte är väsentligt kommer entreprenören att erhålla en ersättning för ett arbete han inte utfört och dessutom inte tänkte utföra. Entreprenörens ersättning skulle då strida mot principen om obehörig vinst. Principen om obehörig vinst har visserligen tillämpats i en del rättsfall men anses för övrigt inte särskilt stark i svensk rätt.¹⁶⁴ Man har således valt, med all rätt, att skydda entreprenören mot att behöva komma tillbaka och åtgärda sådana fel som borde ha uppmärksamats under slutbesiktningen. Genom denna reglering stärker man och bibehåller slutbesiktningens starka ställning i felbedömningen samt dess relativt avklippande verkan. Även om det ligger i beställarens intresse att entreprenören alltid tvingas prestera det han enligt avtalet åtagit sig och dessutom fått betalt för har principen om obehörig vinst således fått ge vika för andra starkare intressen

Genom uppsatsen har det framgått att det inom det konsumenträttsliga området ställs hårdare krav på entreprenören än inom det kommersiella området. Detta tydliggörs bl.a. av ABS 95 som betonar ett samarbete mellan parterna. Detta krav rör emellertid endast arbetets utförande i stort. Någon egentlig skillnad förutom innebörden av fackmässighet i felreglerna har jag inte kunnat finna. Fel i kommersiella förhållanden torde alltid utgöra fel i

¹⁶⁴ Se bl.a. NJA 1925 s 184 och J Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 1996, s 31

konsumentförhållanden men det behöver nödvändigtvis inte vara tvärtom främst p.g.a. innebörden av begreppet fackmässighet. Detta resonemang bygger då på att de individuella avtalen ser likadana ut. I kommersiella förhållanden kan det uppstå situationer där parterna avtalet bort en del felregler vilket inte torde accepteras inom konsumentförhållanden. Det bör i sammanhanget påpekas att man alltid, i alla oskäligen avtalsförhållanden, kan använda sig av 36 § avtalslagen. I övrigt föreligger det en relativt stor skillnad, mellan det kommersiella och konsumenträttsliga området, bl.a. angående vilken vikt man tillmäter besiktningens rätts- och avklippande verkan.

För att åskådliggöra det sätt varpå köplagen och AB 92 i felbedömningen kan skilja sig från varandra kan anföras ett exempel där entreprenören valt en egen lösning på ett problem som fungerar lika bra som den ritningsenliga lösningen men som ändå strider mot avtalet. Enligt en bokstavstolkning av begreppsbestämningen i AB 92 är entreprenörens lösning ett fel då det tydligen strider mot kontraktshandlingarna. Enligt köplagen är emellertid svaret inte lika givet. Om avtalet inte är klart och tydlig på en punkt är, som vi sett, köplagen mer än AB 92 beredd att göra en ändamålsenlig tolkning d.v.s. om huruvida varan kan användas till det ändamål varan är anskaffad för.

Av uppsatsen har det framgått att konstaterandet av ett fel är uteslutande en kontraktuell bedömning. Detta gäller både inom och utom standardavtalens tillämpningsområde. Vid avsaknad av en kontraktuell reglering får en abstrakt bedömning göras bl.a. med utgångspunkt från om huruvida entreprenaden utförts fackmässigt. Begreppet fackmässigt går inte att definiera annat än genom att begreppet anses motsvara en standard på arbetet som svarar mot vad som normalt skulle kunna presteras av en genomsnittligt kompetent yrkesman. Vad fackmässighet innebär rent konkret får således avgöras från fall till fall. Att det inte helt fastställts vad kravet på fackmässighet egentligen innebär behöver nödvändigtvis inte betyda något negativt. Inom byggbranschen tillkommer ständigt nya lösningar och kompetensen växer allteftersom tiden går. Det torde även pågå en viss specialisering vad gäller entreprenörernas yrkesområden. Det är då positivt om man vid en felbedömning hela tiden kan ta hänsyn till denna ökande kunskap och kompetens vad gäller utförandet av entreprenaden och då höja kravet på fackmässighet. Vidare är det av vikt att man kan tillämpa begreppet på en mängd olika områden vilket skulle försvåras med en bestämd definition då den kanske inte skulle passa vid alla tillfällen. Att skiljedomarna och domstolarna kan lägga ett visst mått av skönsmässig bedömning är positivt då man kan ta hänsyn till en mängd olika omständigheter vilket i sin tur borgar för ett ”rättvist” utslag.

Med anledning av diskussionen kring fackmässighet kan det anföras att begreppet nog skall tillämpas lite striktare på entreprenörer vilka arbetar mot en konsument. Men då menas inte att entreprenörerna skall utföra ett sämre arbete för näringsidkare utan att fackmässighet i konsumentförhållanden

anses innebära något mera än ett krav på arbetets resultat. I konsumentförhållanden, både vad gäller ABS 95 och konsumenttjänstlagen, ställs även krav på entreprenörens bemötande av beställaren. Han bör vara lyhörd och flexibel vad gäller beställarens skiftande önskemål och inte enbart låta sig styras av kontraktshandlingarna. Entreprenören skall ta till vara konsumentens intressen och samråda med denne. Han bör vidare underrätta konsumenten om arbeten som kan utföras bättre på ett annorlunda sätt än vad denne föreslagit även om det för entreprenören skulle leda till förfång. Ett sådant högt krav på vad begreppet fackmässighet skall innehålla kan inte rättfärdigas inom AB 92: s tillämpningsområde där parterna har ett större mått av avtalsfrihet.¹⁶⁵

En omständighet som kan vara värd att påpeka är placeringen av begreppet fackmässighet i AB 92. I både ABS 95, AB 92 och konsumenttjänstlagen är begreppet placerat i de inledande bestämmelserna. Men det är endast i AB 92 som det inte senare även uttryckligen stadgas att det skall anses utgöra ett fel om entreprenörens arbete inte uppfyller kravet på fackmässighet. Enligt min bedömning torde inte någon skillnad i sak avses då stadgandet i AB 92 annars skulle sakna relevans och ändamål.

För att fastslå förhållandet mellan fel och skada anser jag att det är tillfredsställande med att konstatera att fel normalt är att anse som en initial orsak till skada. Med det vill jag inte säga att problemet är löst ur teoretisk filosofisk mening men ur pragmatisk synvinkel är det en tillräcklig lösning. För att illustrera förhållandet ytterligare kan AB 92:s kommentar till 5:7 angående vad som skall anses utgöra ett väsentligt fel anföras: ” *Vid bedömning av om ett fel är väsentligt kan avseende inte fästas endast vid själva felet, utan hänsyn bör även tas till vilken skada som... kan befaras uppkomma*”. Att termen skada inte omnämns i vare sig begreppsbestämningen eller i kommentaren till AB 92 har antagligen att göra med att skada och fel inom AB 92 sammanfaller med slutbesiktningen. Gränsdragningen har således ingen betydelse i något avseende för någon part. Definitionen av skada ligger närmast på försäkringsbolagens bord. Men de är naturligtvis inte angelägna om en legaldefinition. De vill själva avgöra för vilka skador ersättning skall utgå. Då avtalsfrihet råder inom detta område kanske det inte heller är önskvärt med en legaldefinition.

Enligt AB 92:s begreppsbestämning föreligger ett fel när entreprenaden inte utförts eller inte utförts kontraktsevenligt. För att etablera förhållandet mellan dröjsmål och fel behöver man egentligen inte gå längre än till begreppsbestämningen. Det föreligger således ett fel enligt AB 92 om det föreligger ett dröjsmål. Begreppen sammanfaller således. I AB 92 och ABS 95 är förhållandet mellan dröjsmål och fel ganska okomplicerat. Emellertid är antalet eller betydelsen av de fel som finns vid slutbesiktningen av

¹⁶⁵ Jfr NJA 1992 s 130 där HD uttryckligen sade att det hade ankommit på byggtreprenören att skaffa sig kunskap om vilka krav som ställdes på infästningen av de aktuella takbjälkarna.

avgörande betydelse för om det skall uppstå ett dröjsmål. Sak samma gäller för ABS 95. Denna lösning är att föredra då parterna inte behöver oroa sig för vilka olika påföljder som blir aktuella och vad som åligger dem beroende på hur bedömningen av vilken typ av kontraktsbrott det är som föreligger utfaller.

Anledningen till att det finns så få rättsfall att tillgå som rör fel inom AB 92:s tillämpningsområde är att de flesta tvister avgörs av skiljedomstolar vars utslag inte är offentliga. AB 92 9:1 anger skiljedom som lösning vid tvist. Detta förhållande är beklagligt då alla parter skulle tjäna på att en fastlagd praxis etableras inom de områden där tvister vanligtvis uppstår. Det finns exempelvis säkert en mängd avgöranden som berör vad som skall anses vara väsentligt fel. De parter som står inför en liknande tvist kommer då båda att förlora tid och pengar jämfört med förhållandet om skiljedomarna etablerat en fast offentlig praxis. Ett steg i rätt riktning är att BKK i samarbete med Svensk Byggtjänst börjat arbeta för att kunna publicera svenska skiljedomar på entreprenadområdet.

Med samma resonemang, som gäller för skiljedomarna, kan man komma till slutsatsen att AB 92 bör tillmätas ställning som, ett för alla parter inom byggnadsbranschen, bindande handelsbruk. Det torde nämligen vara den förhärskande uppfattningen att man inte kan tillmäta AB 92 ställning som handelsbruk eller sedvänja. Vi har i uppsatsen sett att det i tvister mellan parter som inte använt AB 92 pågår, om inte en förvirrad så i alla fall, en splittrad diskussion om vad som gäller i sådana fall. Visserligen intar köplagen, och till viss del också konsumenttjänstlagen, en särställning vid resonemang om analogier men dessa passar ibland illa och kan inte alltid tillämpas på kommersiella uppdragsavtal. Det är inte heller säkert att alla domstolar skulle komma till samma resultat vad gäller frågan om vilka regler som skall användas vid analogin. Ovanstående leder ofrånkomligen till en stor osäkerhet och ovisshet om vilka regler domstolen kommer att tillämpa på den specifika tvisten. Om parterna däremot vet att domstolen kommer att använda sig av AB 92 kan de omedelbart rätta sig efter det. Om de inte kan lösa tvisten när de vet vilka regler som kommer att tillämpas så kommer parterna i alla fall att kunna utforma sin argumentation utifrån den vetskapen. Om parterna däremot medvetet valt att inte använda sig av AB 92 skulle det framstå som oskäligt om man tvingade på parterna reglerna i standardavtalet. En lösning skulle då kunna vara att man, liksom med den dispositiva rätten, tillämpar AB 92 om parterna i vid mening inte avtalat om något annat. Det är möjligen så att vi närmar oss ett utslag från högsta domstolen där det fastställs att AB 92 skall tillmätas ställning som handelsbruk och sedvänja. Standardavtalet används regelmässigt vid större entreprenader och om även de mindre entreprenaderna börjar använda sig av avtalet kanske vi snart är där. Det är dessutom viktigt att påminna om att AB 92 utformats i samförstånd mellan båda parter på entreprenadmarknaden.

Källförteckning

Litteratur

- Almén T, Om köp och byte av lös egendom, 4 uppl, Stockholm, 1960
Bernitz U, Standardavtalsrätt, 6 uppl, Stockholm, 1993
Grauers F, Fastighetsköp, 14 uppl., Lund, 1998
Guter P m.fl., Praktisk entreprenadjuridik, 2 uppl, Stockholm, 1976
Hellner J, Köp och avtal, Stockholm, 1992
Hellner J, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet, 3 uppl, Stockholm, 1996
Hellner J, Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 2 uppl, Stockholm, 1993
Hedberg S, Entreprenadkontrakt fällor och fel, Stockholm, 1996
Hedberg, Kommentar till AB 92, 2 uppl, Stockholm, 1995
Håstad T, Den nya köprätten, 3 uppl, Stockholm, 1993
Höök R, Entreprenadjuridik, Studentupplaga, Stockholm, 1999
Josephson P-E, Chalmers tekniska högskola, Göteborg, 1994
Kranz E och M Lantz, Uppdrag och ansvar vid besiktning och kontroll av småhus, 2 uppl, Stockholm, 1996
Liman L-O, Entreprenad- och konsulträtt, 5 uppl., Stockholm, 1997
Lindahl A m.fl., Entreprenad AB 92, Stockholm, 1994
Lindsö Å, Juridik för byggbranschen, Stockholm, 1996
Malmström Å och Agell A, Civilrätt, 14 uppl, Malmö, 1994
Olsen L, Ersättningsklausuler, Stockholm, 1993
Persson U, Skada och värde, Stockholm, 1953
Ramberg J, Allmän avtalsrätt, Stockholm, 1999
Ramberg J, Köplagen, Göteborg, 1995
Ramberg J, Standardavtal, 4 uppl., Stockholm, 1993
Rohde K, Obligationsrätt, Stockholm, 1956
Ramquist T, Avgränsning mellan fel och följdskada, Göteborgs Universitet, 1998
Svensk byggtjänst, Entreprenadbesiktning, 2 uppl., Stockholm, 1997
Söderberg J, Att upphandla byggprojekt, 4 uppl., Lund, 1998
Traung P, Fel och dröjsmål vid kommersiella tillverkingsavtal, Uppsala, 1986

Artiklar

- Bernitz U, SvJt 1972 s 433

Offentligt tryck

SOU 1979:36 s 78

Prop. 1984/85:110 s 157-162

Prop. 1988/89:76 s 66

93/13/EEG

World Wide Web

Nämnden för offentlig upphandling www.nou.se/krtlou.html. 2/10-2000

Övrigt

Skandia Allrisksvillkor K 703:4

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1925 s 184
NJA 1933 s 260
NJA 1949 s 87
NJA 1955 s 75
NJA 1970 s 478
NJA 1978 s 432
NJA 1979 s 401
NJA 1980 s 46
NJA 1980 s 398
NJA 1985 s 397
NJA 1987 s 12.
NJA 1987 s 716
NJA 1992 s 130

Hovrätt

HR 740920 DT 45
T 3338/84 DT 6
HR 851014 DT 13
RH 1989:83

Marknadsdomstolen

1979 nr.17