



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emelie Linder

Möjligheten att begränsa entreprenörens
felansvar i svenska och norska
entreprenadavtal
Särskilt om ansvarsbegränsning vid grov vårdslöshet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Professor Per Samuelsson

Termin för examen: Period 2 HT2015

Innehåll

Summary	1
Sammanfattning	2
Förord	3
Förkortningar	4
1 Inledning	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Metod och material	7
1.4 Litteratur	9
1.5 Avgränsningar	10
1.6 Disposition	10
2 Avtalsrättsliga aspekter gällande AB 04 och NS 8405	12
2.1 Inledande anmärkningar	12
2.2 AB 04	13
2.2.1 Giltighet och ändring av AB 04	13
2.2.2 Utfyllande normer och tolkningsregler för AB 04	13
2.2.3 Praxis rörande utfyllning och tolkning av AB 04	14
2.3 NS 8405	16
2.3.1 Giltighet och ändring av NS 8405	16
2.3.2 Tolkning av och utfyllande normer för NS 8405	17
2.4 Jämförelser, analyser och slutsatser	18
3 Entreprenörens ansvar för fel	20
3.1 Inledande anmärkningar	20
3.2 Felansvar i AB 04	20
3.2.1 Inledande anmärkningar	20
3.2.2 Felansvar	21
3.2.2.1 Felansvar under garantitiden	21
3.2.2.2 Felansvar efter garantitiden	23
3.2.2.3 Ansvar för följdskador	24
3.3 Felansvar i NS 8405	25
3.3.1 Inledande anmärkningar	25
3.3.2 Felansvar	26
3.4 Jämförelser, analyser och slutsatser	28
4 Avtalade ansvarsbegränsningar	30
4.1 Inledande anmärkningar	30
4.1.1 Giltighet av ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar	32
4.1.2 Kontroll av ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar	33
4.1.3 Internationella regelverk kring ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar	34
4.2 AB 04 och tillgången till ansvarsbegränsningar	35
4.2.1 Inledande anmärkningar	35
4.2.2 Ansvarsbegränsningar i AB 04	36
4.2.3 Vite som ansvarsbegränsning	37
4.3 NS 8405 och tillgången till ansvarsbegränsningar	38
4.3.1 Inledande anmärkningar	38

4.3.2	Ansvarsbegränsningar i NS 8405	39
4.3.3	Vite som ansvarsbegränsning	40
4.4	Jämförelser, analyser och slutsatser	41
5	Ansvarsbegränsningar vid grov vårdslöshet	43
5.1	Ansvar för grov vårdslöshet i AB 04	43
5.1.1	Bedömningen av grov vårdslöshet	43
5.1.2	Ansvar för grov vårdslöshet i AB 04.....	44
5.2	Ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar från grovt vårdslöst utförande i svensk rätt	45
5.2.1	Principen om att inte kunna friskriva sig från ansvar för grov vårdslöshet	45
5.2.2	Rättsutvecklingen i praxis och betydelsen av 36 § AvtL	46
5.3	Grov vårdslöshet i NS 8405	49
5.3.1	Bedömningen av grov vårdslöshet	49
5.3.2	Ansvar för grov vårdslöshet i NS 8405.....	50
5.4	Ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar från grovt vårdslöst utförande i norsk rätt	50
5.4.1	Principen om att inte kunna friskriva sig från ansvar för grov vårdslöshet	50
5.4.2	Rättsutvecklingen i praxis och betydelsen av 36 § AvtL	51
5.5	Jämförelser, analyser och slutsatser	54
6	Sammanfattande analys	57
6.1	Möjlighet att begränsa entreprenörens felansvar	57
6.2	Möjlighet att begränsa entreprenörens felansvar vid grov vårdslöshet.....	58
Käll- och litteraturförteckning.....		61
Litteratur		61
Artiklar		63
Offentliga publikationer.....		65
Internationella överenskommelser		65
Rättsfallsförteckning		66
Svensk rättspraxis.....		66
Högsta domstolen		66
Skiljedomspraxis.....		67
Norsk rättspraxis		67
Lagmansrett		69
Skiljedomspraxis.....		69

Summary

Construction projects are characterized by being complex projects associated with major financial risks. The lack of legal statutory legislation has resulted in the development of agreed documents for the construction industry: AB 04 in Sweden and NS 8405 in Norway. AB 04 can be considered to be a product of compromises, which is especially noticeable in its terms regarding liability for defects. This master thesis aims at comparing these agreed documents' terms for liability for defects and the possibilities to limit or exclude this liability.

The terms in AB 04 for liability for defects are complicated and include several subjective valuations, making them more difficult to apply than the corresponding terms in NS 8405. In this regard, NS 8405 can be considered more preferable as the terms for liability for defects are clearer. In NS 8405, the liability for defects depends on a claim being made on time, while in AB 04 it is based on the character of and the appearance of the defect.

The contractor's main obligation is a proper execution of certain construction works and a wrongful execution must, as a general rule, be redressed. Carrying the liability for defects is often expensive and hence the parties, especially the constructor, might want to exclude or limit the liability for defects. As a general rule there is freedom of contract, meaning the parties are given a wide flexibility to regulate terms for liability through various conditions and sanctions. The freedom of contract is restricted, however, by the Contract Act section 36 permitting the courts to declare unfair or unreasonable contract terms void. What contract terms that should be considered fair or unfair is to be valued after an overall assessment of all circumstances.

Previously, it has been regarded not possible to exclude liability for grossly negligent actions, especially based on moral grounds. The existing perception, however, is that the validity of such exclusion of liability and limitations of liability shall be assessed in accordance with the Contract Act section 36. There is only one example from case law upholding such a limitation of liability of gross negligence of an employee. The upholding was motivated by several certain circumstances and can therefore not form the basis for a general acceptance of limitations of liability for gross negligence.

It is difficult to be successful excluding liability for gross negligence, even though it is not theoretically impossible. However, the assessment should be slightly less strict when limiting the liability, as a limitation of liability not completely excludes a party from remedies.

Sammanfattning

Entreprenadprojekt karakteriseras av att vara komplicerade projekt förbundna med stora ekonomiska risker. Avsaknaden av entreprenadrättslig lagreglering har fått marknadens parter att förhandla fram standardavtal för entreprenader: AB 04 i Sverige och dess norska motsvarighet NS 8405. AB 04 präglas av att vara en kompromisslösning, vilket märks särskilt tydligt i dess felansvarsregler. Uppsatsen syftar till att jämföra avtalens regler gällande entreprenörens ansvar för fel samt möjligheterna att begränsa detta felansvar.

Felansvarsreglerna i AB 04 är komplicerade och innehåller många värderingsmoment, vilket gör dem svårare att tillämpa än motsvarande regler i NS 8405. I detta hänseende kan NS 8405 anses mer fördelaktigt då det präglas av tydligare ansvarsregler. Entreprenörens ansvar för fel i NS 8405 baseras på tidsenlig reklamation, medan felansvaret i AB 04 baseras på felets karaktär samt felets framträdande.

Entreprenörens huvudsakliga förpliktelse är ett korrekt utförande av kontraktarbetena och ett felaktigt utförande måste som huvudregel avhjälpas. Att bära ansvar för fel är ofta dyrt och därför kan parterna, kanske särskilt entreprenören, vilja begränsa det felansvar som ges i standardkontrakten. Som huvudregel råder avtalsfrihet mellan parterna och de kan således vara flexibla i sin reglering av felansvar genom att reglera villkor för felansvarets inträdande samt vilka påföljder som då ska bli aktuella. Avtalsfriheten begränsas av jämningsmöjligheten av oskäligen avtalsvillkor i 36 § AvtL. Vad som anses oskäligt avgörs efter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter.

Det har tidigare varit en uppfattning att det inte är möjligt att friskriva sig från ansvar för grovt vårdslösa handlingar, framförallt på moraliska grunder. Idag är den rådande rättsuppfattningen att giltigheten av ansvarsfriskrivningar och ansvarsbegränsningar ska bedömas i enlighet med 36 § AvtL. Det finns endast ett exempel från prejudicerande praxis på ett upprätthållande av en ansvarsbegränsning från anställds grova vårdslöshet, vilket är ett fall från Høyesterett år 1994. Upprätthållandet motiverades av flera särskilda hänsyn i fallet och kan därför inte läggas till grund för en generell acceptans av friskrivningar från grov vårdslöshet.

Det är svårt att nå framgång med att friskriva sig från ansvar vid ett grovt vårdslöst utförande, även om det teoretiskt sett inte är omöjligt. Däremot lär bedömningen vara något mildare vid en ansvarsbegränsning eftersom en ansvarsbegränsning inte helt utesluter en part från att göra gällande en påföljd och således kan det skipas rättvisa, om än endast till viss del.

Förord

The end is near. Så har jag med skräckblandad förtjusning känt inför den stundande inlämningen av examensarbetet som avslutar min efterlängtnade jur. kand. Vägen dit var spännande, krokig och inte som den ”typiske” juriststudentens – den var helt min egen. Jag tog avstickare till både Kina och Norge, och fick chansen att möta människor jag aldrig hade mött annars och studera ämnen jag inte haft chansen till i Sverige. Jag är kanske den sista studenten från klass HT 2009 som tar examen, men jag är ändå oerhört stolt över min prestation och glad för att min väg blev som den blev. Det är svårt att i ett kort förord beskriva den oändliga tacksamhet, spänning och lättnad jag nu känner.

Jag vill rikta ett stort tack till familj och vänner för att ni stöttat, uppmuntrat och bara funnits där – jag hade inte klarat det utan er. Jag vill särskilt nämna Hanna och Victoria som tagit sig tid att kommentera och ge värdefulla synpunkter på arbetet. Tack till min underbara man för att du trott på mig hela vägen. Tack till vår fantastiska son för att du dagligen stulit min koncentration för att påminna mig om vad som gör mig allra mest lycklig; ditt härliga skratt, din oändliga charm och dina busiga upptåg. Tack till vår ännu ofödda dotter för att du bokstavligen talat sparkat liv i mig varje dag, varje timme under uppsatsens framskridande.

Tack till min handledare professor Per Samuelsson för konstruktiva synpunkter och förslag, för tålamod och för intressanta juridiska diskussioner under arbetets gång. Jag hoppas att vi möts vid senare tillfällen för att fortsätta argumentationerna där vi lämnade dem.

Oslo den 18 mars 2016

Emelie Linder

Förkortningar

AB	Allmänna bestämmelser
AB 04, AB 92, AB 72, AB 65	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (olika versioner)
AvtL	I Sverige: Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. I Norge: Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av den 31 mai 1918 nr. 4.
Bustadsoppføringsloven	Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad av den 13 juni 1997 nr. 43.
BKK	Föreningen Byggandets Kontraktskommitté
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Implementerad i svensk rätt genom Lag (1987:822) om internationella köp
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Foreldelsesloven	Lov 18 mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer
JT	Juridisk Tidsskrift
Kjøpsloven	Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp
Köpl	Köplag (1990:931)
ND	Nordiske dommer i sjøfartsanliggenheter
NJA	Nytt juridisk arkiv
NL	Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15 april 1687
NS	Norsk standard
NS 8405	NS 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt
PECL	Principles of European Contract Law

PreskL	Preskriptionslag (1981:130)
Prop.	Proposition
Rt.	Norsk Retstidende
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
UNIDROIT Principles	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010
ÄTA-arbeten	Ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Byggentreprenader skiljer sig från mer ordinära köp- och leveransavtal genom att de utgör oerhört invecklade projekt med många olika moment som ska koordineras. Ett ”vanligt” köp innebär ofta en engångsuppfyllelse av säljaren, medan en entreprenörs prestation består av löpande fullbordan av komplicerade element. Projekten är präglade av stora ekonomiska risker och yttre påverkan av främst väderförhållanden, men även myndigheters beslut och offentliga regleringar.¹ Dessa aspekter medför att, framförallt en entreprenör, kan vilja reglera ansvarsfrågor på förhand för att få möjlighet att göra en genomtänkt riskavvägning och uppnå ekonomisk förutsägbarhet.

Entreprenadrätten har under många år problematiserats och ses numera ofta som ett eget ämne. Olika författare har haft skilda åsikter om entreprenadrättens anknytning till arbetsbeting och köprätt samt huruvida entreprenadavtal ska ses som en självständig avtalsform eller en särskild avtalstyp.² Samuelsson gör en beskrivning av entreprenadrätten som rättsområde och entreprenadavtal som en särskild avtalstyp (eller avtalsform) i sin bok från 2011 – här ges endast en mycket kortfattad bild av denna problematik.

Entreprenadrätten saknar egen lagstiftning och entreprenadavtal har ingen legaldefinition.³ 2 § KöpL exkluderar uttryckligen avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning från köplagens tillämpningsområde.⁴ Motiveringen till detta är att flera av köplagens regler inte passar för entreprenadavtal, så som hävning, samt att entreprenader ofta regleras av utförliga standardvillkor.⁵ Dessutom föreligger andra omständigheter vid köp än vid entreprenader, exempelvis att den färdiga produkten inte finns vid avtalets ingående.⁶ Även den norska köplagen, Kjøpsloven, undantar entreprenader från sitt tillämpningsområde.⁷

Eftersom det saknas egen lagstiftning för entreprenader mellan näringsidkare, får praxis från Högsta domstolen stor betydelse för entreprenadrättens rättsutveckling.⁸ Avsaknaden av entreprenadrättslig lagstiftning har också fått följden att entreprenadbranschens parter både i Norge och Sverige förhandlat fram en serie standardavtal för att reglera entreprenader: Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings-, och installations-

¹ Hagström och Bruserud (2014), s. 21–24; Sandvik (1966), s. 85; Samuelsson (2011), s.

² Samuelsson (2011), s. 13–19.

³ Samuelsson (2011), s. 13.

⁴ 2 § KöpL.

⁵ Prop. 1988/89:76, s. 63.

⁶ JT 2013-14 nr. 3 s. 667.

⁷ Kjøpsloven § 2.

⁸ SvJT 2013 s. 815, se särskilt s. 816.

entreprenader (AB) respektive Norsk Standard (NS).⁹ Denna uppsats fokuserar på svenska AB 04 samt dess norska motsvarighet, NS 8405, som reglerar *utförandeentreprenader*. Både AB 04 och NS 8405 är framförhandlade mellan branschens olika parter och villkoren kan därför antas vara väl balanserade mellan båda sidors intressen.¹⁰ Mot bakgrund av att avtalen är genomarbetade och fått en stor utbredning, kan avtalen anses inneha en status liknande branschspecifik lag.¹¹

1.2 Syfte och frågeställning

Konsekvensen av att AB 04 är framförhandlat mellan olika parter – och därmed olika intressen – är att avtalet uppfattas som en kompromissprodukt och att det finns andra entreprenadavtal som håller en högre juridisk-teknisk nivå, varav NS 8405 enligt min mening är ett framträdande exempel.

Eftersom entreprenader är förbundna med stora ekonomiska risker samt komplicerade uppfyllanden av kontraktets förpliktelser, är det inte ovanligt att parterna önskar reglera dessa risker på förhand genom avtal. Här blir felansvaret ett centralt exempel, då avhjälpan av fel kan få stora ekonomiska konsekvenser för den part som bär risken för felet. Entreprenören har givetvis ett intresse av att bära en så liten ekonomisk risk som möjligt, det vill säga ett så litet felansvar som möjligt, medan beställaren önskar både ekonomisk och byggteknisk trygghet i att entreprenören ska bära allt felansvar.

Med hänsyn till nyss nämnda intressekonflikt, syftar uppsatsen till att utreda möjligheten att begränsa entreprenörens felansvar i AB 04 i Sverige och NS 8405 i Norge. Inledningsvis görs därför en något kortare utredning, presentation och jämförelse av de två avtalens ansvarsrelationer vid fel i entreprenader, det vill säga utförandefel. Vilka begränsningar kan göras i felansvaret och går det att utvärdera några riktlinjer för hur sådana begränsningar i så fall bör göras? Därefter görs en analys av om det är möjligt att begränsa eller till och med friskriva sig från ansvar för fel i samband med grov vårdslöshet. Vilka skillnader finns mellan AB 04 och NS 8405 och hur kan dessa förklaras?

1.3 Metod och material

Ett rättsdogmatiskt arbete försöker fastställa gällande rätt genom att analysera de olika rättskällorna i rättskällevärdet: lagtext, förarbeten, praxis och rättsdogmatisk litteratur.¹² Det finns ingen särskild entreprenadrättslig lagstiftning och därmed finns det inte heller något särskilt förarbete att studera. Istället används AB 04 och NS 8405 i egenskap av standardavtal som huvudsaklig utgångspunkt för att besvara frågeställningarna i arbetet.

⁹ SvJT 2015 s. 258; SvJT 2015 s. 20 fotnot 2; Sandvik (1966), s. 59 ff.

¹⁰ Hagström och Bruserud (2014), s. 25; SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 260.

¹¹ SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 260; Sandvik (1966), s. 67.

¹² Korling och Zamboni (2013), s. 21 och 26 samt kap. 2; Arvidsson (2010), s. 36.

Högsta domstolen respektive Høyesterett har bedömt entreprenadrättsliga mål endast i ett begränsat antal fall. Den för juristen så bekanta rättsdogmatiska metoden kan därför inte göra sig lika starkt gällande inom entreprenadrätten. Även om praxis från de högsta instanserna givetvis studeras och beaktas, måste stor hjälp sökas inom den juridiska litteraturen och doktrinen. Då Högsta domstolen i senare fall också beaktat dispositiv rätt i en allt större grad, måste det också göras utfall till denna dispositiva rätt, där det passar och är relevant.

Frågeställningen är inriktad på en utredning av standardavtalens villkor med parternas ponerade individuella justeringar. Då avtal inte kvalificeras som rättskälla i den klassiska rättskälleläran¹³, kan det argumenteras för att avsteg görs från den rättsdogmatiska metoden. Hagstrøm anser dock att problematiken kring huruvida avtal klassificeras som rättskälla endast är språkligt betingad, och att avtal reellt sett får funktionen som rättskälla. Däremot är kontraktstolkningen begränsad på så sätt att en tolkning i strid med en klar och specifik ordalydelse är utesluten. I sådana tillfällen blir det istället fråga om ett åsidosättande av en viss klausul.¹⁴ I det här fallet kan argumentet om avtal som rättskälla ytterligare underbyggas med hänsyn till den starka ställning som branschspecifik lag som AB 04 och NS 8405 innehar. På så sätt kan det ifrågasättas om den rättsdogmatiska metoden frångås alls. Framställningen kommer därför behandla standardavtalen som rättskällor, framförallt med hänsyn till dess framträdande position i branschen.

Även om uppsatsen i grunden ämnar att utreda gällande rätt enligt rättsdogmatisk metod, är det tveksamt hur renodlat detta kan göras inom entreprenadrätten generellt – speciellt med hänsyn till bristen på rättskällor. I det här arbetet måste den juridiska argumentationen därför tillåtas gå närmare den ”friare” varianten inom rättsdogmatiken, det vill säga att man också tillåts använda skälighetsinriktade rättviseargument och inte nödvändigtvis endast en strikt utredning av rättskälleläran.¹⁵ Framställningens slutsatser, analyser och uttalanden kan därför bitvis färgas av personliga juridiska spekulationer, då termer som skälighet och rättvisa till sakens natur innehåller och präglas av subjektiva åskådningar. Givetvis görs dessa subjektiva åskådningar, i så stor mån som möjligt, i enlighet med vad som kan godtas inom rättsvetenskapen och som kan anses hållbart inom entreprenadrätten speciellt. För att argument ska anses godtagbara inom rättsvetenskapen, krävs som regel att de framställer rätten som systematisk helhet, att de ökar rättens inre koherens samt att de beaktar rättens utveckling.¹⁶ En sådan utgångspunkt ligger också i linje med den traditionella rättsvetenskapens syfte att utöka kunskapsmängden och att rättsvetenskapen i detta hänseende, enligt Arvidsson, är hänvisad till rättspolitiska ställningstaganden.¹⁷

¹³ Avtal nämns inte som rättskälla av Peczenik (1995), s. 35–36.

¹⁴ Hagstrøm (2011), s. 43–45.

¹⁵ Korling och Zamboni (2013), s. 27.

¹⁶ SvJT 2005 s. 259.

¹⁷ Arvidsson (2010), s. 35 ff.

Uppsatsen avser att utreda gällande rätt i enlighet med två olika nationers standardavtal och därmed i viss mån också två olika rättssystem: det svenska och det norska. Det är därför också relevant att säga något om den så kallade *komparativa metoden*. Då Högsta domstolen har fått en ökad benägenhet att hänvisa till utländska rättsordningar¹⁸, kan kunskapen om dem anses ha fått större betydelse. Vidare kan komparativa studier ge bättre förståelse för den egna rättsordningen. Däremot bör den komparativa studien göras med viss varsamhet, då språkliga skillnader och nyanser kan ha större vikt än man först tror.¹⁹ Läsaren bör ha detta i åtanke vid de komparativa analyser som görs, då försiktighet enligt författarens mening är påbjuden med hänsyn till det nyss nämnda.

1.4 Litteratur

Det råder inget stort utbud av entreprenadrättslig litteratur som grundlig och utredande på djupet. Samuelssons monografi från 2011 är till stor hjälp för en grundläggande förståelse för den svenska entreprenadrätten, men verket behandlar inte närmare uppsatsens frågeställning. Därför är den endast refererad till i uppsatsens inledande och mer allmänna delar.

Hagström och Bruseruds *Entrepriserett* från 2014 är till enormt stor hjälp för förståelsen av det norska standardavtalet NS 8405, men till viss del också det svenska AB 04. Boken kan anses relativt heltäckande inom entreprenadrättsliga frågeställningar och berör dessutom ämnen som är av vikt för framställningen.

Hagströms *Obligationsrett* utreder obligationsrättsliga spörsmål med stor detaljrikedom och med kvalificerade analyser. Den är ett värdefullt komplement till *Entrepriserett*, men också en bra källa för framställningen som helhet. *Obligationsrett* utreder även till flera delar också svensk rätt, varför verket blivit refererat till också i de delar som berör svensk rätt. Även om *Obligationsrett* inte endast behandlar entreprenadrättsliga frågeställningar, utreder verket den dispositiva rätt som är mycket närliggande det entreprenadrättsliga området (se mer om detta i avsnitt 2.2.2 och 2.2.3) och berör således frågeställningen på ett mer övergripande och allmänt plan.

I avsnitten som berör ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar, utgör Lundmarks avhandling ett viktigt bidrag till den grundläggande förståelsen för avtalade ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar, men också för mer detaljerade frågor.

Uppsatsen hänvisar också till annan litteratur och diverse artiklar, men detta material har endast kunnat användas i begränsad utsträckning då de som oftast har snäva frågeställningar.

¹⁸ Se NJA 2012 s. 597 p.7 som ett exempel på detta inom entreprenadrätten.

¹⁹ Korling och Zamboni (2013), s. 40–41.

1.5 Avgränsningar

I arbetet utreds *kommersiella entreprenadavtal*. Därmed innehåller uppsatsen inte ett beaktande av konsumententreprenader. Det är dock inte uteslutet att uppsatsens slutsatser kan ha betydelse även för konsumententreprenader. Anledningen till att just AB 04 och NS 8405 är föremål för utredning i denna uppsats, är att de uppnått en stor och bred spridning²⁰ och på sätt kan anses vara relativt representativa för den kommersiella entreprenad marknaden. NS 8405 kan, som nämnts ovan i avsnitt 1.2, anses hålla en högre juridisk-teknisk nivå än AB 04, varför NS 8405 utgör ett intressant jämförelseobjekt till AB 04. Eftersom NS 8405 är ett standardavtal som används primärt på den norska marknaden, måste även *norska rättskällor* användas för att besvara frågeställningarna i detta avseende.

Uppsatsen avser inte att utreda entreprenörens kontraktsbrott avseende dröjsmål samt dess konsekvenser såsom rätt till förlängning, ÄTA-arbeten, regler om hinder, förseningsviten, skadestånd och så vidare. Istället fokuserar uppsatsen på *fel* i entreprenad som görs gällande *efter avlämnande*, det vill säga under garanti- eller ansvarstiden för AB 04:s vidkommande. Denna avgränsning görs för att få ett rimligt omfång på uppsatsen. Vidare innehåller framställningen inte någon närmare beskrivning av vad som utgör fel, utan fokus ligger på vilket ansvar entreprenören har då fel uppstår samt vilka begränsningar som kan göras angående detta ansvar. ÄTA-arbetenas betydelse i sammanhanget utesluts också och uppsatsen kan sägas utgå från ett entreprenadavtal vars innehåll inte förändras under entreprenadens framskridande.

Entreprenadprojekt består ofta av mycket komplicerade kontrakts- och ansvarsrelationer. Den ansvarsrelation som ligger inom området för uppsatsens utredning är avtalet och ansvarsrelationen mellan *entreprenör* och *beställare*. Förhållandet till eventuella sidoentreprenörer, underentreprenörer, konsulter och andra tredje män berörs inte närmare i detta sammanhang.

1.6 Disposition

Inledningsvis görs en kort presentation av ämnet samt uppsatsens omfattning. I uppsatsens andra kapitel identifieras entreprenadavtalens relevanta rättskällor och tolkningsprinciper för att undersöka var frågeställningarnas svar kan sökas (se även avsnitt 1.3). I avsaknad av specifik lagstiftning vad gäller entreprenadavtal blir det givetvis nödvändigt att i korthet försöka utröna dispositiv rätts samt i viss mån internationella rättsreglers ställning inom entreprenadrätten. Efter en kortare utredning av vilka principer och metoder som är vägledande för tolkningen av de båda entreprenadavtalen, går handlingen vidare in i utredningen av frågeställningarna. I tredje kapitlet presenteras och jämförs de båda avtalens

²⁰ SvJT 2015 s. 20; Hagström och Bruserud (2014), s. 23.

ansvarsregler vid fel som entreprenören svarar för. I fjärde kapitlet redogörs för avtalens ansvarsbegränsningar vid fel samt för vad som gäller för ansvarsbegränsningar generellt. I uppsatsens femte kapitel görs sedan en djupdykning i huruvida det är möjligt för parterna att också ytterligare begränsa sitt ansvar genom att också utesluta ansvar för grov vårdslöshet i samband med entreprenörens fel.

2 Avtalsrättsliga aspekter gällande AB 04 och NS 8405

2.1 Inledande anmärkningar

Avtalslagen gäller även för entreprenadavtal.²¹ Två grundläggande principer inom avtalsrätten är frihet att ingå avtal, *avtalsfrihet*, samt skyldighet att följa avtalet, *avtalsbundenhet*.²² Hur en entreprenad ska utföras anges således av parternas kontrakt.²³ Parterna är enligt principen om avtalsfrihet fria att bestämma vad kontraktet ska innehålla.²⁴ Avtalsfriheten begränsas genom att parterna inte kan avtala om något som strider mot tvingande regler. Som utgångspunkt är det däremot tillåtet för parter att avtala i strid med dispositiva regler, men vid de tillfällen då den dispositiva rätten uttrycker ett av lagstiftarens rättspolitiska ställningstaganden, blir regeln halvtvingande i den meningen att den dispositiva rätten utövar ett tryck på fastställande av avtalsinnehållet. Dispositiv rätt agerar utfyllande, i tillägg till att den kan anses ha en styrande inverkan vid avtalstolkning och för oskälighetsbedömningen i 36 § AvtL.²⁵ Dessutom inskränks avtalsfriheten delvis av att domstolen kan jämka oskäligen avtalsvillkor genom 36 § AvtL. Domstolarna kan också anses utföra en slags ”dold kontroll” genom att tillämpa tolkningsmetoder som begränsar avtalets rättsverkningar (se mer om denna dolda kontroll i avsnitt 4.1.2).²⁶ Vidare kan det som inte är angett i kontraktet, eller det som är tvetydigt, bli föremål för domstolens avtalsutfyllnad respektive avtalstolkning.

Eftersom AB 04 och NS 8405 är standardavtal blir även standardavtalsrättsliga aspekter tillämpliga. Utredningen återkommer till standardavtalsrättsliga principer och regler när dessa blir relevanta i sammanhanget. Inledningsvis görs i detta kapitel en kortare introduktion till hur standardavtalen i fråga blir gällande mellan parterna samt vilka regler som gäller för att ändra avtalsvillkoren.

Det förtjänar också att nämnas att både AB 04 och NS 8405 har en avtalad lojalitetsplikt mellan parterna.²⁷ Även om lojalitetsplikten är knepig att beskriva och trots att det är svårt att utvärdera dess betydelse i avtals-

²¹ Liman (2007), s. 15.

²² Ramberg och Ramberg (2014), s. 27; TfR 04-05/2013 s. 666. För en diskussion kring avtalsfrihet som grundprincip i kommersiella avtalsförhållanden, se Lundmark (1996), s. 78–79.

²³ Höök (2008), s. 65. Se också AB 04 kap. 1 § 1 samt begreppsbestämningen i AB 04 för ”kontraktarbete”.

²⁴ Taxell (1972), s. 35.

²⁵ Ramberg och Ramberg (2014), s. 27–31; Lundmark (1996), s. 83; SOU 1974:83 s. 138–139.

²⁶ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 51–52; Lundmark (1996), s. 82–83.

²⁷ Förordet till AB 04; Kommentaren till AB 04 kap. 4 § 3; NS 8405 pkt. 5.

sammanhang, kan det framhållas att den grundläggande tanken är att parterna ska hjälpa varandra att maximera vinningarna i avtalet.²⁸

2.2 AB 04

2.2.1 Giltighet och ändring av AB 04

Parterna kan genom inkorporering eller hänvisning i kontraktet avtala om AB 04:s villkor. Om parterna inte uttryckligen avtalar om att AB 04 ska gälla, kan villkoren likväl bli gällande om AB 04 kan anses utgöra partsbruk, det vill säga om parterna vanligtvis använder AB 04 i sina avtalsrelationer med varandra.²⁹

BKK har uttryckt att parterna bör vara restriktiva med tillägg, restriktioner och ändringar av AB 04, då det skapar osäkerhet och risk i tolknings- tvister.³⁰ Vidare hävdas i förordet till AB 04 att standardavtalet utgör en ”rimlig balans mellan rättigheter och skyldigheter som syftar till en ekonomiskt optimal riskfördelning mellan parterna” och att parterna därför ska undvika att ändra avtalsvillkoren. AB 04 innehåller både täck- bestämmelser, som lämnats öppna för parterna att ändra, samt fasta bestämmelser, som inte är avsedda att ändras.³¹ Det finns dock möjlighet att ändra även fasta bestämmelser, så länge ändringarna är tydliga och även anges i de administrativa föreskrifterna.³² Att BKK uttryckt en önskan om restriktivitet kring ändring av AB 04 utgör givetvis inget hinder för att avtalsparterna ändå, inom ramen för sin avtalsfrihet, ändrar och justerar avtalet efter sina egna behov.

2.2.2 Utfyllande normer och tolkningsregler för AB 04

En tvist angående ett entreprenadavtal kan antingen utgöras av att ett villkor ska tolkas eller att avtalet behöver utfyllas. Som tidigare nämnt är AB 04 en produkt av kompromisser mellan branschens parter och därmed förekommer en del otydligheter i avtalet. Även om många tvister avgörs i skiljedomstol och således inte kan anses utgöra praxis i samma bemärkelse som ett avgörande från allmän domstol, finns även en del senare fall från Högsta domstolen med tolkning av nya och äldre versioner av AB-avtalen.³³

För entreprenadavtal finns inga skrivna kontraktsrättsliga normer att fylla ut med, eftersom det saknas lagreglering på området.³⁴ I avsaknad av sådana normer, får domstolen enligt sin diskretionära beslutskompetens fylla ut

²⁸ Samuelsson (2011), s. 202 ff.

²⁹ Hedberg (2006), s. 16; Bernitz (2013), s. 62–68.

³⁰ Hedberg (2006), s. 16.

³¹ Förordet till AB 04.

³² AB 04 kap. 1 § 3 samt dess kommentar.

³³ SvJT 2015 s. 20, se särskilt s. 21.

³⁴ Samuelsson (2011), s. 46.

avtalet.³⁵ Det diskuteras i litteraturen huruvida entreprenadavtal utgör en så kallad självständig avtalsform³⁶. Ett entreprenadavtal kan i mångt och mycket anses ha ett visst transaktionsmönster och kan på den grunden anses vara en självständig avtalsform.³⁷ Detta medför i så fall att parterna i en eventuell tvist kan förvänta sig att domstolen beaktar denna självständighet, med följd att vissa förutsättningar och omständigheter utgör ett normerande underlag i domstolens bedömning av tvisten.³⁸ Det hävdas också att samhällsintresset av att byggnader ska hålla hög kvalitet bör beaktas, men än så länge verkar denna aspekt inte ges betydelse i Högsta domstolens domskäl.³⁹

I äldre entreprenadrättsliga domar används den så kallade traditionella tolkningsmetoden av AB 04 som fokuserar på BKK:s avsikt med en viss bestämmelse samt avtalets historik och systematik. Tolkningsmetoden består av att domstolen beaktar yttranden av föreningens medlemmar gällande vissa frågor, samt att motiven till tidigare AB-avtal behandlas i det närmaste som förarbeten i domskälen. Denna traditionella metod har till viss del frångåtts genom Högsta domstolens senare praxis, där domstolen istället lagt vikt på ordalydelsen, systematiken och dispositiv rätt⁴⁰ (se mer i kap. 2.2.3), vilket anses ligga i linje med den traditionella tolkningsmetoden av standardavtal.⁴¹

2.2.3 Praxis rörande utfyllning och tolkning av AB 04

Genom att sammanställa Högsta domstolens senare praxis gällande tolkningen av entreprenadavtal kan en tolkningsmodell skönjas. Modellen innebär en uppställning av faktorer som Högsta domstolen beaktar i tolkningen av entreprenadavtal, vilken vikt faktorerna fått samt hur de förhåller sig till varandra:

1. Den gemensamma partsavsikten
2. Omständigheter vid sidan av avtalet
3. Villkorets ordalydelse
4. Avtalets systematik och de övriga villkoren
5. Entreprenadavtalets särskilda drag

Tolkningen ska ske i ljuset av *dispositiv rätt*.⁴² Högsta domstolen hittar i två fall svaret i dispositiv rätt och prövar sedan detta mot avtalets systematik.⁴³ Det finns också ett krav på att tolkningen ska ge ett *rimligt resultat* och

³⁵ Samuelsson (2011), s. 45–47; Arvidsson (2010), s. 209–211.

³⁶ Samuelsson (2011), s. 47–49; Adlercreutz och Gorton (2010), s. 21–23.

³⁷ Samuelsson (2011), s. 47.

³⁸ Adlercreutz och Gorton (2010), s. 21–23.

³⁹ Ny Juridik 4:15 s. 27.

⁴⁰ SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 259–260, 271 och 277–278.

⁴¹ SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 270 samt hänvisning till Bernitz (2013), s. 95.

⁴² NJA 2013 s. 271 p. 7; NJA 2012 s. 597 p. 7 och 13; NJA 2014 s. 960.

⁴³ NJA 2013 s. 271 p. 8–12; NJA 2014 s. 960.

därför kan en dispositiv regel inte användas som avtalsutfyllnad om regeln passar dåligt i avtalssystemet. I sådana situationer får avtalet istället fyllas ut med en regel som är särskilt anpassad till avtalet.⁴⁴ Tolkningsmodellen anses vara applicerbar på alla entreprenadavtal, men bör också vara vägledande för standardavtal inom andra branscher, särskilt om de, liksom AB 04, är framförhandlade av branschorganisationer.⁴⁵

Vanligtvis kan någon gemensam partsavsikt inte utredas när parter hänvisat till standardavtal, då det är vanligt att parterna bifogar AB 04 (och andra standardavtal) eller hänvisar till dem utan att förhandla om eller diskutera de enskilda villkoren.⁴⁶ Vanligtvis är det när parterna valt att på något sätt ändra, ta bort eller lägga till villkor som det går att utreda en partsavsikt.⁴⁷

I tolkningsprocessen kan det också vara viktigt att ta hänsyn till *entreprenadavtalets särskilda drag*, såsom entreprenadavtalens komplexitet, omfattning, långsiktighet samt att de berör flera inblandade parter.⁴⁸ Detta är ytterligare en indikation på att entreprenadavtal är en självständig avtalsform (jfr. ovan 2.2.2), vilket också verkar bekräftas av Högsta domstolens praxis.⁴⁹ Speciellt verkar entreprenadavtalets särskilda drag få betydelse när dispositiv rätt ska tillämpas i avtalssystemet.⁵⁰

Eftersom AB 04 har förhandlats fram mot bakgrund av köplagen samt allmänna obligationsrättsliga principer, anser Högsta domstolen det naturligt att tolka avtalet i ljuset av denna dispositiva rätt. Den dispositiva rätten utgörs alltså av allmänna obligationsrättsliga principer, där köplagen anses ha ett särskilt intresse⁵¹, men också det som gäller för närliggande avtalstyper får betydelse.⁵² Även om 2 § KöpL tydligt exkluderar entreprenader från dess tillämpningsområde, kan köplagen ofta erbjuda rimliga och rättvisa lösningar.⁵³ Också CISG och DCFR beaktas av Högsta domstolen i samband med tolkningen av ett entreprenadavtal i NJA 2012 s. 597.⁵⁴ Ett avtalsvillkor som avviker från dispositiv rätt som är oförmånligt för en av parterna, överraskande och långtgående, måste ha tydligt stöd i sin ordalydelse för att vara gällande.⁵⁵ Det verkar som att Högsta domstolen börjar ge större plats till dispositiv rätt i entreprenadrättsliga mål, vilket

⁴⁴ NJA 2014 s. 960 p. 23; SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 270; Ny Juridik 4:15 s. 27, se särskilt s. 46.

⁴⁵ SvJT 2013 s. 815.

⁴⁶ SvJT 2015 s. 20, se särskilt s. 23; Bernitz (2013), s. 91. Notera också att en individuellt förhandlad klausul gavs företräde framför standardavtalet i NJA 2009 s. 388.

⁴⁷ SvJT 2013 s. 815, se särskilt s. 816.

⁴⁸ NJA 2013 s. 271 p. 7.

⁴⁹ NJA 2014 s. 960 p. 24. Dock benämner Högsta domstolen entreprenadavtal som en "särskild avtalstyp". Troligen har Högsta domstolen förväxlat begreppen och det är förmodligen "självständig avtalsform" som avses. Jfr. Samuelsson (2011), s. 45 ff.

⁵⁰ Ny Juridik 4:15 s. 27, se särskilt s. 46; NJA 2014 s. 960 p. 24; NJA 2013 s. 271 p. 7; Samuelsson (2011), s. 64–65.

⁵¹ NJA 2014 s. 960 p. 24.

⁵² NJA 2014 s. 960 p. 23–24; NJA 2013 s. 271 p. 7; NJA 2012 s. 597 p. 13.

⁵³ SvJT 2015 s. 20, se särskilt s. 38.

⁵⁴ NJA 2012 s. 597 p. 7.

⁵⁵ NJA 2012 s. 597 p. 19.

också medför att de allmänna obligationsrättsliga principerna får större betydelse.⁵⁶

I NJA 2015 s. 3, verkar Högsta domstolen gå ifrån den uppställda tolkningsmodellen, vilket antas bero på att domstolen haft att tolka ett visst begrepp (fackmässighet) och inte ett villkors innebörd.⁵⁷ I målet anser Högsta domstolen att begreppet ska bedömas mot bakgrund av bestämmelsens syfte och söker därför ledning från motiven till AB 65.⁵⁸ Högsta domstolen tros i fallet göra en rimlighetsavvägning med tanke på regelns stora ekonomiska konsekvenser och synes inte ge dispositiv rätt någon betydelse i avgörandet. Att domstolen går tillbaka till motiven, betyder inte nödvändigtvis att domstolen återgår till den ovan nämnda traditionella tolkningsmetoden. Frågan i fallet rör begreppet fackmässighet – något som har stark koppling till entreprenadavtalets särskilda drag – och det är därför inte möjligt att hitta en lösning i dispositiv rätt, då begreppet inte återfinns på samma sätt inom andra rättsområden.⁵⁹

2.3 NS 8405

2.3.1 Giltighet och ändring av NS 8405

I NS 8405 pkt. 1 definieras ett entreprenadavtal som en avtalsrelation där entreprenören, som självständigt företag (ervervsdrivande), åtar sig att utföra ett bygg- eller anläggningsarbete för byggherren, som i fortsättningen benämns som beställare^{60, 61}. Åtskillnaden mellan entreprenör och beställare görs för att tydliggöra att NS 8405 inte är tillämpligt när beställaren utför en entreprenad i egen regi – då gäller istället arbetsrättsliga regler mellan beställaren och dennes anställda. Ett entreprenadavtal gäller vidare för själva utförandet av bygg- eller anläggningsarbetet och inte för projekteringen.⁶²

NS 8405 kan sägas innehålla två typer av regler: dels allmänna entreprenadrättsliga regler som tillämpas oavsett om NS 8405 avtalats eller inte⁶³ och dels ”avtaleskapte ordningar” såsom ansvarsbegränsningar och varslingsregler. Därmed kan NS 8405 inte ses som en ren kodifiering av gällande regler och måste därför vara inkorporerad i parternas avtal för att vara gällande. Det räcker att parterna hänvisar till NS 8405 i avtalet, och om parterna har ett partsbruk sinsemellan om att använda NS 8405 kan också det vara tillräckligt.⁶⁴

⁵⁶ SvJT 2013 s. 815, se särskilt s. 818.

⁵⁷ SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 270–272.

⁵⁸ NJA 2015 s. 3.

⁵⁹ SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 269–270.

⁶⁰ Enligt NS 8405 är definitionen av ”byggherre” enligt 2.2 den avtalspart som ”skal ha utfört det bygg- eller anleggsarbeidet som kontrakten omfatter”.

⁶¹ NS 8405 pkt. 1.

⁶² Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 20.

⁶³ Rt. 1967 s. 1248.

⁶⁴ Hagstrøm och Bruserud (2014), s 27; Hagstrøm (1997), s. 14.

NS 8405 innehåller inte några ändringsregler för att ändra standardkontraktet likt AB 04 kap. 1 § 3. Det finns en rangordningsregel i NS 8405 pkt. 3.1, där det individuella kontraktet ges högsta rang, följt av vissa andra avtalsrelaterade dokument och till sist standardkontraktet, det vill säga NS 8405. Någon särskild instruktion för ändring finns inte och det bör därför kunna antas att parterna kan känna sig friare i att anpassa avtalet och dess villkor till sin egen situation och relation. Dessutom får den enskilda avtalsrelationen en starkare position i NS 8405 eftersom mindre vikt läggs på standardavtalets villkor då de står lägst i rang och föregås av flera andra avtalsrelaterade dokument.

2.3.2 Tolkning av och utfyllande normer för NS 8405

Den norska entreprenadrätten har, likt den svenska, inte många rättskällor. Lagstiftning saknas och entreprenadvister blir i de flesta fall avgjorda genom skiljedom, varför urvalet av rättspraxis från Høyesterett är fåtalig.⁶⁵ I avsaknad av prejudicerande praxis, kan det bli relevant att se också på skiljedomspraxis. De skiljedomar som finns tillgängliga, som avgjorts av mycket kompetenta skiljemän och där processarbetet är noggrant, bör kunna presumeras få betydelse för entreprenadrättsliga bedömningar.⁶⁶ Høyesterett har även vid flera tillfällen hänvisat till de rådgivande uttalanden som ges av Byggebransjens Faglig Juridiske Råd.⁶⁷ Råden torde ha ungefär samma betydelse och vikt som skiljedomar.⁶⁸

Förutom ordalydelsen finns få källor för tolkningen av NS 8405. Officiella förarbeten till kontraktet saknas. Standardavtalets föregångare kan dock ge vägledning för förståelsen av NS 8405. Vidare har nyare lagstiftning, framförallt Kjøpsloven, varit förebild vid författandet av standardavtalet, varför det är möjligt att göra jämförelser med lagstadgade begrepp och regler. Vidare finns en kommentar till NS 8405.⁶⁹

Bustadoppføringsloven gäller endast vid konsumententreprenader, där särskilda skyddshänsyn görs gällande. Trots detta bör lagen samt dess förarbeten kunna få betydelse även vid kommersiella entreprenader då lagen kan antas innehålla regler av allmän entreprenadrättslig karaktär.⁷⁰

Det kan finnas endast en tolkningsinstruktion (snarare rangordningsregel) införd i NS 8405. I pkt. 3.2 anges att speciella bestämmelser ska gå före generella vid motstridiga avtalsvillkor och att bestämmelser utarbetade särskilt för kontraktet ska ges företräde framför standardiserade

⁶⁵ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 28.

⁶⁶ TfR 1999 s 815.

⁶⁷ Rt 2003 s. 1531; Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 29.

⁶⁸ Hagstrøm (1997), s. 15–16.

⁶⁹ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 27–29.

⁷⁰ TfR 1999 s. 815, se särskilt s. 815–816.

bestämmelser.⁷¹ Framförallt det sistnämnda ligger väl i linje med den starkt förankrade avtalsfriheten (se avsnitt 2.1).

2.4 Jämförelser, analyser och slutsatser

Det går inte att finna någon tolkningsmodell för norska entreprenadavtal, varken i norsk praxis eller litteratur, men troligen bör ovanstående svenska tolkningsmodell kunna ge ledning också vid tolkningen av NS 8405. Detta med hänsyn till båda standardavtalens liknande drag: de är förhandlade av marknadens parter, mot bakgrund av köplagen och andra obligationsrättsliga principer. Det bör inte, trots bristande tolkningsinstruktioner, vara kontroversiellt att påstå att gemensam partsavsikt bör stå högst i rang, följt av omständigheter vid sidan om avtalet och ordalydelsen.

Det bör med hänsyn till senare prejudicerande praxis stå klart att dispositiv rätt får stor betydelse vid tolkning av svenska entreprenadavtal i domstolar, vilket också bekräftas i litteraturen och flertalet artiklar. Vad gäller betydelsen av dispositiv rätt finns inget klart uttalande vad gäller NS 8405. Det menas i en artikel⁷² att norska entreprenadavtal inte analyseras med hjälp av köprättsliga regler och begrepp i samma omfattning som i Sverige. I den senaste boken på området vad gäller norsk rätt, *Entrepriserett* (2014), behandlas förutom entreprenadrättsliga regler även dispositiv rätt och obligationsrättsliga normer. Detta sker till viss del genom uttalanden om lagrum och principer inom dispositiv rätt, men framförallt genom utredningar och analyser av praxis och litteratur inom andra rättsområden. Detta kan vara en indikation på att den dispositiva rätten med dess obligationsrättsliga normer kan ge vägledning också vid tolkning av NS 8405, men eventuellt inte i lika stor utsträckning som i tolkningen av AB 04. Det är i denna uppsats således viktigt att, förutom att undersöka och utreda avtalstexterna och prejudicerande praxis, också ge utrymme åt rättsläget i dispositiv rätt. De dispositiva reglerna bör också försöka anpassas för att passa in i entreprenadrättsliga situationer och det entreprenadrättsliga avtalssystemet.

Vad gäller Högsta domstolens uttryckta krav på rimligt tolkningsresultat som nämnts ovan bör detsamma gälla i tolkningen av NS 8405, det vill säga att man även i norska sammanhang strävar efter ett rimligt tolkningsresultat. Det är svårt att föreställa sig att Høyesterett skulle avge en dom med orimliga resultat. Det kan eventuellt ifrågasättas huruvida rimlighetskravet är nytt, eller om det först nu kommer relativt klart till uttryck i domskäl i entreprenadrättsliga sammanhang. Denna frågeställning utreds dock inte ytterligare i uppsatsen.

Den uppdelning av täckbestämmelser respektive fasta bestämmelser som görs i AB 04 återfinns inte i NS 8405. På så sätt kan AB 04 anses mer flexibelt än NS 8405 eftersom parterna genom täckbestämmelserna

⁷¹ NS 8405 pkt. 3.2 tredje stycket.

⁷² Ny Juridik 4:15 s. 27, se särskilt s. 40.

uppmuntras till att anpassa avtalet till sin egen situation. Det finns dock inget som hindrar parterna från att, inom ramen för sin avtalsfrihet, avtala om andra bestämmelser än de som ges av de båda standardavtalen. Uppdelningen i AB 04 kan därför reellt sett inte sägas få någon avgörande betydelse för att individuellt anpassa avtalet.

Båda standardavtalen anses vara balanserade mellan parterna vad gäller risker och åtaganden. Detta kan betyda att avsteg och individuellt förhandlade villkor kan anses rubba en sådan balans. Samtidigt kan sådana avsteg anses vara ett starkare uttryck för att parterna uppmärksammat avtalssituationen och valt att överenskomma om något annat – något som i sin tur indikerar att parterna särskilt begrundat hur den gemensamma partsavsikten ska uttryckas i den särskilda situationen. En sådan avvikelse från standardavtalen kan på så sätt också få avgörande betydelse för tolkningen eftersom den gemensamma partsavsikten står högst i rang i tolkningsmodellen.

3 Entreprenörens ansvar för fel

3.1 Inledande anmärkningar

För att utreda möjligheten till att begränsa entreprenörens felansvar, bör först något sägas om de två avtalens regler och systematik kring detta felansvar. Syftet med detta är att skapa en utgångspunkt för att utreda huruvida standardavtalens felansvar kan frångås utan att ett sådant avsteg kan anses oskäligt.

3.2 Felansvar i AB 04

3.2.1 Inledande anmärkningar

Entreprenörens viktigaste förpliktelse är att avlämna entreprenaden i avtalsenligt skick.⁷³ Ett fel utgörs av att en del av entreprenaden inte utförts alls, eller inte utförts på kontraktsevenligt sätt.⁷⁴ Något generellt felbegrepp finns inte⁷⁵ och det måste därför först och främst utredas vad parterna avtalat. Det råder givetvis avtalsfrihet på området och om beställaren bestämmer sig för att beställa ett olämpligt utförande, är det beställarens problem.⁷⁶

Kontraktsevenligheten avgörs när arbetet är avslutat – vanligtvis vid *avlämning*, vilket som utgångspunkt sker vid slutbesiktning⁷⁷. Därför gäller som en allmän rättsprincip att entreprenören står risken för entreprenaden fram till slutförande⁷⁸ och att risken därefter övergår på beställaren.⁷⁹ I NJA 2013 s. 271 bedömer Högsta domstolen att AB 92 kap. 5 § 4 (motsvarande AB 04 kap. 5 § 1⁸⁰) utgör en reglering av *riskövergången* avseende skador på entreprenadarbetena. Bestämmelsen medför inte någon särskild påföljd eller skadeståndsskyldighet, utan avgör endast huruvida entreprenaden kan överlämnas i kontraktsevenligt skick, det vill säga huruvida fel eller dröjsmål eventuellt föreligger.⁸¹ I uppsatsen utreds entreprenörens ansvar för fel som görs gällande *efter* riskövergången, det vill säga efter avlämnandet.

⁷³ Höök (2008), s. 81–82.

⁷⁴ Begreppsbestämningen i AB 04 för ”fel”.

⁷⁵ Hedberg (2006), s. 92.

⁷⁶ Höök (2008), s. 83.

⁷⁷ AB 04 kap. 7 § 12.

⁷⁸ AB 04 kap 5 § 1 samt begreppsbestämningen i AB 04 för ”Entreprenadtid”; NJA 2013 s. 271 p. 8; Sandvik (1966), s. 264; Hedberg (2006), s. 85–86.

⁷⁹ JT 2014-15 nr. 2, s. 307, se särskilt s. 312.

⁸⁰ Jämförelsetabell – AB 92 till AB 04.

⁸¹ NJA 2013 s. 271 p. 10–12; AB 04 kap. 5 § 1 och 10; Hedberg (2006), s. 97.

3.2.2 Felansvar

Det får betydelse för felansvaret *när* felet framträder, då olika regler gäller när felet uppträder under garantitiden eller ansvarstiden.⁸² Vid entreprenadens godkännande, det vill säga vid slutbesiktning⁸³, börjar en *ansvarstid* om tio år att löpa, vilken inleds med en *garantitid*. Garantitiden är fem år för arbete och två år för material och varor, så länge parterna inte avtalat om att annan garantitid ska gälla. Garantitiden kan förlängas om entreprenören dröjer avsevärt med sin felavhjälpning.⁸⁴ Efter ansvarstidens slut har entreprenören inte längre något felansvar.⁸⁵

Det är också viktigt att skilja på *fel* samt skada på grund av fel, en så kallad *följdskada*, eftersom de medför olika ansvarsregler.⁸⁶

3.2.2.1 Felansvar under garantitiden

Under garantitiden utgörs entreprenörens felansvar av en *avhjälpandeskyldighet* för de fel som framträder under garantitiden.⁸⁷ När felet framträder under garantitiden, presumeras entreprenören vara ansvarig för felet⁸⁸ och måste avhjälpa utan ersättning.⁸⁹ För att undkomma ansvar krävs att entreprenören visar att både arbetsprestation samt material är kontraktsenliga eller att ett ansvarsbefriande förhållande föreligger.⁹⁰ Att felet *framträder* under garantitiden innebär att felet inte upptäcks eller bort upptäckts vid slutbesiktning av en normalt aktsam besiktningsman.⁹¹ Det finns dock några få undantag till denna regel i AB 04 kap. 7 §§ 11 och 12. En slutbesiktning får därmed inte en komplett avskärande verkan för entreprenörens ansvar, då möjligheter finns kvar för beställaren att göra fel gällande.⁹²

Felansvar under garantitiden görs gällande genom att beställaren skriftligen *reklamerar* fel utan dröjsmål.⁹³ En underlåten reklamation betyder dock inte att beställaren förlorar rätten till att påtala felet och kräva avhjälpande. Däremot kan en entreprenör kräva beställaren på den merkostnad som en sen reklamation innebär.⁹⁴

⁸² AB 04 kap. 5 §§ 1, 5 och 6.

⁸³ Hedberg (2006), s. 76–77; AB 04 kap. 7 § 12; Begreppsbestämningen i AB 04 för ”Entreprenadtid”.

⁸⁴ AB 04 kap. 4 §§ 7–9.

⁸⁵ PreskL § 2.

⁸⁶ Liman (2007), s. 152.

⁸⁷ Kommentar till AB 04 kap. 5 § 5; Liman (2007), s. 139. Se också NJA 2013 s. 271 p. 8 där det framkommer att rätt till fullgörelse, det vill säga avhjälpande av fel, blir gällande påföljd vid fel i utfört arbete.

⁸⁸ Liman (2007), s. 146; Hedberg (2006), s. 93.

⁸⁹ AB 04 kap. 5 §§ 5 och 17.

⁹⁰ Kommentar till AB 04 kap. 5 § 5.

⁹¹ Hedberg (2006), s. 93.

⁹² Hedberg (2006), s. 93.

⁹³ AB 04 kap. 5 § 15.

⁹⁴ Hedberg (2006), s. 101.

Entreprenören har både *rätt* och är *skyldig* att avhjälpa fel, vilket ska ske *utan dröjsmål* och senast inom *två månader* om inte lämplig årstid behöver inväntas.⁹⁵ Det är oklart exakt vilken tidsfrist som gäller för att en avhjälpare ska anses ske i rätt tid. Antingen kan man tolka det som att ett avhjälpare som sker inom två månader alltid är att anse som ett avhjälpare som skett utan dröjsmål, eller så är två månader endast en yttre gräns och ”utan dröjsmål” kan vara mycket tidigare. Den förstnämnda tolkningen kan inte anses rimlig med tanke på de följdskador som vissa akuta fel kan orsaka. En sådan tolkning ligger inte heller i linje med syftet i AB 04 att fel snabbt ska avhjälpas.⁹⁶ Om felet inte medför en risk för skada på entreprenaden eller om det inte innebär en betydande olägenhet för beställaren, kan parterna avtala om en annan avhjälparetidpunkt. Avhjälparet ska dock ske senast vid garantitidens utgång.⁹⁷

Köplagen anger i §§ 34 och 37 att ett fel ska avhjälpas inom skälig tid.⁹⁸ Vad som är skäligt bedöms från fall till fall och även felets art och komplexitet påverkar bedömningen. I linje med Högsta domstolens tolkningsmetoder i senare praxis (se avsnitt 2.2.3), är det troligt att tidsfristen för avhjälpare i entreprenader bedöms i linje med köplagen och vad som i övrigt får anses rimlighet samt att lojalitetsplikten beaktas. En sådan bedömning leder till att akuta fel ges en mycket kort avhjälpareperiod och att andra fel, som inte är akuta, ges en yttre ram på två månader.⁹⁹ Hur lång avhjälpareperiod entreprenören har beror därmed på felets karaktär; ett läckande rör måste till exempel avhjälpas snabbare än en ojämn puts.¹⁰⁰ Det måste alltså anses mycket oklart vilken exakt avhjälparefrist som gäller.

Entreprenören kan endast undantas skyldighet för avhjälpare om det skulle vara *oskäligt* att kräva avhjälpare med hänsyn till kostnaderna för detta samt andra omständigheter. Detta gäller för fel som är av *icke väsentlig betydelse* för beställaren, det vill säga fel som inte påverkar entreprenadens bestånd, utseende eller användning i väsentlig grad. Rekvisiten är kumulativa, vilket betyder att båda måste vara uppfyllda för att entreprenörens avhjälparenskyldighet ska kunna inskränkas. I fall då båda rekvisiten är uppfyllda har beställaren istället rätt till ett *prisavdrag* för värdeskillnaden mellan entreprenaden i kontraktsevenligt respektive felaktigt skick. Dock ska inte prisavdraget vara mindre än det belopp entreprenören sparar på det felaktiga utförandet. Entreprenören kan således inte tjäna på ett felaktigt utförande.¹⁰¹

Entreprenören ska *underrätta* beställaren skriftligen när fel är avhjälpt. Om entreprenören underlåter sådan skriftlig underrättelse eller om han inte

⁹⁵ AB 04 kap. 5 § 17.

⁹⁶ SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 276–277.

⁹⁷ AB 04 kap. 5 § 17.

⁹⁸ KöpL §§ 34 och 37.

⁹⁹ SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 277.

¹⁰⁰ Hedberg (2006), s. 102.

¹⁰¹ AB 04 kap. 5 § 18; Hedberg (2006), s. 104–105.

avhjälpes felet i rätt tid får beställaren låta avhjälpa felet.¹⁰² Det anses i litteraturen¹⁰³ att det är möjligt för entreprenören att i en sådan skriftlig underrättelse även meddela att han anser att något fel inte föreligger alls. Detta trots att det av paragraftexten endast framgår att entreprenören kan meddela att han inte ansvarar för felet. Vid de tillfällen då entreprenören avhjälpes fel han inte ansvarar för har han rätt till ersättning för detta avhjälpande. Detta förutsätter dock ett fastställande av att fel inte förelåg eller att entreprenören inte var ansvarig för felet. Troligen är det entreprenören som har bevisbördan vid ett sådant fastställande.¹⁰⁴

Det kan givetvis hända att entreprenören, trots sin ovannämnda avhjälpandeskyldighet, vägrar att avhjälpa fel eller avhjälpes för sent. Beställaren kan vid ett *försenat avhjälpande* kräva entreprenören på *skadestånd* för förväntade avhjälpandekostnader och för skada i övrigt om avhjälpandet inte sker tillräckligt skyndsamt.¹⁰⁵ En sådan förväntad avhjälpandekostnad kan krävas oavsett om beställaren avser att senare avhjälpa felet genom en annan entreprenör eller inte.¹⁰⁶ Ett sådant skadeståndsansvar är dessutom obegränsat när entreprenörens försenade avhjälpande är avsiktligt eller grovt vårdslöst.¹⁰⁷

3.2.2.2 Felansvar efter garantitiden

Efter garantitidens slut ansvarar entreprenören endast för eventuella *väsentliga fel*, men endast om entreprenören varit *vårdslös*.¹⁰⁸ Det är inte längre fråga om ett garantiansvar, utan en reklamationsrätt för beställaren som är begränsat till ovan nämnda ansvarstid på tio år. Detta betyder att det är beställaren som har bevisbördan för att entreprenören ansvarar för fel. Det beställaren har att visa, är att felet är väsentligt och inbyggt i entreprenaden samt att entreprenören varit vårdslös vid utförandet.¹⁰⁹ Garantitidens presumtionsansvar för att entreprenören är ansvarig försvinner alltså och bevisbördan för felansvar förflyttas från entreprenören till beställaren.

Vid bedömningen av huruvida felet är väsentligt, måste hänsyn tas både till felet i sig och uppkommen eller potentiell skada.¹¹⁰ Det är svårt att säga vad som utgör ett väsentligt fel, men det krävs troligen att felet påverkar entreprenadens livslängd, funktion eller säkerhet.¹¹¹ Fel som orsakar beställaren stora kostnader eller mindre fel som återkommer många gånger kan också anses väsentliga. De fel som kan åtgärdas utan entreprenörens särskilda fackkunskap och med relativt enkla medel är som regel inte att se

¹⁰² AB 04 kap. 5 § 17.

¹⁰³ Hedberg (2006), s. 103.

¹⁰⁴ Hedberg (2006), s. 103–104.

¹⁰⁵ SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 277; NJA 2014 s. 960.

¹⁰⁶ NJA 2014 s. 960 p. 35, där det däremot anges att det föreligger en *presumtion* för avhjälpande.

¹⁰⁷ SvJT 2015 s. 258, se särskilt s. 277.

¹⁰⁸ AB 04 kap. 5 § 6.

¹⁰⁹ Kommentarer till AB 04 kap. 5 § 6; Hedberg (2006), s. 95.

¹¹⁰ Kommentarer till AB 04 kap. 5 § 6.

¹¹¹ Hedberg (2006), s. 95.

som väsentliga.¹¹² Kommentartexten till AB 04 kap. 5 § 6 exemplifierar flera parametrar som kan få betydelse för bedömningen av vad som kan anses vara väsentliga fel. Sammantaget torde dessa parametrar syfta till att det ska göras en helhetsbedömning av samtliga omständigheter för att kunna avgöra huruvida det rör sig om ett väsentligt fel. I kommentartexten påtalas också möjligheten för parterna att avtala om vilka fel som ska anses väsentliga genom att till exempel avtala en beloppsgräns för vad som ska anses vara väsentliga fel. Att avtala om specifika krav för väsentliga fel kan vara ett bra sätt för parterna att öka förutsägbarheten vad gäller väsentlighetsbedömningen.

I tillägg till att felet ska vara väsentligt, krävs också att beställaren kan visa att entreprenören varit *vårdslös* vid utförandet. Vid prövningen av vårdslöshet bedöms huruvida entreprenören agerat på ett annat sätt än vad som fordrats, till exempel om beställarens anvisningar frångåtts¹¹³. Även avvikelser från fackmässighet förutsätts utgöra vårdslöst agerande. Entreprenören kan undkomma ansvar för vårdslöshet genom att visa att det finns godtagbara skäl för det avvikande handlandet.¹¹⁴ Se mer om vårdslöshetsbedömningar i entreprenadavtal i kapitel 5.

Efter garantitidens slut kan alltså noteras att tröskeln för att göra gällande fel höjs. Rekviriten blir strängare eftersom det krävs att det både rör sig om ett väsentligt fel och att entreprenören varit vårdslös. Dessutom är det beställaren som får bevisbördan för att båda rekviriten är uppfyllda.

3.2.2.3 Ansvar för följdskador

Om entreprenören är ansvarig för fel är han också ansvarig för de skador som felet orsakar, det vill säga *följdskador*.¹¹⁵ Ansvaret är strikt och gäller också om felet beror på ett fel i material och inte nödvändigtvis hänför sig till vårdslöshet hos entreprenören. Skadeansvaret är obegränsat, till skillnad från ansvaret i AB 04 kap. 5 § 11 (se avsnitt 4.2).¹¹⁶ För att entreprenören ska vara ansvarig för avbrott i kommersiell verksamhet krävs dock att entreprenören anses grovt vårdslös.¹¹⁷

Det ska i sammanhanget inte göras någon vidare utredning om följdskador. Avsikten är endast att belysa att ett felansvar kan medföra ytterligare ansvar och kostnader än endast själva avhjälpandet.

¹¹² Kommentartext till AB 04 kap. 5 § 6.

¹¹³ Se exempelvis NJA 1992 s. 130, där entreprenören ändrat konstruktionen vid utförandet.

¹¹⁴ Kommentartext till AB 04 kap. 5 § 6.

¹¹⁵ AB 04 kap. 5 § 8.

¹¹⁶ Hedberg (2006), s. 95–96.

¹¹⁷ AB 04 kap. 5 § 11; Hedberg (2006), s. 105–106.

3.3 Felansvar i NS 8405

3.3.1 Inledande anmärkningar

I NS 8405 bedöms mangel (fel) i två steg. Först utreds om arbetet avviker från vad som avtalats. En sådan avvikelse kallas för en *svikt*. Svikten måste också vara underkastad entreprenörens *risk*, det vill säga ett förhållande som entreprenören ansvarar för. En svikt underkastad entreprenörens risk kallas för *mangel*, som i den fortsatta framställningen också benämns som *fel*. Dessutom ingår de fel som uppträder efter avlämnandet om de är en följd av det ursprungliga felet.¹¹⁸

Inom entreprenader kan ett utförande som innehåller fel lika gärna anses ofärdigt och därmed försenat. Ett utförande som är försenat eller uteblivet, faller under förseningsreglerna och ett utförande i strid med avtalet faller under felansvarsreglerna. Detta uttrycks indirekt genom NS 8405 pkt. 32.5 om att beställaren kan vägra att överta projektet när fel hindrar brukandet, med följderna att entreprenören anses vara försenad och påläggs att färdigställa arbetena, och NS 8405 pkt. 36.1 om att fel bedöms vid övertagande. Ett hinder mot brukande föreligger ofta vid väsentliga fel¹¹⁹, men likväl måste en helhetsbedömning göras angående huruvida beställaren har en rimlig grund att neka övertagandet.¹²⁰

Den allmänna regeln kan sägas vara att varje part bär risken för fel på sitt eget funktionsområde.¹²¹ Entreprenörens funktionsområde är *utförandet* av entreprenaden och entreprenören bär således risken för att utförandet blir korrekt även om det kan uppstå svårigheter eller fördyringar under vägen. Det är något oklart vad som kan anses ingå i utförandeansvaret och därför måste en bedömning ske från fall till fall.¹²² Om utförandet blir dyrare än entreprenören tänkt, är det en risk entreprenören måste bära. Möjligen kan entreprenören ha rätt till extra ersättning för det dyrare utförandet, men då måste extraordinära förhållanden föreligga.¹²³ Utförandeansvaret kan sägas inskränkas av *projekteringsansvaret*, vilket normalt sett är beställarens ansvarsområde vid utförandeentreprenader. Ofta överläts vissa detaljer i projekteringen till entreprenören såsom spikdimension, svetsningsmetoder eller arbetsordning och det är entreprenören som bär risken för den del av projekteringen som entreprenören blivit tilldelad.¹²⁴ Ju mer detaljrika krav beställaren har i projekteringen, desto mindre valmöjligheter får entreprenören i sitt utförande.¹²⁵

¹¹⁸ NS 8405 pkt. 22 och 36.1; Hagström och Bruserud (2014), s. 363–367 och 378.

¹¹⁹ Hagström och Bruserud (2014), s. 363–365.

¹²⁰ Bustadsoppföringsloven § 21-10; Hagström och Bruserud (2014), s. 364–365.

¹²¹ Hagström (2011), s. 333–335.

¹²² Hagström och Bruserud (2014), s. 204.

¹²³ Rt. 1999 s. 922, se särskilt s. 930 och 940.

¹²⁴ Hagström och Bruserud (2014), s. 204–206; Rt. 1999 s. 922.

¹²⁵ Hagström (1997), s. 77.

3.3.2 Felansvar

Risken för entreprenaden övergår till beställaren vid en ”formell overtakelsesforretning”, där entreprenören och beställaren går igenom byggarbetena och för protokoll över eventuella fel samt huruvida beställaren övertar eller vägrar att överta entreprenaden. Vid underteckning av protokollet övergår risken till beställaren.¹²⁶ Övertagandet innebär inte att beställaren godkänner hela entreprenaden och gör avkall på felanmärkingar, utan är snarare en genomgång av arbetena och starten på den femåriga reklamationsfristen som stadgas i NS 8405 pkt. 36.7. Vid fel som har sin grund i entreprenörens grova vårdslöshet, finns ingen reklamationsfrist enligt NS 8405 pkt. 36.8.¹²⁷

Rätt till avhjälpande för fel som dyker upp efter overtakelsesforretningen är avhängigt beställarens *reklamation*, vilken måste göras i rätt tid för att vara gällande. Fel måste reklameras inom *fem år* för att kunna göras gällande. Det innebär dock inte att beställaren kan vänta till femårsperioden närmar sig sitt slut för att reklamera fel. Fel ska nämligen göras gällande när de uppstår genom *löpande reklamation*. Reklamation ska ske utan ”ugrunnet opphold”, vilket ger beställaren en kort frist att reklamera. Denna frist gäller även inom det första uppsamlingsåret (se nedan) av reklamationstiden. Avsikten med reklamationen är att ge en avskärande verkan mot berättigade krav på felavhjälpande. Beställaren har också rätt att göra gällande fel som har sin grund i entreprenörens uppsåt eller grova vårdslöshet, trots utlöppt reklamationstid.¹²⁸ I de fall entreprenören inte anser sig ansvarig för ett fel, måste entreprenören skriftligen och ”utan ugrunnet opphold” göra gällande att reklamation skett för sent. Om entreprenören inte gör detta anses reklamationen ha gjorts i rätt tid.¹²⁹

Vid de tillfällen parterna inte avtalat att NS 8405 ska gälla, eller om reklamationsreglerna strukits eller avtalats bort, gäller enligt allmänna kontraktsrättsliga regler att reklamation ska ske inom rimlig tid efter att beställaren upptäckt eller bort upptäckt ett fel.¹³⁰ Då NS 8405:s reklamationsfrister inte anses utgöra allmänna rättsgrundsatser¹³¹ gäller istället foreldelseslovens (motsvarande preskriptionslagen) tidsfrister.¹³² Det innebär som utgångspunkt en reklamationstid på tre år¹³³. Men när beställaren saknar nödvändig kunskap om felet (till exempel vid dolda fel), förlängs tiden med ett år i taget i upp till tio år¹³⁴, vilket ger en total reklamationstid på 13 år.¹³⁵

¹²⁶ NS 8405 pkt. 32.1–6.

¹²⁷ NS 8405 pkt. 36.7–8; Hagstrøm (2011), s. 657.

¹²⁸ NS 8405 pkt. 36.7–8; Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 415–417.

¹²⁹ Rt. 1984 s. 962.

¹³⁰ Jussens venner 03/2010 s. 185 ff.

¹³¹ Sandvik (1966), s. 419; Se också en mer generell framställning i Jussens venner 03/2010 s. 184 ff.

¹³² Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 416.

¹³³ Foreldelsesloven § 2.

¹³⁴ Foreldelsesloven § 10.

¹³⁵ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 416–417.

Den centrala påföljden vid fel är ”krav på utbedring”, det vill säga *avhjälpande*, medan *prisavslag* och *ersättning* är subsidiära till avhjälpanDET.¹³⁶ Rätt till avhjälpanDE anses vara en allmän entreprenad-rättslig regel, även när det inte uttryckligen anges av parternas kontrakt.¹³⁷ Entreprenören är berättigad och skyldig att avhjälpa fel så länge beställaren reklamerar i tid och har inte någon rätt till ersättning för detta. AvhjälpanDE-skyldigheten är oavhängig huruvida felet är väsentligt eller inte eller om felet ens ligger inom entreprenörens kontroll.¹³⁸ Om parterna är oeniga huruvida fel föreligger eller inte, är entreprenören ändå skyldig att avhjälpa. Entreprenören kan dock kräva säkerhet för ersättning om det senare skulle visa sig eller avgöras att felet inte ligger inom entreprenörens risk.¹³⁹

Fristen för avhjälpanDE sätts *ensidigt* av beställaren, som måste sätta en *rimlig* frist för att den ska vara gällande. Först om entreprenören inte respekterar fristen har beställaren rätt att kräva ersättning för att låta en annan entreprenör avhjälpa felet.¹⁴⁰ I en sådan situation spelar det ingen roll att en eventuell försening beror på händelser utanför entreprenörens kontroll.¹⁴¹ Det finns också möjlighet att samla alla fel inom det första året för att entreprenören ska kunna göra ett samlat avhjälpanDE, så länge detta inte är klart olämpligt för beställaren.¹⁴² De fel som dyker upp efter det första uppsamlingsåret är entreprenören skyldig att avhjälpa kontinuerligt.¹⁴³

Entreprenörens avhjälpanDEskyldighet begränsas i NS 8405 av en ”*misligförhållsbegränsning*”. Den generella regeln är att entreprenören inte behöver avhjälpa fel när avhjälpanDEs kostnader blir oproportionerligt stora i förhållande till beställarens nytta. I de fallen sker korrektion istället genom *prisavdrag*.¹⁴⁴ Huruvida misligförhållsbegränsningen blir aktuell avgörs genom en skönsässig bedömning, där fel som påverkar användandet av entreprenaden ofta får större betydelse än rena skönhetsfel. Det kan också uppkomma situationer där misligförhållsbegränsningen inte blir aktuell förrän entreprenören avhjälper en del av felen eller felet och att resterande del istället kompenseras med ett prisavdrag.¹⁴⁵ Prisavdraget ska motsvara den värdeminskning felet orsakar byggnaden och ska minst uppgå till det belopp entreprenören sparat genom att välja det felaktiga utförandet istället för det kontraktsevenliga. Det är endast i samband med misligförhållsbegränsningen som prisavdrag kan göras gällande. Prisavdrag kan i andra situationer varken krävas av beställaren eller erbjudas av entreprenören som ett alternativ till avhjälpanDE.¹⁴⁶

¹³⁶ Hagström och Bruserud (2014), s. 389; NS 8405 pkt. 36.2.

¹³⁷ TfR 1986 s. 64, se särskilt s. 74 ff.; NS 8405 pkt. 36.2; Rt. 1972 s. 449, se särskilt s. 454.

¹³⁸ Hagström och Bruserud (2014), s. 389.

¹³⁹ NS 8405 pkt. 36.2 tredje stycket; Rt. 1972 s. 449, se särskilt s. 455.

¹⁴⁰ NS 8405 pkt. 36.2–3.

¹⁴¹ Hagström och Bruserud (2014), s. 393.

¹⁴² NS 8405 pkt. 36.2 stycke 6.

¹⁴³ NS 8405 pkt. 36.2; Hagström och Bruserud (2014), s. 394–395.

¹⁴⁴ NS 8405 pkt. 36.2 första stycket och pkt. 36.4; Hagström och Bruserud (2014), s. 396.

¹⁴⁵ Hagström och Bruserud (2014), s. 390.

¹⁴⁶ NS 8405 pkt. 36.4; Hagström och Bruserud (2014), s. 396–397.

3.4 Jämförelser, analyser och slutsatser

I både AB 04 och NS 8405 uttrycks avhjälpande som både en skyldighet och en rättighet. I de båda avtalen inskränks avhjälpandeskyldigheten endast när kostnaden skulle bli orimligt hög i förhållande till nyttan. På detta plan är avtalen med andra ord lika. Felansvaret kan i de båda avtalen sägas bestå av att korrigera sin prestation eller arbetsutförande, antingen genom entreprenörens avhjälpande eller ett avhjälpande i beställarens regi. Avhjälpandereglerna ger vidare uttryck för att ett korrekt utförande är entreprenörens primärförpliktelse, som endast kan undkommas i undantagsfall. Ett upplägg med en strikt avhjälpandeplikt ligger också i linje med den önskade hänsynen till samhällsnyttan som uttrycks i artikeln av Samuelsson och Arvidsson (2014)¹⁴⁷ (se ovan i avsnitt 2.2.2). Givetvis är det av intresse för samhället i stort att fel i entreprenader avhjälps och att byggnader genom detta håller högre teknisk standard.

NS 8405 förefaller i övrigt vara enklare att tillämpa vad gäller entreprenörens felansvar. För det första delas inte fel in i väsentliga och vanliga fel. För det andra delas inte ansvarstiden in i olika långa perioder för olika typer av fel med olika påföljder. Istället gäller en femårsperiod för felansvar oavsett vilken typ av fel det är fråga om och oavsett entreprenörens vårdslöshet eller skuldgrad. Det blir således inte lika många värderingar som behöver göras vid en felbedömning, vilket ger ett mer förutsebart och lättanvänt avtal. Visserligen kan det te sig något strikt att ge entreprenören en femårig felansvarsperiod som i NS 8405, men det ger åtminstone entreprenören en möjlighet att lättare kalkylera och räkna in eventuellt ansvar i kostnadsberäkningen om han vet relativt säkert att han kommer att kunna hållas ansvarig. Ett förutsebart och strikt felansvar likt det i NS 8405 bör också medföra ett större incitament till entreprenörer att hålla god kvalitet på arbetet, vilket också ligger i linje med entreprenörens samhällsansvar för god byggnadskvalitet, som uttrycks i den artikel¹⁴⁸ som nämns ovan.

NS 8405 betingas tydligare av en reklationsfrist eftersom reklamationen är avgörande för rätten till felavhjälpande. Entreprenörens felansvar kan alltså sägas aktiveras genom beställarens reklamation. Reklamationen måste göras i rätt tid och annars kan entreprenören inte hållas ansvarig, annat än om entreprenören varit grovt vårdslös, då reklationsfristen är utan begränsning. I det svenska avtalet finns ingen sådan konsekvens av reklamation. I AB 04 läggs det istället avgörande vikt på att bevisa felets karaktär (enkelt eller väsentligt) och entreprenörens ansvar för felet, det vill säga dess framträdande under garanti- eller ansvarstid samt eventuell vårdslöshet. Den enda påföljden för beställarens sena reklamation i AB 04 är att beställaren får stå för den eventuella merkostnad som den försenade reklamationen innebär för entreprenören, men han mister inte därmed sin rätt att göra gällande fel. Det bör vara lättare att bevisa rätt eller fel tidpunkt

¹⁴⁷ Ny Juridik 4:15 s. 27.

¹⁴⁸ Ny Juridik 4:15 s. 27.

för en reklamation, än att visa ett fels karaktär eller när ett fel framträtt. Detta eftersom det är lättare att visa en objektiv tidpunkt, än att visa mer subjektiva kriterier som väsentlighet och vårdslöshet. Återigen kan NS 8405 därför anses mer lättanvänt och mer förutsägbart för parterna eftersom reglerna kring att göra gällande fel är tydligare och karakteriseras av en absolut reklamationsfrist istället för värderingsspörsmål.

Det finns också skillnader i fristen för avhjälpande. I AB 04 finns ingen bestämd avhjälpandefrist, vilket är förbundet med osäkerheter för båda parter. I det norska NS 8405 sätts fristen ensidigt av beställaren. Även om detta kan anses obalanserat, så ger det i alla fall en exakt frist och bidrar därmed till förutsägbarhet för båda parterna. Dessutom begränsas beställarens beslutskompetens av att fristen måste vara rimlig.

Sammantaget kan de osäkerheter som är förenade med de krångliga felansvarsreglerna i AB 04 sägas spegla påståendet om att AB 04 är en kompromisslösning mellan beställarsidan och entreprenörsidan (se avsnitt 1.2). Felansvarsreglerna i AB 04 innebär ett långt och invecklat avvecklande av entreprenörens ansvar och är förknippat med flera värderingsspörsmål och därmed osäkerheter för båda parter. Kanske ett mer strikt och tydligt avtal, såsom NS 8405, ur denna aspekt kan anses fördelaktigt då det är lättare att tillämpa och därmed ger bättre förutsägbarhet för parterna.

4 Avtalade ansvarsbegränsningar

Detta kapitel syftar till att ge en generell introduktion till ansvarsbegränsningar samt mer specifikt behandla de ansvarsbegränsningar som finns i AB 04 respektive NS 8405.

4.1 Inledande anmärkningar

Dispositiv rätt baseras på genomtänkta rättspolitiska avvägningar mellan olika parter intressen och ger därför en anvisning om vad som anses acceptabelt mellan avtalsparter. Ett avtalsvillkor som skiljer sig från dispositiv rätt är inte per definition otillåten, men innebär att den accepterade balansen mellan parterna förändras. Det kan finnas olika orsaker till att parterna vill avtala om en annan ansvarsfördelning eller andra påföljder än de som erbjuds i dispositiv rätt. En orsak kan vara att ansvarsfördelningen eller påföljderna som ges av dispositiv rätt inte passar den särskilda avtalssituationen. En annan orsak kan vara att parterna kan önska en bättre förutsägbarhet genom att reglera detta på förhand. Eller så har parterna gjort andra intresseavvägningar och riskvärderingar än de som uttrycks i dispositiv rätt. Ett avtal som skiljer sig från dispositiv rätt kan därför anses vara en motiverad och begrundad avvikelse från den dispositiva rättens regler.¹⁴⁹ Samtidigt kan en ansvarsbegränsning skapa en disproportionalitet mellan parterna och särskilt stor är risken för detta där ansvarsbegränsningen görs till fördel för den starkare parten.¹⁵⁰

Ett vanligt motiv bakom friskrivningar är att en eller båda parter vill ”undvika eller begränsa risken för att drabbas av kostnader som, vid tiden för avtalsslutet, är mer eller mindre möjliga att förutse”. Det handlar alltså om faktorer såsom omfördelning av ansvar, förutsebarhet¹⁵¹ och beredskap.¹⁵² I entreprenadrättsliga sammanhang kan den part som måste bära felansvar orsakas stora ekonomiska konsekvenser eftersom avhjälpan kan bli dyrt och eftersom fel dessutom kan orsaka betydande följdskador. Mot bakgrund av att det råder avtalsfrihet finns det givetvis en möjlighet för parterna att avtala om mer eller mindre omfattande felansvar än det som anges i standardavtalen i fråga. I slutändan rör det sig om en kostnadsfråga för vem som vill bära risken; är beställaren villig att betala mer för att entreprenören ska bära ett större ansvar, eller vill beställaren hellre ha ett lägre pris och bära en större del av risken själv?

¹⁴⁹ JT 2015-16 nr. 1 s. 50. Se också Hagström (2011), s. 642 ff.

¹⁵⁰ Hagström (2011), s. 642.

¹⁵¹ Ramberg, i Festskrift till Ulf K. Nordenson, s. 387, där Ramberg menar att ansvarsbegränsningar är en metod för att skapa förutsägbarhet i parternas ansvarsrelationer, och utgör inte en skälighetsavvägning av parterna.

¹⁵² Lundmark (1996), s. 77–78.

Möjligheten till försäkring är också en omständighet som påverkar en parts möjlighet och benägenhet att acceptera och föra in ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar i avtal.¹⁵³ En part i ett specialiserat företag som har en uppbyggd organisation och kunskap kring en viss typ av vara eller tjänst kan oftare acceptera ett mer långtgående ansvar då denna part har bäst förutsättningar för att eliminera eller minimera risken för ansvarets inträdande.¹⁵⁴ En entreprenör måste kunna antas vara ett sådant specialiserat företag, då entreprenörens verksamhet består i att leverera byggtjänster. Dessutom är det entreprenören som har ansvaret för ett korrekt utförande och är således den som kan undvika att utförandet blir felaktigt.

Det finns olika sätt att begränsa sitt ansvar: *generell friskrivning* för alla avtalsbrott, *konkret friskrivning* av vissa typer av avtalsbrott samt *påföljdsfriskrivning* av alla eller vissa påföljder, helt eller delvis.¹⁵⁵ Ett avtal kan också innehålla *omfattningsföreskrifter*, det vill säga klausuler som förklarar avtalets prestation och omfattning. En sådan omfattningsföreskrift kan exempelvis utgöras av att prestationen preciseras till att utgöras av uppförandet av ett hus. Omfattningsföreskrifter kan inte ses som ansvarsfriskrivningar, men de begränsar däremot avtalets och prestationens omfattning.¹⁵⁶ På så sätt kan exempelvis inte beställaren kräva att ett garage ingår i uppförande av hus.

Det är ofta påföljder som parterna önskar att begränsa eller friskriva sig helt ifrån och sådana påföljdsregleringar finns ofta i standardavtal. En påföljdsreglering kan ske genom att villkoren för att en viss påföljd ska inträda ändras, att påföljden begränsas eller att en viss påföljd inte inträder alls.¹⁵⁷ Ett avtal om att ingen påföljd alls ska inträda utgör en *total ansvarsfriskrivning*, medan en *ansvarsbegränsning* innebär att endast en viss typ av påföljd kan göras gällande eller att andra förutsättningar än de som anges i dispositiv rätt ska ge en part rätt att kräva en viss påföljd. En ansvarsfriskrivning är således mer långtgående än en ansvarsbegränsning. Eventuellt kan även begränsningar i ansvarstid, till exempel för felavhjälpande, anses tillhöra kategorin ansvarsbegränsningar.¹⁵⁸ Parterna erbjuds genom sin avtalsfrihet ett vitt spektra av olika möjligheter att begränsa felansvar. Det kan exempelvis ske genom att avtala om vilka typer av fel som ansvaras för, hur stort belopp som maximalt ersätts eller genom vite (mer om vite som ansvarsbegränsning i avsnitt 4.2.3).¹⁵⁹

¹⁵³ Lundmark (1996), s. 77–78.

¹⁵⁴ Lundmark (1966), s. 77; Werin (1982), s. 218; För ett rättsekonomiskt perspektiv, se SvJT 1987 s. 473, se särskilt s. 477–478.

¹⁵⁵ Ramberg och Ramberg (2014), s. 229.

¹⁵⁶ JT 2015-16 nr. 1 s. 52; Hagström (2011), s. 644; Ramberg och Ramberg (2014), s. 229.

¹⁵⁷ Håstad (2009), s. 124; JT 2015-2016 nr. 1 s. 50; Hagström (2011), s. 642–643.

¹⁵⁸ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 52–53; Lundmark (1996), s. 181; Hagström (2011), s. 643.

¹⁵⁹ Ramberg och Ramberg (2014), s. 232; Hagström (2011), s. 643.

4.1.1 Giltighet av ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar

Eftersom AB 04 och NS 8405 är standardkontrakt bör något sägas om huruvida friskrivningsklausuler och ansvarsbegränsningar intagna i standardvillkor anses giltiga mellan parterna, det vill säga huruvida de kan anses vara en del av det individuella avtalet. För att standardvillkor ska bli giltiga mellan parter måste villkoren vara bekantgjorda för motparten och motparten ska inte ha svårighet att ta del av dem.¹⁶⁰ För oväntade eller betungande klausuler såsom ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar ställs strängare krav.¹⁶¹ Hur stränga krav som ska ställas beror på omständigheterna i situationen och hur långtgående friskrivningen är.¹⁶² För de ansvarsbegränsningar som redan finns införda i AB 04 och NS 8405 (se mer om dessa nedan i avsnitt 4.2 och 4.3) lär inte särskilt stränga krav ställas, då båda avtalen är framförhandlade mellan branschens parter och anses innehålla en väl avvägd riskfördelning mellan parterna.

Som utgångspunkt gäller att det kan avtalas om ansvarsbegränsningar redan innan något avtalsbrott skett.¹⁶³ En ansvarsbegränsnings ordalydelse bör vara *klar och tydlig* eftersom den annars riskeras att inte tolkas som en friskrivning. Även den ansvarsbegränsande parten bör vara tydlig, i den mening att denne inte bör agera motstridigt genom att exempelvis lämna garantier och precisa uppgifter men samtidigt friskriva sig från fel. I sådana fall¹⁶⁴ anses en garanti ha företräde framför en generell friskrivning. Ett sådant företräde bedöms extra strängt i de tillfällen friskrivningen ligger i ett standardavtal då motparten som regel inte läser igenom sådan avtalstext.¹⁶⁵

Ansvarsbegränsningar måste inte göras uttryckligen utan kan också göras underförstått. Vid en bedömning av huruvida en sådan underförstådd ansvarsbegränsning gjorts måste en helhetsbedömning göras genom att exempelvis se på avtalets ordalydelse, ändamål och syfte, omständigheter vid sidan om avtalet, bakgrundsrätt, lojalitetsplikt mellan parterna samt skälighetsaspekter.¹⁶⁶

Sammanfattningsvis kan det alltså sägas att det generellt sett råder avtalsfrihet vad gäller ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar. Utöver de felansvarsbegränsningar som redan görs i AB 04 och NS 8405 finns det alltså möjlighet för parterna att ytterligare reglera felansvar genom att avtala om kriterier för exempelvis felbestämning, felansvarstid och felpåföljder.

¹⁶⁰ Lundmark (1996), s. 99–100; Bernitz (2013), s. 63 ff.; NJA 2011 s. 600 p. 8–9.

¹⁶¹ Se exempelvis NJA 2011 s. 600 p. 9, NJA 1979 s. 401, NJA 1978 s. 432, NJA 1980 s. 46 och Rt. 1925 s. 945. Se också Bernitz (2013), s. 65 och 68 ff.

¹⁶² Bernitz (2013), s. 65 och 68 ff.; Krüger (1991), s. 480 ff.; Lundmark (1996), s. 101.

¹⁶³ Hagström (2011), s. 643.

¹⁶⁴ NJA 1993 s. 436, se särskilt s. 451 ff.; NJA 1983 s. 865.

¹⁶⁵ Ramberg och Ramberg (2014), s. 230–231; Håstad (2009), s. 84 ff.

¹⁶⁶ SvJT 2015 s. 125, se särskilt s. 133; Ramberg och Ramberg (2014), kap. 9.

4.1.2 Kontroll av ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar

Det kan sägas finnas tre metoder för kontroll av friskrivningsklausuler: genom tvingande rättsregler, näringsrättslig- eller marknadsmässig metod och slutligen judiciell kontroll genom domstolar.¹⁶⁷ I avsaknad av tvingande rättsregler relevanta för uppsatsens frågeställning, utreds kontrollmetoden genom tvingande rättsregler inte vidare i detta sammanhang. Den näringsrättsliga kontrollen sker genom Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare där domstolar ges en möjlighet att förbjuda näringsidkares bruk av oskäligen avtalsvillkor på marknaden. De oskäligen avtalsvillkoren återfinns oftast i standardavtal eller som allmänna avtalsvillkor. Dock finns få exempel på användandet av den näringsrättsliga kontrollen och dess betydelse kan därför ifrågasättas.¹⁶⁸

Den judiciella kontrollen kan delas in i en dold respektive öppen kontroll. Den så kallade *dolda kontrollen* av avtalsvillkor (se också avsnitt 2.1) syftar till att försöka motverka att avtalsfriheten missbrukas exempelvis genom användandet av långtgående friskrivningar. Kontrollen sker genom att domstolarna försöker ge alltför ensidigt utformade avtalsvillkor en begränsad räckvidd. Detta kan ske genom stränga krav för att sådana standardvillkor ska anses vara en del av avtalet eller genom tydlighetskrav och andra principer för restriktiv tolkning för att ge avtalsvillkor rättsverkan. Denna dolda kontroll anses ha minskat till förmån för den *öppna kontroll* som sker främst genom 36 § AvtL. Den öppna kontrollen sker när domstolarna förklarar avtalsvillkor oskäligen med stöd av generalklausuler eller allmänna rättsprinciper.¹⁶⁹ Det handlar om att skälighet och rättvisa vägs mot principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet för att upprätthålla en social och ekonomisk rättvisa.¹⁷⁰

Tillgången till ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar begränsas framförallt av jämningsmöjligheten i 36 § AvtL. I en sådan jämningsbedömning får det betydelse hur undermålig varan – i detta fall entreprenaden – är. Det får också betydelse vilka som är parter, huruvida beställaren har rätt till några påföljder alls enligt avtalet med mera. Det är en helhetsbedömning utefter samtliga omständigheter som görs och således kan ett ogynnsamt avtalsvillkor vägas upp av ett fördelaktigt.¹⁷¹

Det finns exempel där en total ansvarsfriskrivning åsidosatts av Högsta domstolen när en byggmästare överlätit en byggnad behäftad med ett allvarligt konstruktionsfel.¹⁷² I fallet var det dock fråga om ett konsumentköp och då konsumenterna anses vara en grupp med skydds-

¹⁶⁷ Bernitz (2013), s. 28–29; Lundmark (1996), s. 97.

¹⁶⁸ Lundmark (1996), s. 121–130.

¹⁶⁹ Lundmark (1996), s. 82–83 och 96 ff.; Bernitz (2013), s. 28–29.

¹⁷⁰ Lundmark (1996), s. 86–88.

¹⁷¹ Håstad (2009), s. 124; Hagström (2011), s. 643.

¹⁷² NJA 1981 s. 400.

behov¹⁷³ bör viss försiktighet iakttas i domens betydelse för kommersiella förhållanden. En partiell ansvarsfriskrivning i ett standardavtal upprätthålls däremot i en annan dom eftersom köparen enligt kontraktet haft rätt till andra påföljder än den ersättning för indirekt skada som yrkats på. Vidare ansågs det finnas skäl att beakta säljarens möjlighet att kunna bedöma och överblicka de ekonomiska riskerna. Dessutom framhålls i den sistnämnda domen att friskrivningar från indirekta skador anses vara en nationellt och internationellt godtagbar avtalsreglering.¹⁷⁴

Även om det som utgångspunkt råder avtalsfrihet gällande ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar, sätter dessa kontrollmetoder en gräns för vad som accepteras inom avtalsfriheten.

4.1.3 Internationella regelverk kring ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar

I den norska litteraturen anses att det i kommersiella avtal är viktigt att inte avvika från internationella regelverk.¹⁷⁵ I Högsta domstolen beaktas sådana regelverk i NJA 2012 s. 597.¹⁷⁶ Det är i sammanhanget därför intressant att säga något om dessa internationella regleringar.

I UNIDROIT Principles art. 7.1.6 anges att ansvarsfrihetsklausuler endast ska åsidosättas om det vore "grossly unfair" att upprätthålla dem.¹⁷⁷ Avsikten är att ge domstolarna en bred diskretionär beslutskompetens i en skälighetsbedömning, men några faktorer för bedömningen ges inte.¹⁷⁸ Ramberg anser i en artikel att en rimlig utgångspunkt är att ansvarsbegränsningar endast ska sättas ur spel vid grova avtalsbrott genom medvetna handlingar på rättshandlings- eller ledningsnivå.¹⁷⁹ Artikeln skrevs dock med utgångspunkt i ett rättsfall gällande godsbefordran och därför kan det inte uteslutas att en del av analysen är präglad av transporträttens synsätt och intressen.

Även PECL art. 8:109 föreskriver en diskretionär skälighetsbedömning av ansvarsbegränsningar utefter omständigheterna och förhållandena i avtalsrelationen.¹⁸⁰

Enligt DCFR är en begränsning av skadeståndsansvar vid personskador ogiltig om skadan sker uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet.¹⁸¹ Ansvarsbegränsningar i andra fall ska bedömas enligt god sed och gott

¹⁷³ Ramberg och Ramberg (2014), s. 35–37.

¹⁷⁴ NJA 1979 s. 483, se särskilt s. 509 ff.

¹⁷⁵ Hagström (2011), s. 646.

¹⁷⁶ NJA 2012 s. 597 p. 7 där Högsta domstolen gör en hänvisning till CISG och DCFR.

¹⁷⁷ UNIDROIT Principles art. 7.1.6.

¹⁷⁸ Kommentaren till UNIDROIT Principles art. 7.1.6, s. 233.

¹⁷⁹ Ramberg, i Festskrift till Ulf K. Nordenson, s. 388.

¹⁸⁰ PECL art. 8:109; Hagström (2011), s. 646–647.

¹⁸¹ DCFR III 3:105 (1).

affärsskick.¹⁸² En vitesklausul ska enligt DCFR efterges om beloppet är oskäligt högt i förhållande till skadan samt andra omständigheter.¹⁸³

Förutom vid personskador uttrycker inget av de internationella regelverken något generellt förbud mot ansvarsbegränsningar vid grov vårdslöshet. Istället är det en skälighetsbedömning som ska göras.

4.2 AB 04 och tillgången till ansvarsbegränsningar

4.2.1 Inledande anmärkningar

Under förutsättning att köplagen utgör dispositiv rätt för entreprenadavtal¹⁸⁴, kan parterna se mening med att avtala sig bort från köplagen, det vill säga att de avtalar om andra villkor än de som anges där. Vad gäller avtalsbrottet fel i entreprenad, kan parterna som köprättslig utgångspunkt (med reservation för 36 § AvtL) avtala om villkor för huruvida fel ska anses föreligga eller att vissa fel får förekomma utan att de utgör avtalsbrott samt vilka påföljder som ska gälla vid fel. Det är också möjligt att avtala om att beställaren inte ska kunna göra gällande några påföljder alls eller endast kunna göra gällande vissa påföljder för alla eller vissa typer av fel. Återigen påminns om att friskrivningar bör göras så tydlig som möjligt, då generella eller allmänt hållna friskrivningar tolkas restriktivt eller inskränkande.¹⁸⁵ Det kan också avtals om begränsningar i ansvarstid. I ett fall från 1946 underkänns en ansvarsbegränsning där entreprenören begränsat sitt felansvar till ett år. Högsta domstolen anser att en sådan begränsning i ansvarstid inte kan göras gällande vid fel som yppas först efter denna tid och inte rimligen kan upptäckas inom denna ansvarstid.¹⁸⁶

Som skadeståndsrättslig huvudregel gäller vidare att en juridisk person är ansvarig enligt den allmänna culparegeln i 2 kap. 1 § SkL för organ som varit oaktsamt. Ett sådant organ är främst styrelsen eller verkställande direktör. Dessutom ansvarar arbetsgivare för arbetstagare enligt principalansvaret i 3 kap. 1 § SkL. Det ska inte vidare utredas vilka kriterier och rekvisit som krävs för dessa ansvarsrelationer, utan det ska här endast poängteras att sådana ansvar kan bli aktuella också i entreprenadrättsliga sammanhang. Eftersom SkL utgör dispositiv rätt, är en ansvarsfriskrivning från principalansvaret som princip gällande, återigen med reservation för 36 § AvtL.¹⁸⁷

¹⁸² DCFR III 3:105 (2).

¹⁸³ DCFR III 3:712 (2).

¹⁸⁴ Huruvida köplagen utgör dispositiv rätt för entreprenadavtal, se kap. 2. Köplagen är dispositiv enligt § 3.

¹⁸⁵ Hästad (2009), s. 84 ff.

¹⁸⁶ NJA 1946 s. 666.

¹⁸⁷ Hellner och Radetzki (2014), kap. 9.

4.2.2 Ansvarsbegränsningar i AB 04

Det är vanligt att inom standardavtal begränsa rätten till skadestånd, framförallt med hänsyn till att skadorna annars kan överskrida kontraktssumman.¹⁸⁸ I AB 04 görs detta genom en beloppsbegränsning till 15 % av kontraktssumman i kap. 5 § 11. Dessutom undantas ansvar för indirekta skador.¹⁸⁹

AB 04 kap. 5 § 11 omfattar två typer av skador: dels de skador som inte nämnts *ovan* i avtalets femte kapitel och dels följdskador av entreprenörens fel.¹⁹⁰ Däremot anger inte klausulen vad som gäller för de skador som nämns *nedan* i kapitlet eller i andra kapitel i avtalet. I linje med kontraktstolkningens begränsningar (se avsnitt 1.3) ger ordalydelsen inte utrymme för att inrymma några andra skador än de som nämns i bestämmelsen, så länge det inte blir oskäligt. Därför bör räckvidden av bestämmelsen begränsas till att innebära att beloppsbegränsningen inte kan gälla för de skador som täcks av AB 04 kap. 5 § 1–10 och att alla andra skador omfattas av nämnda beloppsbegränsning, med undantag för entreprenörens grova vårdslöshet (se mer i avsnitt 5.1.2).

Skadorna är entreprenören skyldig att ersätta endast om han varit vårdslös eller om skadan beror på fel som entreprenören är ansvarig för.¹⁹¹ Entreprenören är enligt AB 04 kap. 5 § 8 obegränsat ansvarig för sina fel, inklusive eventuella följdskador, på dennes egen entreprenad.¹⁹² De följdskador som avses i AB 04 kap. 5 § 11 är således från de fel som orsakar följdskador på annat än entreprenörens egen entreprenad. Ansvaret är strikt och inkluderar även eventuella tillverkningsfel i material som entreprenören själv anskaffat i entreprenaden.¹⁹³

Ersättningen utgår till maximalt 15 % av kontraktssumman, såvida inte entreprenören täcks av ett högre försäkringsbelopp eftersom ersättningen då uppgår till försäkringsbeloppet. Däremot ersätts inte skador till följd av avbrott eller störning i motpartens kommersiella verksamhet eller industriella produktion.¹⁹⁴ Det verkar i första hand vara tänkt att förmögenhetsskador såsom förlorade intäkter ska täckas av undantaget. Det är oklart vad som täcks in under kategorin industriell produktion som inte samtidigt kan täckas in under kategorin kommersiell verksamhet. Det saknas också praxis inom denna fråga.¹⁹⁵ Det är vidare oklart huruvida beloppsbegränsningen i AB 04 kap. 5 § 11 gäller för samtliga skador eller för varje skada var för sig, men det är troligen det sistnämnda som

¹⁸⁸ Lundmark (1996), s. 207–211.

¹⁸⁹ AB 04 kap. 5 § 11.

¹⁹⁰ Hedberg (2006), s. 97–98.

¹⁹¹ AB 04 kap. 5 § 11.

¹⁹² AB 04 kap. 5 § 8.

¹⁹³ Hedberg (2006), s. 98.

¹⁹⁴ AB 04 kap. 5 § 11.

¹⁹⁵ Hedberg (2006), s. 98–99.

åsyftas.¹⁹⁶ Beloppsbegränsningen gäller dock inte om entreprenören är grovt vårdslös.¹⁹⁷

Skadeståndet i AB 04 kap. 5 § 11 utgörs av pengar och beställaren kan inte begära att entreprenören istället ska avhjälpa skadorna. Givetvis kan parterna enas om en sådan lösning istället, men någon tvångsmöjlighet finns inte.¹⁹⁸

Entreprenörens felansvar regleras i AB 04 kap. 5 § 8. Bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 11 kan ses som en begränsad förlängning av entreprenörens felansvar. AB 04 kap. 5 § 11 reglerar inte entreprenörens direkta, eller primära, felansvar, utan snarare följderna, eller följdskadorna, av ett fel och kräver dessutom att entreprenören varit vårdslös. Givetvis kan även skador som orsakas av beställaren falla under bestämmelsen, men då uppsatsen fokuserar på entreprenörens felansvar utelämnas sådana resonemang i detta sammanhang.

4.2.3 Vite som ansvarsbegränsning

Viten är mycket vanliga inom entreprenader. Viten kan användas som incitament för att inte begå kontraktsbrott och för att förenkla eventuell skadehantering eller -beräkning. Parterna kan också avtala om vite för att ge högre ersättning än vad som är vanligt i situationen eller att vite ska utgå enligt andra ansvarskriterier än vad som föreskrivs i till exempel dispositiv rätt. Ett vite kan också utgöra en ansvarsbegränsning i den meningen att andra påföljder inte ska utgå.¹⁹⁹ Som utgångspunkt gäller att vite är ensam möjlig påföljd så länge parterna inte avtalat annorlunda.²⁰⁰ En vitesklausuls verkan som ansvarsbegränsning är dock givetvis föremål för avtalstolkning, där den gemensamma partsavsikten är utgångspunkt.²⁰¹

En vitesklausul kan enligt Högsta domstolen²⁰² ha olika syften. I vissa standardavtal anges att vitet är en uttömmande reglering för ersättnings-skyldighet. Olika författare inom litteraturen har olika uppfattningar om vitesklausulens innebörd i egenskap av exklusiv påföljdsreglering, när det inte framgår tydligt av avtalet. Några anser att det finns möjlighet att kräva skadestånd istället för att kräva vitet, andra anser att vitet är en exklusiv reglering av ersättningen²⁰³. I förarbetena till 36 § AvtL framkommer endast att oskäligen vite kan jämkas både uppåt och nedåt, men inget nämns om vite som exklusiv påföljd.²⁰⁴ Eftersom vitesklausuler har olika betydelser i skilda sammanhang samt att omständigheterna varierar kan inte någon

¹⁹⁶ Hedberg (2006), s. 98.

¹⁹⁷ AB 04 kap. 5 § 11.

¹⁹⁸ Hedberg (2006), s. 99.

¹⁹⁹ JT 2011-12 nr. 1 s. 160.

²⁰⁰ Samuelsson (2011), s. 259.

²⁰¹ Olsen (1993), s. 17; Adlercreutz och Gorton (2010), s. 39–42.

²⁰² NJA 2010 s. 629.

²⁰³ I domen nämns bland andra Olsen (1993), s. 143 och 227 samt Gorton och Samuelsson, i Festskrift för Ingemar Ståhl, s. 99 och 105 som referenser.

²⁰⁴ SOU 1974:83 s. 169 ff.

hjälpregel användas som utgångspunkt in dubio vid tolkningen. Vitesklausulens funktion som exklusiv reglering av påföljd eller ersättning måste istället bedömas från fall till fall.²⁰⁵

Vitets belopp kan få betydelse för huruvida motparten kan anses ha fog för att uppfatta beloppet som en slutgiltig reglering.²⁰⁶ Ett högt belopp kan uppfattas som att den skadelidande bedömt beloppet som tillräckligt för att täcka alla kostnader för eventuella skador.²⁰⁷ Om motparten upprättar vitesklausulen ensidigt, utgör det också en omständighet som kan föranleda en tolkning om att vite är exklusiv påföljd.²⁰⁸ Den som potentiellt kan lida en skada har lättast att avgöra en eventuell skadas omfattning och kostnad och i de fall där den skadelidande satt vitesbeloppet är det rimligt för skadevållaren att uppfatta beloppet som en exklusiv reglering av ersättnings-skyldigheten.²⁰⁹

4.3 NS 8405 och tillgången till ansvarsbegränsningar

4.3.1 Inledande anmärkningar

I de fall parterna inte avtalat om att NS 8405 ska gälla grundas entreprenörens ansvar på culpa eller garanti. Aktsamhetsnormen bedöms strängt, eftersom entreprenader är fråga om en professionell verksamhet mot betalning. Endast ”unnskyldlige” fel undantar entreprenörens ansvar vid culpa. Garantiansvaret slår in när entreprenören uttryckligen garanterat ett visst resultat. Troligen slår garantiansvaret även in när felet gör att entreprenaden saknar en kärnegenskap och det därmed rör sig om omfattande och fundamentala fel.²¹⁰ Det är oklart huruvida kontrollansvaret kan anses gälla inom entreprenadrätten. Det finns visserligen ett kontrollansvar i bustadoppføringslova och kjøpsloven, liksom att det appliceras även i andra områden utan särskild lagstiftning. Stöd i praxis finns endast i ett obiter dictum från en minoritet av domarna i Høyesterett²¹¹ och har således ett begränsat värde som rättskälla. Om kontrollansvaret anses gälla även inom entreprenadrätten ligger det nära tillhands att exkludera indirekta skador från ansvaret, men också detta är oklart.²¹²

Enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler är entreprenören ansvarig att ersätta de kostnader han orsakar beställaren. Entreprenadkontrakt behandlar vanligtvis stora ekonomiska värden och fel kan därför orsaka mycket stora kostnader. Det kan vara svårt att bedöma vilka skador som kan krävas inom

²⁰⁵ NJA 2010 s. 629.

²⁰⁶ NJA 2010 s. 629.

²⁰⁷ JT 2011-12 nr. 1 s. 160, se särskilt s. 162–163 samt där gjorda hänvisningar.

²⁰⁸ NJA 2010 s. 629.

²⁰⁹ JT 2011-12 nr. 1 s. 160, se särskilt s. 162–163.

²¹⁰ Hagström och Bruserud (2014), s. 398; Rt. 1972 s. 449.

²¹¹ Rt. 2008 s. 537 p. 58.

²¹² Hagström och Bruserud (2014), s. 398–399; Rt. 2008 s. 537 p. 58.

ramen för kontraktsansvaret och vilka skador som ska ersättas genom allmän skadeståndsrätt.²¹³

De resonemang som gäller för ansvarsfriskrivningar kan göras gällande också för ansvarsbegränsningar, särskilt om ansvarsbegränsningen gynnar den starkare parten i avtalsförhållandet. I enlighet med 36 § AvtL görs en helhetsbedömning av alla omständigheter. Om en ansvarsbegränsning innebär att den ena parten drabbas hårt utan att den andra parten kan påvisa någon särskild skada, är det en indikation på att denna ansvarsbegränsning underkänns i domstol på grund av att den är oskälig enligt 36 § AvtL.²¹⁴

4.3.2 Ansvarsbegränsningar i NS 8405

Eftersom ersättningsansvaret enligt den dispositiva rätten kan ge svår-överskådliga konsekvenser med mycket stora ersättningskrav, finns det ansvarsbegränsningar även i NS 8405. Reglerna anses komplicerade och skiljer mellan tre typer av skador och förluster: de entreprenören har strikt ansvar för, de som kräver vårdslöshet för ansvar samt de som kräver uppsåt eller grov vårdslöshet för ansvar.²¹⁵

Den förstnämnda gruppen av skador och förluster är de som faller under felansvaret som diskuterats ovan, det vill säga kostnader som är en följd av entreprenörens felavhjälpan samt kostnader för att beställaren tvingas avhjälpa med hjälp av en annan entreprenör.²¹⁶

Kategori nummer två finns i NS 8405 pkt. 36.5 första stycket. Ansvaret gäller för kostnader till följd av rättelse av skador på en entreprenad som inte omfattas av kontraktet. Däremot ska skadorna vara på delar av byggnaden eller anläggningen. Det kan till exempel vara fel som påverkar en sidoentreprenörs arbete. För att entreprenören i dessa fall ska hållas ansvarig måste denne vara vårdslös. Begränsningen torde i realiteten inte bli särskilt betydelsefull som ansvarsbegränsning, då aktsamhetsnormen är satt så högt att yrkesmässiga fel får ett nära samband med oaktsamhet och att entreprenören därmed i många fall kan anses vårdslös och hållas ansvarig.²¹⁷ Høyesterett anses i senare praxis ha skärpt ansvaret och ansvaret är strängt.²¹⁸ I entreprenadkontrakt blir den objektiva bedömningen av entreprenörens uppfyllande av förpliktelsen avgörande – inte om entreprenören subjektivt gjort sitt bästa. I en sådan objektiv bedömning blir skick och bruk inom liknande avtalsförhållanden, i detta fall entreprenadavtal, vägledande och berättigade förväntningar vid avtalets ingående får en central betydelse.²¹⁹

²¹³ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 399.

²¹⁴ Hagstrøm (2011), s. 670–671; Rt. 1922 s. 308.

²¹⁵ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 399.

²¹⁶ NS 8405 pkt. 36.2 första stycket; Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 399–400.

²¹⁷ NS 8405 pkt. 36.5; Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 400.

²¹⁸ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 400 ff.; Hagstrøm (2011), s. 468 ff.; Rt. 1988 s. 7, Rt. 1989 s. 1318, Rt. 1994 s. 1430, Rt. 1998 s. 740, Rt. 2001 s. 1702 och Rt. 2000 s. 679 samt Rt. 2001 s. 1702 kan exemplifiera detta.

²¹⁹ Hagstrøm (2011), s. 474–475; Rt. 1961 s. 965; Rt. 1924 s. 81; Rt. 1975 s. 1003.

Den tredje kategorin av skador och förluster finns i NS 8405 pkt. 36.5 andra stycket och det är framförallt denna bestämmelse som anses innebära en reell ansvarsbegränsning. Bestämmelsen täcker de skador som inte faller under någon av de tidigare ansvarsbestämmelserna i kapitel 36. De skador som omfattas är skador som inte är att hänföra till byggnaden eller anläggningen, utan exempelvis beställarens lösöre. Bestämmelsen kräver uppsåt eller grov vårdslöshet för att entreprenören ska bli ansvarig. Uppsåt innebär ett medvetet kontraktsbrott, vilket inom entreprenader ofta utgörs av byggfusk.²²⁰ Mer om grov oaktsamhet nedan i kapitel 5.

För att exemplifiera ansvaret enligt ovanstående tre kategorier lånas ett exempel ur boken *Entrepriserett*. Låt säga att det föreligger fel i ett takarbete en entreprenör utfört, genom att taket inte håller tätt och läcker in vatten. Entreprenören är skyldig att avhjälpa felet enligt ansvarskategori nummer ett. De vattenskadorna som uppstår som en följd av läckaget, det vill säga följdskadorna, faller under entreprenörens vårdslöshetsansvar i kategori nummer två. Vattenskadorna orsakar även skador på maskiner och interiör i byggnaden, vilket faller under det mer begränsade ansvaret i kategori tre.²²¹

NS 8405 innehåller ingen beloppsbegränsning för ansvar såsom den begränsning till 15 % av kontraktssumman som finns i AB 04 kap. 5 § 11.

4.3.3 Vite som ansvarsbegränsning

Ett vite används ofta för att på förhand bestämma ett kontraktsbrotts ersättning. Det kan också användas för att avskära möjligheten till ytterligare ersättning utöver vitet.²²² Olika författare inom den norska litteraturen har olika uppfattningar om vitesklausulens innebörd när denne inte framgår tydligt av avtalet: några anser att det finns möjlighet att kräva skadestånd istället för att kräva vitet²²³, medan andra anser att vitet är en exklusiv reglering av ersättningen.²²⁴ I förarbetena till 36 § AvtL framkommer att oskäligen vite kan jämkas både uppåt och nedåt, men inte huruvida de utgör en exklusiv påföljdsreglering.²²⁵

Vid tolkning av vitesklausulens avskärande verkan får klausulens syfte en central betydelse vid sidan om villkorets ordalydelse. Också storleken på beloppet får betydelse i tolkningen, där ett blygsamt belopp i förhållande till skadans storlek kan indikera att det är fråga om en form för avtalad ansvarsbegränsning eller ansvarsbegränsning. En ansvarsbegränsning genom vite kan i fall där entreprenörens handling är grovt vårdslös eller uppsåtligt troligtvis inte upprätthållas, då det vore oskäligt. I sådana fall kan beställaren istället kräva full ersättning för skadan och ett åsidosättande av

²²⁰ NS 8405 pkt. 36.5 andra stycket; Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 401.

²²¹ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 404.

²²² Hagstrøm (2011), s. 671–675.

²²³ Arnholm (1974), s. 321; Augdahl (1978), s. 295–297.

²²⁴ Hagstrøm (2011), s. 671 ff.; Krüger (1999), s. 482.

²²⁵ SOU 1974:83 s. 169 ff.

vitesklausulens begränsade belopp.²²⁶ Se mer om grov vårdslöshet och jämkning i kapitel 5.

Ett åsidosättande av en vitesklausul avgörs genom en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL. Oskälighetsbedömningen ska göras utefter samtliga omständigheter i fallet och utgångspunkten är att vitesbeloppet inte jämkas om vitet kan anses vara ett på förhand avtalat ersättningsbelopp i normal storlek. Detta eftersom beloppet i sådana fall anses vara en avtalad riskfördelning.²²⁷ Dessutom är det inom entreprenadavtal vanligt med vitesklausuler, vilket ytterligare talar för att vitesklausuler inom ramen för vad som kan anses sedvanligt troligen inte åsidosätts.²²⁸

Normalt sett kan en vitesklausul inom entreprenadavtal inte tolkas så att entreprenören kan betala vitet istället för att uppfylla sin förpliktelse. Beställaren har således fortfarande rätt att kräva naturauppfyllelse.²²⁹

4.4 Jämförelser, analyser och slutsatser

Det finns goda anledningar till att avtalsparter kan vilja avtala om sitt ansvar. Det kan exempelvis handla om att uppnå ekonomisk förutsebarhet, att få ett avtal som är bättre anpassat till den enskilda avtalsrelationen och - prestationen eller att få mer lättillämpade avtalsvillkor. Tydliga villkor för både felbedömningar och påföljder finns inte alltid i standardavtal och inte heller i dispositiv rätt, vilket givetvis ytterligare öppnar upp för parterna att utnyttja sin avtalsfrihet för att själva reglera detta. Avtalsfriheten ger som utgångspunkt parterna vidsträckt möjlighet att vara kreativa gällande felansvaret. Det finns exempelvis möjlighet att reglera felbedömningar, påföljder, beloppsbegränsningar av skadestånd, olika typer av viten eller alla i kombination, med variationer för olika slags felsituationer.

Både det svenska och det norska rättssystemet har genom 36 § AvtL och prejudicerande praxis (den judiciella kontrollen) valt att begränsa tillgången till ovannämnda avtalsfrihet genom att sätta en gräns vid vad som kan anses skäligt. En skälighetsbedömning av avtalsvillkor orsakar i standardkontrakt en viss svårighet i och med att många standardvillkor ofta inte är individuellt förhandlade och det därmed ofta inte går att utreda en gemensam partsavsikt. När parterna valt att särskilt reglera sin ansvarsrelation genom en begränsning av ansvar som går utöver standardvillkoren, finns det dock en tydligare indikation på ett medvetet riskövertagande. Var gränsen för skälighet går är oklart och måste avgöras in casu utefter samtliga omständigheter. Klart är i alla fall att det innebär en uppförsbacke att hävda att mer långtgående ansvarsbegränsningar är skäliga. Det gäller särskilt i de fall där en sådan klausul orsakar en disproportionalitet mellan parterna. Detta uttrycks i den norska litteraturen genom att en ansvarsbegränsning kan

²²⁶ Hagstrøm (2011), s. 671–675.

²²⁷ Hagstrøm (2011), s. 671–675.

²²⁸ Hagstrøm (2011), s. 671–675; Sandvik (1977), s. 97–98.

²²⁹ Hagstrøm (2011)s. 673; Treitel (1991), s. 214–215.

anses oskäligen om den drabbar den ena parten och den andra parten inte lider någon skada. Mer om detta i kapitel 5.

Användandet av en beloppsbegränsning som ansvarsbegränsning likt AB 04 återfinns inte i NS 8405. Detta utgör dock inget hinder för att parterna inom ramen för sin avtalsfrihet kan avtala om en beloppsbegränsning också vid användandet av NS 8405.

5 Ansvarsbegränsningar vid grov vårdslöshet

5.1 Ansvar för grov vårdslöshet i AB 04

5.1.1 Bedömningen av grov vårdslöshet

För att bedöma vårdslöshet måste en jämförelse med en *aktsamhetsnorm* göras. Aktsamhetsnormen kan bestå av normer från författningar och andra föreskrifter²³⁰, prejudicerande praxis eller sedvana²³¹. Bedömningen av vårdslöshet kan därför ta utgångspunkt i de för branschen aktuella normer som finns. För entreprenörens vidkommande blir därmed byggbranschens normer relevanta.²³² Om byggbranschens normer inte ger tillräcklig ledning gör domstolen en fri bedömning av handlandet. Det är alltså en helhetsbedömning av samtliga omständigheter som görs, en så kallad bedömning in casu.²³³

Vad som utgör *grov* vårdslöshet är svårare att bedöma²³⁴ och beror på vilken regel och vilka omständigheter som är aktuella. Några generella riktlinjer som kan ställas upp är att ett medvetet risktagande eller bristande uppmärksamhet på betydande risker anses vara försvårande omständigheter. Risk för stora skador fordrar också större hänsyn och försiktighet.²³⁵ Klart är i alla fall att grov vårdslöshet är något som grundar sig i en *allvarlig oaktsamhet*. Det är dock inget krav att skadevållande är medveten om riskerna eller följderna utan det räcker att denne är nonchalant i förhållande till sådana risker eller följder.²³⁶

Entreprenören kan vidare sägas ha ett professionsansvar, vilket utgörs av ett ansvar för korrekt utförande av entreprenaden. Räckvidden av professionsansvaret påverkas av tillitsprincipen, det vill säga att beställaren ska kunna lita på att entreprenörens utförande är korrekt.²³⁷

Högsta domstolen bedömer grov vårdslöshet i entreprenadrättsliga kontrakt i två fall: NJA 1992 s. 130 – ”Skolmatsalsfallet” och NJA 1996 s. 118 – ”Svetsarfallet”.

²³⁰ Se exempelvis NJA 1976 s. 379.

²³¹ Se exempelvis NJA 1945 s. 669 och NJA 1945 s. 648.

²³² JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 58.

²³³ Hellner och Radetzki (2014), s. 123ff. samt där gjorda hänvisningar till, samt analyser av praxis; JT 1991-92 nr. 4 s. 671, se särskilt s. 673.

²³⁴ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 58.

²³⁵ Hellner och Radetzki (2014), s. 142–143.

²³⁶ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 60.

²³⁷ Heuman (1987), s. 22–23; Bengtsson (1971), s. 158 ff.

I Skolmatsalsfallet anges att *medvetet risktagande* samt andra *kvalificerade avvikelser från normal aktsamhet* kan utgöra ett grovt vårdslöst handlande i entreprenadavtal men också andra kommersiella avtal. I fallet anses den bristfälliga infästningen av ett innertak i en skolmatsal utgöra en grovt vårdslös handling. Även om entreprenören i detta fall inte anses ha varit medveten om riskerna med infästningen menar domstolen att det ändå är entreprenörens ansvar att inhämta information om en säker infästning. Vidare menar domstolen att eftersom en bristfällig infästning innebär en uppenbar risk för personskador så är vårdslösheten att bedöma som grov.²³⁸ Det är alltså den skadevållandes *handlande* som är avgörande i aktsamhetsbedömningen. Det krävs inte att skadevållande är medveten om riskerna. Det fordras alltså inget subjektivt moment, vilket betyder att grov oaktsamhet kan uppfyllas omedvetet.²³⁹

Skolmatsalsfallet berör grov vårdslöshet i samband med fel som uppträder efter garantitiden, då grov vårdslöshet är ett rekvisit för att hålla entreprenören ansvarig enligt AB 72 kap. 5 § 8. Bestämmelsen har senare kommit att ändras till att endast kräva enkel vårdslöshet för väsentliga fel efter garantitiden (AB 04 kap. 5 § 6). Rättsfallet har således begränsad betydelse för en bedömning i enlighet med just denna bestämmelse. Dock har rättsfallet betydelse för bedömningen av grov vårdslöshet i entreprenader i allmänhet, särskilt med hänsyn till att Högsta domstolen uttrycker att bedömningen av grov vårdslöshet som görs i fallet gäller för kommersiella avtal.

I Svetsarfallet anses en underlåtenhet att ombesörja en brandsäkring i samband med svetsningsarbeten vara grovt vårdslöst. Detta särskilt med hänsyn till den stora brandrisk som rådde samt de undermåliga brandsäkringsåtgärderna. Risker för brand anses i situationen vara uppenbar och med tanke på att lokalen förvarar värdefull egendom, anses oaktsamheten vara grov.²⁴⁰

I skolmatsalsfallet fokuserar Högsta domstolen på att utreda huruvida *entreprenören* anses grovt vårdslös, vilket torde innebära att det är den mer ledande personalen som åsyftas. Jämförelsevis bedömer Högsta domstolen i svetsarfallet huruvida *arbetarna* förfarit grovt vårdslös. Denna problematik återkommer senare i kapitlet.

Vidare anses i motiven till AB 72 att yrkesfusk alltid är att se som grovt vårdslöst.²⁴¹

5.1.2 Ansvar för grov vårdslöshet i AB 04

I AB 04 regleras ansvaret för grov vårdslöshet i kap. 5 § 11. Ansvaret utgörs av att ansvarsbegränsningen, det vill säga beloppsbegränsningen på 15 % av

²³⁸ NJA 1992 s. 130.

²³⁹ JT 1991-92 nr. 4 s. 671.

²⁴⁰ NJA 1996 s. 118.

²⁴¹ Svensk Byggtjänst och Svenska Teknologföreningen (1985), s. 149.

kontraktssumman, inte gäller vid entreprenörens grova vårdslöshet.²⁴² Vidare kan entreprenören anses ansvarig för grov vårdslöshet i den meningen att någon grov vårdslöshet inte krävs för att entreprenörens felansvar ska aktiveras; under garantitiden finns inget krav alls på vårdslöshet och under ansvarstiden krävs endast enkel vårdslöshet.²⁴³

Det anses i motiven till AB 72 att det finns ett behov av att kontraktsparter ska skiljas åt och att avtalsrelationen avvecklas. Däremot anses detta intresse inte vara tillräckligt starkt för att i AB-avtalen låta beställaren bära ansvar för entreprenörens grova vårdslöshet och de kostnader som det medför.²⁴⁴

5.2 Ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar från grovt vårdslöst utförande i svensk rätt

Det kan med hänsyn till det nyss nämnda intresset av en avveckling av en kontraktsrelation och det ansvar som denna kontraktsrelation medför tänkas finnas ett intresse mellan parterna att avtala om en kortare felansvarstid än den tioåriga period som ges i AB 04. Parterna kan exempelvis vilja begränsa felansvarstiden till sju år, oavsett entreprenörens grova vårdslöshet. Genom att avtala om en felansvarstid som är oberoende av entreprenörens skuldgrad kan parterna försöka undgå en grov vårdslöshetsbedömning. I och med att en bedömning av grov vårdslöshet är förbunden med oklarheter får parterna genom en sådan begränsning bättre förutsägbarhet. Det råder som tidigare nämnts avtalsfrihet och parterna kan som utgångspunkt därför avtala om denna kortare ansvarstid. Parterna kan också avtala om att en beloppsbegränsning ska gälla för fel även vid grov vårdslöshet. På så sätt har parterna infört en ansvarsbegränsning. I de fall parterna avtalar om att entreprenören inte ens vid grov vårdslöshet ska bära något felansvar innebär det en ansvarsfriskrivning.

5.2.1 Principen om att inte kunna friskriva sig från ansvar för grov vårdslöshet

Även om påföljdsfriskrivningar generellt accepteras av svensk rätt²⁴⁵ anses en part enligt en viktig okodifierad rättsprincip inte friskriva sig från ansvar vid handlingar som företas uppsåtligen eller med grov vårdslöshet.²⁴⁶ Vidare anses det att denna princip är tvingande eftersom rättsordningen anser att det är olämpligt med en möjlighet att undkomma ansvar för uppsåtliga eller

²⁴² AB 04 kap. 5 § 11.

²⁴³ AB 04 kap. 5 §§ 5–6.

²⁴⁴ Svensk Byggtjänst och Svenska Teknologföreningen (1985), s. 147–148.

²⁴⁵ Håstad (2009), s. 124–125.

²⁴⁶ Bernitz (2013), s. 103; SOU 1974:83 s. 176 ff.; Lundmark (1996), s. 133.

grovt vårdslösa handlingar. Detta särskilt med hänsyn till att part i sådana fall kan välja att inte vara aktsam.²⁴⁷

Något direkt lagstöd för ett generellt förbud mot att ansvarsfriskrivning vid grov vårdslöshet finns inte.²⁴⁸ I förarbetena till konsumentköplagen 1973 anses dock att ansvarsgenombrott vid grov vårdslöshet råder som en allmän princip.²⁴⁹ I utredningen för 36 § AvtL anses däremot att ett sådant synsätt leder till en för oflexibel bedömning. Istället måste en friskrivningsklausuls giltighet vid grov vårdslöshet bedömas utefter samtliga föreliggande omständigheter.²⁵⁰

I litteraturen anses huvudregeln som sagt vara att man inte kan friskriva sitt ansvar från uppsåt eller grov vårdslöshet, men att en sådan princip bör *nyanseras*.²⁵¹

En första nyansering utgörs av att ansvarsfriskrivningar vid grov vårdslöshet har ansetts kunna vara överksamma i de fall avtalsförhållandet bygger på *tillit* och den eventuellt skadelidande saknar möjlighet till *försäkring* samtidigt som skadevållande har en sådan försäkringsmöjlighet.²⁵² Dessa aspekter diskuteras av Högsta domstolen i NJA 1998 s. 390 (se mer nedan i avsnitt 5.4.2).

En annan nyansering görs av en skiljenämnd i en sjörättslig tvist²⁵³, som bedömer att en ansvarsfriskrivning ska bestå då den bottnar i en *avvägd riskfördelning* mellan parterna samt är viktig för *förutsebarheten* i avtalsförhållandet. Detta trots att det var fråga om grov vårdslöshet. Det anses därför i en artikel²⁵⁴ att ansvarsgenombrott vid grov vårdslöshet inte är helt absolut, utan att ansvarsfriskrivningar faktiskt i vissa situationer vidmakt-hålls.²⁵⁵ Författaren i artikeln företar dock inget resonemang för huruvida skiljedomen är relevant som rättskälla.

5.2.2 Rättsutvecklingen i praxis och betydelsen av 36 § AvtL

Tidigare svensk praxis baserar inte sina domslut på principen om ansvarsfriskrivningars ogiltighet vid grov vårdslöshet utan istället anges andra skäl. I en dom²⁵⁶ anses dispositiv rätt vara utgångspunkt för

²⁴⁷ Bernitz (2013), s. 103; JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 53.

²⁴⁸ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 53.

²⁴⁹ Prop. 1973:138 s. 138.

²⁵⁰ SOU 1974:83 s. 178–184.

²⁵¹ Hellner och Radetzki (2014), s. 87; Hellner, Hager & Persson (2011), avsnitt 29.9.1; Prop. 1973:138 s. 297 ff. och 315 ff.; NJA 1998 s. 390.

²⁵² JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 60; Kleineman, i Festskrift till Lars Heuman, s. 270–271.

²⁵³ ND 2002 s. 56, se särskilt s. 65–66.

²⁵⁴ JT 2015-16 nr. 1 s. 50.

²⁵⁵ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 61–62.

²⁵⁶ NJA 1942 s. 548.

tolkningen av klausulen. I en annan dom²⁵⁷ anses inte klausulen inkorporerad i avtalet, i en tredje dom²⁵⁸ är klausulen för allmänt hållen och i en fjärde dom²⁵⁹ anses inte friskrivningen täcka den aktuella situationen.²⁶⁰

I NJA 1951 s. 138 underkänner Högsta domstolen en ansvarsfriskrivning i strid mot ett mellan parterna intaget standardavtal. En transportör hade friskrivit sig från allt ansvar för fel oavsett skuldgrad. Högsta domstolen menar att sådana ansvarsbegränsningar endast kan ge ansvarsfrihet i begränsad omfattning. I fallet underkänns friskrivningen med hänvisning till att den uppenbart går utöver vad som kan anses acceptabelt av rättsordningen.²⁶¹ Det nämns inte i vilken begränsad omfattning ansvarsfrihet kan medges eller vilka kriterier denna omfattning i så fall ska bedömas efter. Trots detta kan rättsfallet ändå användas för att stödja argument för att det finns en gräns för avtalsfriheten när det kommer till ansvarsfriskrivningar.

NJA 1958 s. 373 gäller en ansvarsfriskrivning från förlust på grund av stöld hos ett rederis anställda. Domstolen menar att en sådan ansvarsfriskrivning endast kan upprätthållas då det inte kan visas att parten medverkat till förlusten genom fel eller försummelse vid övervakningen eller vården av godset.²⁶² Även om domstolen slutligen bedömer att vården och omsorgen av godset var försummad, att försummelsen medverkat till förlusten och att ansvarsfriskrivningen därmed inte kan upprätthållas, kan domen ändå sägas ge uttryck för att ansvarsfriskrivning i vissa fall kan vinna framgång trots grov vårdslöshet.

Efter samtliga ovanstående domar tillkommer generalklausulen 36 § AvtL. Idag är skälighetskravet i 36 § AvtL utgångspunkten för bedömningen av ansvarsbegränsningars och ansvarsfriskrivningars giltighet.²⁶³ Bestämmelsen påbjuder en rimlighetsbedömning av avtalet i sin helhet, där ett ofördelaktigt avtalsvillkor kan vägas upp av ett fördelaktigt villkor eftersom avtalet ses som en sammanhängande helhet. Det bör även tas med i bedömningen att parter i kommersiella kontrakt ofta tar medvetna risker, också i samband med ansvarsbegränsningar.²⁶⁴ Vid oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL blir det vidare relevant att undersöka huruvida avtalsbrytande part varit klandervärd i sitt agerande samt om denne varit oskäligen i avtalstillämpningen.²⁶⁵ Den kan dock nämnas att jämkning av kommersiella avtal ska ske med försiktighet.²⁶⁶

²⁵⁷ NJA 1948 s. 701.

²⁵⁸ NJA 1962 s. 159.

²⁵⁹ NJA 1965 s. 124.

²⁶⁰ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 62.

²⁶¹ NJA 1951 s. 138.

²⁶² NJA 1958 s. 373.

²⁶³ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 62.

²⁶⁴ NJA 1979 s. 483; Hagström (2011), s. 643.

²⁶⁵ Ramberg och Ramberg (2014), s. 233.

²⁶⁶ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 66–67; NJA 1979 s. 483.

I praxis efter införandet av 36 § AvtL verkar en mer nyanserad bedömning göras av ansvarsfriskrivningar. Istället för att endast fokusera på grov vårdslöshet får även andra faktorer får betydelse för avgörandet – framförallt den *riskavvägning* som parterna gjort.²⁶⁷

I NJA 1998 s. 390 (som också nämns i avsnittet ovan) återkommer frågan om ansvarsbegränsnings giltighet vid stöld. Högsta domstolen menar att huvudregeln i svensk rätt är att en transportör av gods inte kan friskriva sig från uppsåtliga handlingar av sina anställda. Däremot kan undantag göras om skadelidande har möjlighet till skadeskydd genom försäkring och det är brukligt att försäkra sig mot en sådan situation. Särskilt ska undantag göras om sådan försäkring faktiskt tecknats. Ansvarsbegränsningen underkänns dock i domen eftersom skälen för ett upprätthållande inte anses tillräckligt starka för att göra avsteg från huvudregeln.²⁶⁸

1998 års dom har kritiserats i en artikel²⁶⁹ av Hellner, som menar att Högsta domstolens principyttrande är förvånande. Detta med hänsyn till att domstolen inte gör åtskillnad mellan ledande personal och anställda samt att domstolen hänvisat till regelverk och uttalanden kring ansvarsfriskrivningar och inte ansvarsbegränsningar. Hellner menar å sin sida att svensk praxis ger stöd för att friskrivning från arbetstagares uppsåtliga handlingar är giltig så länge friskrivningen är otvetydig, dock inte om arbetsgivaren själv eller hans driftsledning varit oaktsam.²⁷⁰ Det kan kommenteras att Hellners slutsats dras mot bakgrund av transporträttslig praxis och det kan därför ifrågasättas om slutsatsen även kan appliceras på entreprenadavtal.

I en skiljedom²⁷¹ görs en helhetsbedömning av en ansvarsbegränsnings skälighet i enlighet med 36 § AvtL. I skiljedomen beaktas flera omständigheter, bland andra skadevållandes behov av att kunna skydda sig mot vissa typer av avtalsbrott, skadevållandes möjlighet att begränsa sitt ansvar genom precisering av uppdraget, kontraktsbrottets natur samt skadevållandes möjlighet till skydd genom exempelvis försäkring.²⁷² Det bör dock poängteras att det är oklart vilket rättskällevärde skiljedomspraxis har i svensk rätt då skiljedomar inte nämns som rättskälla i rättskällevärdet.²⁷³

Det kan efter en bedömning av praxis sägas finnas en gräns för hur vidsträckt parternas avtalsfrihet är, där en yttersta gräns går vid skälighet enligt 36 § AvtL. Det är dock svårare att uttala sig om var gränsen för skälighet går när det gäller entreprenadrättsliga sammanhang då det saknas prejudicerande praxis på området. De nu nämnda rättsfallen behandlar transporträttsliga mål och det bör därför vara med viss försiktighet som några slutsatser dras till entreprenadavtal.

²⁶⁷ JT 2015-16 nr. 1 s. 50, se särskilt s. 63–67; NJA 1979 s. 483; Skiljedom mellan KPMG och ProfilGruppen.

²⁶⁸ NJA 1998 s. 390.

²⁶⁹ JT 1998-99 nr. 1 s. 150.

²⁷⁰ JT 1998-99 nr. 1 s. 150.

²⁷¹ Skiljedom mellan KPMG och ProfilGruppen.

²⁷² JT 2010-11 nr. 4 s. 918, se särskilt s. 927–931.

²⁷³ Peczenik (1995), s. 35–36.

5.3 Grov vårdslöshet i NS 8405

5.3.1 Bedömningen av grov vårdslöshet

En vanlig utgångspunkt vid bedömningen av grov vårdslöshet är den straffrättsliga definitionen att ”det må föreligga en kvalificert klanderverdig optreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet”.²⁷⁴ Det betyder att en handling som utgör en markant avvikelse från vanligt försvarligt handlande anses vara grovt oaktsam. Det är fråga om starkt klandervärdigt beteende, där den skadevållande är väsentligt mer klandervärd än vid enkel vårdslöshet. Sådant beteende kan till exempel förekomma i de tillfällen en person inte håller tillräckligt hög yrkesmässig nivå.²⁷⁵ Den markanta avvikelsen från det försvarliga beteendet ska vara både objektiv och subjektiv för att anses grovt vårdslös.²⁷⁶

Som utgångspunkt bedöms enkel vårdslöshet utifrån beteendenormer och sedvanor. Men vid grov vårdslöshet är en mycket större del av bedömningen underkastad domstolens skönmässiga bedömning.²⁷⁷ I den norska litteraturen görs det även en hänvisning till svensk litteratur om att ingen enhetlig bestämning av grov vårdslöshet kan göras, utan att det är något som måste bedömas i fall till fall.²⁷⁸

Den grundläggande premissen är, som tidigare nämnts, att en professionell norm är avgörande. En samlad bedömning av Høyesteretts senare praxis visar att professionsansvaret i norsk rätt skärpts betydligt och bedöms generellt sett strängt. Tidigare praxis ställer upp fyra generella riktlinjer för bedömningen.²⁷⁹ Den första är att grov vårdslöshet inte endast kan förekomma i uppsåtsliknande situationer, då grov vårdslöshet inte förutsätter medvetenhet om skaderisken.²⁸⁰ För det andra är ett mer betydande yrkesmässigt fel ofta att anse som grovt oaktsamt.²⁸¹ En tredje riktlinje är att överträdelse av centrala säkerhetsregler eller rutiner kan anses utgöra ett grovt vårdslöst beteende.²⁸² För det fjärde kan en betydande brist i en parts fullgörande av kontraktet vara ett bevis på grov oaktsamhet.²⁸³

Professionsansvaret föranleder alltså en strängare vårdslöshetsbedömning än där ett sådant professionsansvar inte är aktuellt. Entreprenörer omfattas av detta professionsansvar, liksom andra professionella yrken. Följden av detta är

²⁷⁴ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 403; Hagstrøm (1985), s. 65; Rt. 1970 s. 1235; Rt. 1983 s. 1222.

²⁷⁵ Rt. 1989 s. 1318, se särskilt s. 1322; Rt. 1995 s. 486.

²⁷⁶ Hagstrøm (1985), s. 65.

²⁷⁷ Hagstrøm (2011), s. 668.

²⁷⁸ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 404 med hänvisning till Hellner, Skadeståndsrätt (2010), s. 146.

²⁷⁹ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 404.

²⁸⁰ Rt. 1995 s. 486. Hagstrøm och Bruserud (2014) hänvisar i sin analys av detta rättsfall till NJA 1992 s. 130.

²⁸¹ Rt. 1989 s. 1318.

²⁸² Rt. 1924 s. 486.

²⁸³ Rt. 1995 s. 486; Rt. 1931 s. 146.

att det är lättare att uppfylla kriterierna för vårdslöshet än inom andra områden. Detta bör också medföra att tröskeln för att uppnå grov vårdslöshet är lägre inom professionsansvaret än i andra fall där ett sådant professionsansvar inte är aktuellt.

5.3.2 Ansvar för grov vårdslöshet i NS 8405

Enligt NS 8405 pkt. 36.5 andra stycket är entreprenören ansvarig för skador som inte är på själva byggnaden eller anläggningen endast vid grovt vårdslöst beteende.²⁸⁴ Bestämmelsen täcker skador på beställarens lösöre, som inte ska vara alltför ”fjerntliggande”. Det betyder att om skadan ska falla inom entreprenörens kontraktsansvar får sambandet eller tillknytningen till avtalsförpliktelserna inte bli för svagt. Om skadorna inte kan anses ligga inom ramen för parternas avtalsrelation, ersätts de istället enligt den allmänna skadeståndsrätten. Vidare medför bestämmelsen en begränsning i ansvar för förlust i samband med produktion samt följskador.²⁸⁵

Vidare finns enligt NS 8405 pkt. 36.8 ingen absolut reklamationsfrist för de fel som har sin grund i uppsåtligt eller grovt vårdslöst utförande hos entreprenören.²⁸⁶ Hagstrøm menar att bestämmelsen inte ger direkt uttryck för att den grova vårdslösheten måste finnas hos företagets ledning, utan att den också kan utgöras av handlingar hos anställda.²⁸⁷ Däremot framgår inte varför Hagstrøm menar att det är den korrekta tolkningen av bestämmelsen. Här lyser en mer ingående juridisk analys dessvärre med sin frånvaro i ett verk som annars präglas av utförliga utredningar och resonemang. Bestämmelsen statuerar endast att reklamationsfristen inte gäller vid *entreprenörens* grova vårdslöshet, vilket kan innefatta både ledande personal och dess anställda. Det finns ingen praxis som utreder frågan inom entreprenadrätten och det får anses oklart fram till att en sådan fråga avgjorts.

5.4 Ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar från grovt vårdslöst utförande i norsk rätt

5.4.1 Principen om att inte kunna friskriva sig från ansvar för grov vårdslöshet

Med stöd i en äldre dom från Høyesterett år 1948, hävdas möjlighet till ansvarsfriskrivning från alla ersättningsansvar, utom vid uppsåt eller grov vårdslöshet.²⁸⁸ Hole menar att NL 5–1–2 utgör en yttersta gräns för avtalsfriheten. Bestämmelsen stadgar att det råder avtalsfrihet och avtals-

²⁸⁴ NS 8405 pkt. 36.5 andra stycket.

²⁸⁵ Hagstrøm och Bruserud (2014), s. 404–405.

²⁸⁶ NS 8405 pkt. 36.8.

²⁸⁷ Hagstrøm (2011), s. 657.

²⁸⁸ Rt. 1948 s. 370; Hagstrøm (2011), s. 644–645.

bundenhet, så länge det inte strider mot lag eller ärbarhet. Bestämmelsen medför således att avtalsbundenhet inte kan upprätthållas vid uppsåtliga eller svekfulla handlingar, men i den kategorin ingår dock inte grovt vårdslösa handlingar. Vidare menar Hole att det inte är möjligt att friskriva sig från ansvar från sin *egen* grova vårdslöshet, men däremot från sina *underordnades* grova vårdslöshet.²⁸⁹ Denna ståndpunkt har dock blivit ifrågasatt och frågan har blivit väl diskuterad under tiden efter textens utgivning år 1959.²⁹⁰

Förutsättningarna är dock annorlunda idag eftersom rättsutvecklingen medfört förändrade förutsättningar, framförallt genom införandet av 36 § AvtL och dess möjlighet till skärpt kontroll av orimliga avtalsvillkor.²⁹¹ Denna utveckling kan ses i en något nyare dom från Høyesterett år 1994. I domen framkommer det att en *samlad bedömning* måste göras angående huruvida en ansvarsfriskrivning ska upprätthållas.²⁹² Den norska teorin kan idag anses hävda att en ansvarsfriskrivning ska bedömas utefter ett ”brett skjön med forankring i det urimelighetskriteriet som er nedfelt i avtaleloven 36 §”.²⁹³

De norska förarbetena till 36 § AvtL är inte detaljerade och det menas därför att ledning får hämtas från det svenska förarbetet. Anledningen till varför detta anses vara en rimlig lösning är att regeln stammar från ett nordiskt lagsamarbete. Dessutom anförs i litteraturen att det föreligger flera omständigheter för att regeln och dess rimlighetsstandard kan anses vara lik i både Norge och Sverige. Detta framförallt med hänsyn till att ländernas rättstraditioner och samhällen är närbesläktade. Den diskretionära beslutskompetens som domstolarna ges i de svenska förarbetena till 36 § AvtL gäller därför även för norsk rätt.²⁹⁴ Det betyder att en helhetsbedömning av samtliga omständigheter kring avtalsrelationen och avtalsbrottets art ska få betydelse i bedömningen av upprätthållande av en ansvarsfriskrivning.²⁹⁵ Det får också till följd att de mer traditionella uppfattningarna om att grov vårdslöshet eller uppsåt sätter en yttre gräns för ansvarsfriskrivningars giltighet står svagt de lege lata.²⁹⁶

5.4.2 Rättsutvecklingen i praxis och betydelsen av 36 § AvtL

Praxis från Høyesterett sätter upp några riktlinjer vad gäller tolkning av friskrivningsklausuler vid grov vårdslöshet.

²⁸⁹ Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoer nr. 40 s. 8–11 samt där gjorda referenser till äldre rättspraxis, doktrin och litteratur.

²⁹⁰ Se utredning och analys av litteratur och rättspraxis i Hagström (2011), s. 648–650.

²⁹¹ Hagström (2011), s. 644–645.

²⁹² Rt. 1994 s. 626.

²⁹³ Se utredning och analys av litteratur och rättspraxis i Hagström (2011), s. 648–650.

²⁹⁴ Hagström (2011), s. 661; Rt. 1985 s. 883, se särskilt s. 890, där Høyesterett la ”betydelig vekt” vid de svenska lagmotiven till 36 § AvtL.

²⁹⁵ Se SOU 1974:83 s. 178 ff.

²⁹⁶ Hagström (2011), s. 662.

Høyesterett har i kommersielle avtal mellom jämbördiga parter generellt sett foretagit en *restriktiv tolkning av allmänt avfattede friskrivninger*. Allmänt författade friskrivningsklausuler kan inte anses omfatta grovt vårdslösa handlingar även om de är absolut utformade. Det gäller oavsett om handlingarna foretas av anställd eller foretagets ledning.²⁹⁷

Inte heller opprätthålls friskrivninger i de tilfållen ett sådant opprätthållende står i strid med *parternas förutsætninger* eller leder till att ett *betydelsefullt avtalsbrott inte ges några verkninger*. En tilåmpning av en friskrivningsklausul vid ett betydende avtalsbrott, antingen på grund av parts vårdsløshet eller med hånsyn till avtalsbrottets omfåttning, kan leda til ått balansen mellom parterna rubbas. En sådan balansrubbing inte något som domstolarna ønskar ått bidra til.²⁹⁸ Domstolarna gör i dessa fall antingen en *inskrånkende tolkning*²⁹⁹ av friskrivningsklausulen eller, i de tilfållen en sådan inskrånkende tolkning inte är möjlig, baserar domstolen åsidosåttandet av klausulen på argument om *bristende förutsætninger*³⁰⁰ for klausulens tilåmplighet.³⁰¹ Exempel på inskrånkende tolkning finns i Rt. 1982 s. 1357, där en entreprenør's grundlåggende fel inte bedøms vara omfåttad av avtalets ansvarsfriskrivning. Dette med hånsyn til ått den generellt författade ansvarsfriskrivningsklausulen inte kan anses båra prågel av en konkret værdering av ansvar og risk. Inget tyder heller på ått villkorets innehåll blev værderat vid avtalets ingående.³⁰² En bristende förutsætning föreligger eksempelvis då fel inte blir avhåjlet inom råttd tid eller om avhåjlpande misslyckas vid opprepade tilfållen.³⁰³ Bristende förutsætning for klausulens tilåmplighet föreligger också då en friskrivning leder til ått resultat som strider mot vad parterna försøker oppnå med avtalet.³⁰⁴

I en norsk sjøråttdlig skiljenåmnd uttrycks ått en friskrivning inte kan anses gålla når ett fel inte kan avhåjlpas.³⁰⁵ Domens resultat har kommet ått kallas ”Wingull-principen” og anses vara gållende i norsk kontraktsråttd, bland annat eftersom denna princip opprætthålls både i skiljedomar og genom villkor i standardavtal.³⁰⁶

Høyesterett har endast i ett fall opprætthållit en ansvarsfriskrivning vid grovt vårdsløst handlinge: Rt. 1994 s. 626 – ”Kaiinspektøren”.³⁰⁷ I domen fram-

²⁹⁷ Rt. 1892 s. 381, se særskilt s. 385–387; Rt. 1926 s. 712, se særskilt s. 713; Rt. 1961 s. 1334. Se også en analys av råttdspraxis i Hagstrøm (2011), s. 652–654.

²⁹⁸ Hagstrøm (2011), s. 658.

²⁹⁹ Rt. 1911 s. 1037; Rt. 1935 s. 1014; Rt. 1953 s. 35; Rt. 1982 s. 1357.

³⁰⁰ Rt. 1935 s. 497; Rt. 1969 s. 679.

³⁰¹ For analys, utredning og resonemang kring denna praxis, se Hagstrøm (2011), avsnitt 24.2.

³⁰² Rt. 1982 s. 1357, se særskilt s. 1365.

³⁰³ Rt. 1935 s. 497, se særskilt s. 499; Rt. 1975 s. 478; RG 1968 s. 638 Eidsivating; ND 1979 s. 231, se særskilt s. 256 ff.

³⁰⁴ Rt. 1969 s. 679, se særskilt s. 681.

³⁰⁵ ND 1979 s. 231.

³⁰⁶ Håstad (2009), s. 126 ff., se særskilt fotnot nr. 158.

³⁰⁷ Hagstrøm (2011), s. 669.

kommer att den allmänna uppfattningen i den juridiska teorin är att det är möjligt att friskriva sig från ansvar för *anställdas* grova vårdslöshet i kommersiella relationer samt att viss skiljedomspraxis också upprätthållit en sådan ståndpunkt. Domstolen väljer att upprätthålla friskrivningen i fallet med hänvisning till flera hänsyn. Standardkontraktet i fråga är framförhandlat och innebär därmed en rationell avvägning av parternas risker och intressen, försäkringsmöjligheterna är goda samt förutsägbarheten för parterna. Därför föreligger ingen grund att jämka ansvarsbestämmelsen, varken enligt 36 § AvtL eller allmänna rättsgrundsatser.³⁰⁸

Kaiinspektörsfallet behandlar en kontraktstyp som hanterar en stor mängd rutinmässiga handlingar där orsakssambanden kan vara mycket svåra att avgöra. Därför kan domen inte anses vara en grund för att anta att det finns en generell tillgång till ansvarsfriskrivningar från anställdas grova vårdslöshet i samtliga förhandlade standardkontrakt.³⁰⁹ Domen medför vidare att det krävs godtagbara skäl för att en ansvarsfriskrivning från grov vårdslöshet ska upprätthållas, också i avtal mellan näringsidkare.³¹⁰

I Kaiinspektörsfallet görs en åtskillnad mellan grov vårdslöshet hos anställda eller ”skyldneren selv”. Det måste vara *ledningen* som ska kunna kopplas till den grova vårdslösheten och inte den anställda, för att ansvarsfriskrivningen ska kunna förklaras oskäligen enligt 36 § AvtL.³¹¹ Termen ”ledningen” utgör inte detsamma som i associationsrätten. Istället läggs avgörande vikt på att personen ansvarar för ett inte alltför avgränsat område och begreppet kan således även omfatta så kallade överordnade underordnade. Detta innebär att även anställda med större ansvar kan anses omfattas, även om de inte sitter i företagets ledning.³¹² För entreprenadrättens vidkommande är det särskilt Rt. 1995 s. 209 som ger ledning i bedömningen av ledningsbegreppet. Domstolen anser i fallet att den eller de som leder ett projekt och som fattar de flesta löpande besluten om produktionens framdrift, måste kunna identifieras med företaget och således ha sådant organansvar som nu är i fråga.³¹³ Denna åtskillnad mellan anställd och ledande personal anses inte få lika stort utrymme svensk rätt, där istället graden av vårdslöshet får central betydelse. Då det är de anställda som ofta utgör den största andelen av ett företags arbetsstyrka, innebär detta alltså att norsk rätt i större grad än i svensk rätt kan anses upprätthålla ansvarsfriskrivningar vid grov vårdslöshet.³¹⁴

Införandet av 36 § AvtL avsåg inte att förändra rättsutvecklingen inom norsk avtalsrätt och därför får även tidigare rättspraxis betydelse. Även om bestämmelsen formellt sett är en ogiltighetsregel, är det enligt norsk

³⁰⁸ Rt. 1994 s. 626, se särskilt s. 630–631.

³⁰⁹ Hagström (2011), s. 669–670.

³¹⁰ Hagström (2011), s. 644–646 samt avsnitt 24.2.3 och 24.2.4.

³¹¹ Rt. 1994 s. 626.

³¹² TfR 1996 s. 421, se särskilt s. 427 där Rt. 1995 s. 209 och Rt. 1994 s. 626 nämns som två exempel på där tämligen vida gränser för organansvaret gjorts.

³¹³ Rt. 1995 s. 209.

³¹⁴ Hagström (2011), s. 651. Se också en utförlig analys av svensk litteratur på området i TfR 1996 s. 421, se särskilt s. 430 ff.

rättstradition också naturligt att använda bestämmelsen som en tolkningsregel genom att domstolarna ser till resultatets rimlighet efter tolkning.³¹⁵ Detta sker även i kommersiella avtal, där absoluta ansvarsfriskrivningar kan anses ge orimliga resultat och därför sätts åsido.³¹⁶ Här kan för övrigt återkopplas till analysen i avsnitt 2.4 om kravet på rimligt tolkningsresultat i entreprenadrättsliga mål.

Sammanfattningsvis kan sägas att en ansvarsfriskrivning vid grov vårdslöshet anses rubba rättsordningens allmänna ansvarsfördelning så pass mycket att en sådan friskrivning normalt inte kan accepteras. Därför har Høyesterett varit mycket strikt vid bedömningen av sådana friskrivningar, oavsett om skulden ligger hos ledande personal eller inte. Utgångspunkten är att det krävs mycket för att en ansvarsfriskrivning från grovt vårdslösa handlingar ska anses bindande, även i kommersiella avtal. När det gäller saksador anses det däremot finnas ett adekvat behov av en möjlighet att friskriva sig från ansvar för *mindre skador* som kan uppkomma i *stort antal* och som blir kostsamma för den ansvarige samtidigt som skadelidande endast lider en liten skada. Även friskrivningar från *indirekta skador* har lättare accepterats, då sådana skador kan bli mycket omfattande.³¹⁷

5.5 Jämförelser, analyser och slutsatser

Vad gäller ansvarsbegränsningar vid grov vårdslöshet är det norska och svenska rättssystemet som utgångspunkt lika. Det finns inget lagstöd för att en sådan ansvarsbegränsning är ogiltig. Som traditionell utgångspunkt har dock sådana ansvarsbegränsningar ansetts ogiltiga, men rättsutvecklingen genom prejudicerande praxis har visat att så inte är fallet. Istället är det domstolarnas diskretionära oskälighetsbedömning, framförallt genom 36 § AvtL, som avgör huruvida en ansvarsbegränsning vid grov vårdslöshet ska upprätthållas eller inte.

Förarbetena till 36 § AvtL, som anses gälla även i Norge, anger att grov vårdslöshet inte kan sättas som en absolut gräns för möjligheten att jämka ansvarsbegränsningar. Detta öppnar upp för tolkningar åt två håll: dels öppnar det upp för att domstolen även i andra fall än vid grov vårdslöshet kan välja att inte ge en ansvarsbegränsning rättsverkningar, dels att domstolen kan vidmakthålla en ansvarsbegränsning även då part varit grovt vårdslös. I vilka fall det ena eller andra tolkningsalternativet ska ges företräde går inte att svara på, då bedömningen av ansvarsbegränsningar ska ske in casu. Det som är klart är att det är en *helhetsbedömning av samtliga omständigheter* som ska göras vid bedömningen av huruvida en ansvarsbegränsning eller ansvarsfriskrivning vid grov vårdslöshet ska upprätthållas eller inte.

³¹⁵ Hagström (2011), s. 659 där Rt. 1992 s. 295 och Rt. 1991 s. 220 nämns som exempel på detta.

³¹⁶ Rt. 1975 s. 478.

³¹⁷ Hagström (2011), s. 666–668 samt där gjorda hänvisningar till och värderingar av svensk och norsk praxis.

Även om rättssystemen så långt kan anses lika, om inte identiska, tycker jag mig kunna ana att praxis och litteraturen nyanserat rättsläget något olika. I Høyesterett och norsk litteratur har det getts större utrymme för diskussionen kring *vem* som varit grovt vårdslös, medan det i Högsta domstolen och svensk litteratur fokuserats mer på graden av vårdslöshet. Det kan ses som en indikation på att skadevållandes position i organisationen får större betydelse i de norska sammanhangen än i de svenska. Detta medför att det i det norska rättssystemet finns aningen större utrymme för att begränsa ansvaret för anställdas grova vårdslöshet, vilket också bekräftas av den norska litteraturen. I entreprenadavtal innebär en sådan slutsats att det är lättare att begränsa entreprenörens felansvar vid grov vårdslöshet i norska entreprenadavtal än i svenska, då det får antas att flest utförandefel lär göras av företagets anställda. Denna personliga iakttagelse kan få svagt stöd av att det i Sverige ännu inte finns något exempel från prejudicerande praxis där en ansvarsbegränsning från grov vårdslöshet upprätthålls, medan att det finns ett exempel ifrån Norge. Underlaget för prejudicerande praxis i både Norge och Sverige måste dock anses för magert för att kunna dra några bestämda slutsatser. Den juridiska diskussionen i dessa sammanhang mynnar därför ofta ut i spekulationer och antaganden, utan att för den skull ha några tyngre rättskällor som grund.

Det föreligger som utgångspunkt inget direkt hinder mot att parterna inom ramen för sin avtalsfrihet avtalar om längre gående ansvarsbegränsningar vid fel i entreprenaden än de som anges i AB 04 och NS 8405. Även om domstolarna generellt kan anses restriktiva vid jämkning mellan jämbördiga parter, föreligger dock en tydlig risk för att domstolarna på något sätt påverkar betydelsen av en sådan klausul genom jämkning av villkoret, en restriktiv tolkning eller argument för att det inte föreligger rätt förutsättningar för att tillämpa klausulen. Detta helt enkelt för att det i praxis finns fler exempel på sådan jämkning än upprätthållande. Det kan därför inte sägas teoretiskt omöjligt att begränsa entreprenörens felansvar också vid grov vårdslöshet, även om det blir svårt i praktiken. Om parternas syfte med en ansvarsfriskrivning eller ansvarsbegränsning är att skapa ekonomisk förutsägbarhet, kan det därför bli mer oförutsägbart än parterna först tänkt.

Vidare kan iaktas att bedömningen av *ansvarsbegränsningar* i samband med grov vårdslöshet, däremot, eventuellt kan ges en något mildare bedömning än en *ansvarsfriskrivning*. Detta med tanke på att det vid en begränsning av ansvar fortfarande finns andra påföljder, eller begränsade påföljder, för motparten att tillgå. På så sätt kan rättvisa skipas, även om det inte fullt ut sker i lika stor utsträckning som det annars hade gjort. Detta beror givetvis på hur stor begränsning som görs, där en mindre ansvarsbegränsning lättare bör kunna upprätthållas än en kraftigare sådan.

Det är förbundet med flera svårigheter att friskriva entreprenörens felansvar vid ett grovt vårdslöst utförande eftersom det är många rekvisit som måste uppfyllas för att en sådan friskrivningsklausul inte ska jämkas av domstol. För det första måste en sådan klausul vara *klar och tydlig*. Detta innebär en problematik i sig, då det är svårt att på förhand reglera eventuella framtida

händelser. Men framförallt måste det anses knepigt att begränsa entreprenörens ansvar för sin primärförpliktelse, det vill säga ett korrekt utförande. Entreprenörens uppgift är ju att enligt avtalet utföra vissa arbeten och om entreprenören kan undkomma allt ansvar för ett felaktigt utförande så skulle ju entreprenören reellt sett inte ha någon förpliktelse alls. Därför bör det vara lättare att nå framgång med en partiell friskrivning eller en begränsning av entreprenörens felansvar vid grov vårdslöshet. En sådan begränsning kan exempelvis utgöras av en beloppsbegränsning för fel på grund av grov vårdslöshet, eller att till exempel rena skönhetsfel inte ansvaras för oavsett grov vårdslöshet.

6 Sammanfattande analys

6.1 Möjlighet att begränsa entreprenörens felansvar

Entreprenörens huvudsakliga förpliktelse är att utföra vissa byggnadsarbeten i enlighet med parternas kontrakt. Ett fel föreligger då detta utförande görs felaktigt. Fel i entreprenad kan därför sägas bestå i ett felaktigt utförande.

Ett felaktigt utförande kan rimligtvis bäst rättas till genom avhjälpande, varför det i både AB 04 och NS 8405 är naturligt att den huvudsakliga påföljden vid fel i entreprenad är avhjälpande. Däremot begränsas rätten till avhjälpande när ett sådant blir oskäligt dyrt i förhållande till nyttan. I dessa fall utgörs entreprenörens felansvar istället av att beställaren erhåller ett prisavdrag. Vilken påföljd som blir aktuell i samband med fel kan med andra ord variera beroende på omständigheterna.

Det finns ingen lagreglering som reglerar hur entreprenörens felansvar kan begränsas i entreprenadavtal. Det råder avtalsfrihet på området, vilket öppnar upp för att parterna kan vara mycket kreativa i sin reglering av detta felansvar. Avtalsfriheten begränsas dock av 36 § AvtL som föreskriver att oskäligen avtalsvillkor kan jämkas. Vad som ska anses oskäligt ska avgöras efter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter. Internationella regelverk kan bekräfta att det är en skälighetsbedömning som ska göras vid bedömningen av ansvarsbegränsningar. Även om internationella regleringar inte getts avgörande betydelse i någon av den praxis som diskuterats i uppsatsen, har de ändå beaktats i Högsta domstolen och i litteraturen. Därför kan dessa regleringar användas för att stödja argumentet att gällande rätt är att en ansvarsbegränsnings giltighet ska bedömas i enlighet med vad som kan anses skäligt.

Om parterna önskar att ytterligare begränsa eller reglera entreprenörens felansvar utöver det som anges i standardavtalen, krävs en individuell justering av standardavtalet. Individuella villkor ger ett starkare uttryck för en gemensam partsavsikt än standardvillkoren och det kan därför hävdas att parterna medvetet gjort denna justering. Ansvarsbegränsningar i entreprenörens felansvar kan ske genom att reglera vilka *påföljder* (avhjälpande, ekonomisk kompensation eller ingen påföljd alls) som ska kunna göras gällande samt under vilka *förutsättningar*, det vill säga vid vilka utförandefel. Dessutom bör parterna reglera tidsaspekterna för ansvar, det vill säga vilken *ansvarstid* som ska gälla.

Avtalsbrottet fel i entreprenad aktualiserar som sagt framförallt avhjälpande som påföljd, men detta hindrar inte att parterna också kan avtala om ekonomisk ersättning såsom prisavdrag eller vite. För att ett vite ska anses vara exklusiv påföljd krävs dock enligt praxis att detta framkommer tydligt.

Vitets effekt som ansvarsbegränsning bedöms in casu där omständigheter såsom vitets belopp får betydelse. En reglering om att ingen påföljd alls ska utgå utgör en ansvarsfriskrivning. De förutsättningar för felansvar som kan regleras, kan exempelvis vara regleringar gällande vilka parametrar som ska användas i en felbedömning, vilka slags fel som ska ansvaras för eller krav på reklamation.

Bedömningen av en ansvarsbegränsnings skälighet görs in casu och är underkastad domstolens diskretionära beslutskompetens. Därför får riktlinjer för bedömningen sökas från prejudicerande praxis och litteratur.

Det kan efter en samlad bedömning av svensk praxis ställas upp några parametrar och riktlinjer som gäller för skälighetsbedömningen av ansvarsbegränsningar enligt 36 § AvtL. För det första måste en ansvarsbegränsning vara klar och tydlig. Vidare får ansvarsbegränsningen inte vara motstridig i det förstånd att det ansvar som begränsas inte samtidigt får omfattas av en garanti. I sådana tillfällen ges garantin företräde till ansvarsbegränsningen. En entreprenör kan således inte garantera ett riktigt utförande och samtidigt begränsa sitt ansvar för fel i entreprenaden, det vill säga ett felaktigt utförande. Dessutom visar praxis att det är lättare att nå framgång med friskrivning från indirekt skada, framförallt när andra påföljder finns att tillgå enligt kontraktet. Vidare framhålls att en sådan friskrivning anses vara en internationellt godtagbar reglering. I ett entreprenadrättsligt sammanhang kan det därför vara möjligt att friskriva entreprenörens ansvar för indirekta skador som uppstår i samband med fel. Av norsk praxis framkommer vidare att en ansvarsbegränsning som drabbar den ena parten hårt medan den andra inte lider någon särskild skada ska anses oskälig.

Av litteraturen framkommer vidare att det är viktigt att i oskälighetsbedömningen ta tillvara parternas intresse för förutsebarhet i avtalsrelationen. Dessutom bör parts möjlighet till försäkring beaktas.

Samlat kan sägas att en skälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning ställer avtalsfriheten och avtalsbundenheten mot skälighet och rättvisa, vilket är en iakttagelse som också bekräftas av litteraturen. Då det därför är fråga om subjektiva värderingar, är det svårt att ge några handfasta svar på vilka kriterier som krävs för att en ansvarsbegränsning ska upprätthållas av domstol.

6.2 Möjlighet att begränsa entreprenörens felansvar vid grov vårdslöshet

Det finns inget lagstöd för att en ansvarsbegränsning mot grovt vårdslöst handlande ska anses ogiltig. Enligt förarbetena till 36 § AvtL skulle en sådan gränsdragning ge en alltför oflexibel bedömning och därför ska istället en oskälighetsbedömning göras utefter samtliga omständigheter i fallet. Detta innebär att ofördelaktiga avtalsvillkor kan vägas upp av fördelaktiga sådana. Bedömningen görs in casu och är som sagt underkastad

domstolens diskretionära beslutskompetens. Återigen får riktlinjer för bedömningen därför inhämtas från praxis.

I en svensk artikel³¹⁸ menas att en friskrivning från grov vårdslöshet är giltig om den är otvetydig, dock inte om det är ledningen som är grovt vårdslös. Det saknas dock bekräftande praxis på att detta är det rådande rättsläget.

I både svensk och norsk praxis framkommer att en ansvarsbegränsning från grov vårdslöshet inte får vara för allmänt hållen, då en sådan tolkas inskränkande. Detta trots att jämkning i kommersiella avtal ska ske med försiktighet. Vidare kan en friskrivning från grov vårdslöshet enligt svensk praxis inte accepteras om den uppenbart går utöver vad som kan accepteras av rättsordningen. Vad som krävs för att en friskrivning från grov vårdslöshet inte ska anses gå utöver vad som accepteras av rättsordningen framkommer dock inte av varken praxis eller av litteraturen. Norsk praxis har också underkänt ansvarsfriskrivningar på grund av att de stått i strid med parternas förutsättningar eller för att de inneburit att ett betydelsefullt avtalsbrott inte getts verkningar. ”Wingull”-principen statuerar vidare att en ansvarsfriskrivning inte kan gälla när fel inte kan avhjälpas.

Det finns inget exempel på ett upprätthållande av en ansvarsbegränsning från grov vårdslöshet i svensk praxis och litteraturen bekräftar att det krävs mycket för att en domstol ska upprätthålla en sådan ansvarsbegränsning. Det finns endast ett exempel från norsk prejudicerande praxis där en ansvarsbegränsning från grov vårdslöshet upprätthålls, nämligen i Kaiinspektørfallet. Det var fråga om ett framförhandlat standardavtal, dock inom transporträtten. Høyesterett beaktar i domen parternas intresse av förutsägbarhet, möjligheter till försäkring samt att parterna gjort en rationell avvägning av riskerna. Det framhålls vidare att det var fråga om en anställds grovt vårdslösa handling och att det krävs grov vårdslöshet på ledningsnivå för ansvarsgenombrott. Domen anses dock i litteraturen beakta så pass många särskilda hänsyn som förelåg i fallet, att domen därmed inte kan användas för att hävda en generell tillgång till ansvarsbegränsningar vid grov vårdslöshet. Det är därför långsökt att hävda att domen uttrycker en möjlighet att begränsa ansvaret på ett liknande sätt även i entreprenadavtal.

Åtskillnaden mellan grov vårdslöshet hos anställda eller på ledningsnivå görs inte i samma utsträckning i svensk praxis och litteratur, vilket också noterats i den norska litteraturen. Detta får till följd att fler handlingar kan anses grovt vårdslösa i Sverige och således vara underkastade den stränga bedömningen. Detta medför i sin tur att norsk rätt i större utsträckning kan anses upprätthålla ansvarsbegränsningar vid grov vårdslöshet, då fler grovt vårdslösa handlingar kan antas företas av anställda än på ledningsnivå. Vad den eventuella skillnaden mellan Norge och Sverige kan tänkas bero på framkommer inte av litteraturen. Eventuellt är denna differens en följd av att en skälighetsbedömning oundvikligen måste baseras på subjektiva meningar och att bedömningen sker in casu. Detta medför att alla bedömningar blir

³¹⁸ JT 1998-99 nr. 1 s. 150.

olika beroende på vilka omständigheter som är för handen. Kanske har frågan lyfts i den norska litteraturen i ett sammanhang och sedan fått leva vidare och ytterligare diskuteras.

Hela framställningen kring ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar färgas genomgående av termer såsom skälighet och rättvisa. Skälighet och rättvisa är subjektiva åskådningar och det som anses skäligt för den ene, kan anses oskäligt av den andre. Det är en anledning till att det råder så stor osäkerhet på området, eftersom man inte kan laborera med några fasta ramar.

Slutsatsen blir att det är en skälighetsbedömning utefter samtliga omständigheter som ska göras. Det bör också nämnas något om det samhälleliga intresset av god byggnadskvalitet. Även om denna aspekt hittills inte verkar beaktas av domstolen, ger den ett intressant rättspolitiskt perspektiv på frågan. Om en entreprenör tillåts begränsa sitt ansvar också för grov vårdslöshet innebär det att entreprenören inte påläggs att hålla hög kvalitet på sitt utförande av kontraktarbeten, vilket leder till försämrad byggnadskvalitet. En sådan situation bör undvikas.

Teoretiskt sett finns en möjlighet till att begränsa entreprenörens felansvar också vid grov vårdslöshet, men det synes mycket svårt att få ett sådant villkor att hålla också i domstol. Det har per dags dato inte varit möjligt att finna något exempel från svensk prejudicerande praxis där friskrivning från grov vårdslöshet upprätthållits, men det betyder inte i sig att ett sådant tillfälle inte kan tänkas infinna sig i framtida rättsprövningar.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Litterära verk citeras med författarens efternamn, årtal samt sidnummer, exempelvis ”Adlercreutz och Gorton (2010), s. 10”.

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, upplaga 6, Lund: Juristförlaget, 2010.

Arnholm, Carl Jacob, *Privatrett III. Almindelig obligasjonsrett*, upplaga 2, Oslo: Johan Grundt Tanum forlag, 1974.

Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, upplaga 5, Oslo: H. Aschehoug & Co, 1978.

Almén, Tore, *Om köp och byte av lös egendom*, upplaga 4, Stockholm: Nordstedt, 1960.

Arvidsson, Niklas, *Aktieägaravtal. Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar*, Stockholm: Thomson Reuters Professionals, 2010.

von Bar, Christian, Clive, Eric, Schulte-Nölke, Hans m.fl., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München: sellier. european law publishers, 2009. Hämtad den 18 mars 2016 från http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper I. Gåva, hyra av lös sak, lån, entreprenadavtal, avtal om arbete på lös sak, sysslomansavtal och andra uppdrag*, Stockholm: P A Norstedt & Söners förlag, 1971.

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, upplaga 8, Stockholm: Norstedts juridik, 2013.

Hagstrøm, Viggo, *Culpanormen*, Oslo: Aschehoug, 1985.

Hagstrøm, Viggo, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo: Vinderen forlag, 1997.

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, upplaga 2, Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

Hagstrøm, Viggo och Bruserud, Herman, *Entrepriserett*, Oslo: Universitetsforlaget, 2014.

Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB 04*, Stockholm: Svensk byggtjänst, 2006.

Hellner, Jan, Hager, Richard, Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen*, upplaga 5, Stockholm: Norstedts juridik, 2011.

Hellner, Jan och Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, upplaga 9, Stockholm: Norstedts juridik, 2014.

Heuman, Lars, *Advokatens rättsutredningar – metod och ansvar*, Stockholm: Juristförlaget, 1987.

Håstad, Torgny, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, upplaga 6, Uppsala: Iustus förlag, 2009.

Höök, Rolf, *Entreprenadjuridik. Förvaltning, garantitid, byggperiod, upphandling, projektering*, upplaga 5:1, Stockholm: Norstedts juridik, 2008.

Korling, Fredric och Zamboni, Marco, *Juridisk metodlära*, Lund: Studentlitteratur, 2013.

Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, upplaga 2, Bergen: Alma mater forlag, 1991.

Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, upplaga 4, Bergen: Alma mater forlag, 1999.

Liman, Lars-Otto, *Entreprenad- och konsulträtt*, upplaga 8, Stockholm: Svensk Byggtjänst, 2007.

Lundmark, Thorsten, *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*, Uppsala: Iustus förlag, 1996.

Olsen, Lena, *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, Stockholm: Nerenius och Santéus förlag, 1993.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Stockholm: Fritzes förlag, 1995.

Ramberg, Christina och Ramberg, Jan, *Allmän avtalsrätt*, Stockholm: Norstedts juridik, 2014.

Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden*, Stockholm: Karnov group, 2011.

Sandvik, Tore, *Entreprenørrisikoen*, Oslo: Johan Grundt Tanum forlag, 1966.

Sandvik, Tore, *Kommentar til NS 3401*, Oslo: Universitetsforlaget, 1977.

Svensk Byggtjänst och Svenska Teknologföreningen, *Motiv AB 72*, upplaga 2, Stockholm: Svensk Byggtjänst, 1985.

Taxell, Lars Erik, *Avtal och rättsskydd*, Åbo: Åbo akademi, 1972.

Treitel, G.H., *Remedies for breach of contract. A Comparative Account*, Oxford: Clarendon press 1991.

Werin, Lars, *Ekonomi och rättssystem*, Stockholm: Liber förlag, 1982.

Artiklar

Artiklarna citeras med namn på tidskrift samt sidnummer. Exempelvis ”Ny Juridik 4:15 s. 27. Artiklar ur festskrifter citeras med författarens namn, festskrift samt sidnummer, exempelvis ”Kleineman, i Festskrift till Lars Heuman, s. 270”.

Arvidsson, Niklas och Samuelsson, Per, *Entreprenadrättsliga felpåföljder*, Ny Juridik 4:15 s. 27, Karnov Group.

Föreningen BKK, *Jämförelsetabell – AB 92 till AB 04*, 2004, hämtad 2015-10-14 från http://www.foreningenbkk.org/wp-content/uploads/2014/01/Jamforelsetabell_AB_04_till_AB_92.pdf.
[Cit: Jämförelsetabell – AB 92 till AB 04]

Hagström, Viggo, *Avhjelp av mangler ved mislighold av kontrakter*, i Birger Stuevold Lassen och Magnus Aarbakke (red.) Tidsskrift for Rettsvitenskap 1986 s. 64.

Hagström, Viggo, *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*, i Birger Stuevold Lassen och Magnus Aarbakke (red.) Tidsskrift for Rettsvitenskap 1996 s. 421.

Hellner, Jan, *Stulna diamanter*, Juridisk Tidskrift 1998-99 nr. 1 s. 150.

Hole, Ivar, *Ansvarsfraskrivelse i massekontrakter*, Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 40, 1959.

Ingvarsson, Anders och Utterström, Marcus, *Tolkning av entreprenadavtal – det köprättsliga kontrollansvaret möter hinderbestämmelserna i AB 04*, Svensk Juristtidning 2015 häfte 1 s. 20.

Ingvarsson, Anders och Utterström, Marcus, *Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum*, Svensk Juristtidning 2015 häfte 3 s. 258.

Johansson, Svante O., *Något om avtalsfrihet, obligationsrätt och grundläggande fri- och rättigheter*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 04-05/2013 s. 666.

Johansson, Svante O., *Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi idag med ansvarsfriskrivningar?*, Juridisk Tidskrift 2015-16 nr. 1 s. 50.

Kleineman, Jan, *Grov oaktsamhet som privaträttsligt principproblem*, i Jan Kleineman, Peter Westberg och Stephan Carlsson (red.) *Festskrift till Lars Heuman*, Stockholm: Jure Förlag AB, 2008.

Kötz, Hein, *Unfair Exemption Clauses. An Economic Analysis*, Svensk Juristtidning 1987 s. 473.

Magnusson, Andreas, *Allriskansvaret vid entreprenadavtal. Vems risk?*, Juridisk Tidskrift 2014-15 nr. 2 s. 307.

Monsen, Erik, *Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser*, Jussens venner 03/2010 s. 147.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, Svensk Juristtidning 2005 häfte 3 s. 249.

Ramberg, Christina, *Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*, Juridisk Tidskrift 2010-11 nr. 4 s. 918.

Ramberg, Christina, *Licensavtal, allmän avtalsrätt och Eric M Runesson*, Svensk Juristtidning 2015 häfte 2 s. 125.

Ramberg, Jan, *Ansvarsbegränsning – en fråga om skälighet eller praktikabilitet?*, i Jan Hellner, Olov Hertzman, Edvard Nilsson, Jan Ramberg och Erland Strömbäck (red.) *Festskrift till Ulf K. Nordenson*, Stockholm: Carlsson Law Network, 1999.

Rådberg, Åke, *Risk enligt AB 04. HD skriver om AB och skriver om AB*, Juridisk Tidskrift 2013-14 nr. 3 s. 667.

Samuelsson, Per, *Byggnadsentreprenad – kvalificerad avvikelse från normal aktsamhet kan utgöra grov vårdslöshet*, Juridisk Tidskrift 1991-92 nr. 4 s. 671.

Samuelsson, Per och Gorton, Lars, *Kontraktuella viten*, i Christian Dahlman (red.) *Studier i rättsekonomi: Festskrift till Ingemar Ståhl*, Lund: Studentlitteratur, 2005.

van der Sluijs, Jessica, *Utgör en vitesklausul en ansvarsbegränsning och i så fall mot vem?*, Juridisk Tidskrift 2011-12 nr. 1 s. 160.

Svarva, Morten H. och Hagström, Viggo, *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*, i Viggo Hagström och Magnus Aarbakke (red.) Tidsskrift for Rettsvitenskap 1999 s. 814.

Wallin, Martin och Pärssinen, Magnus, *Högsta domstolen om tolkning av standardavtal i entreprenadavtal*, Svensk Juristtidning 2013 häfte 8 s. 815.

Offentliga publikationer

Prop. 1973:138. *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till konsumentköplag, m.m.*

Prop. 1988/89:76. *Regeringens proposition om ny köplag.*

SOU 1974:83. *Generalklausul i förmögenhetsrätten. Betänkande av generalklausulutredningen.*

Internationella överenskommelser

The European Union, *The Principles of European Contract Law 2002*, hämtad den 18 mars 2016 från <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>.

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010*, hämtad den 18 mars 2016 från <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

Rättsfallsförteckning

Svensk rättspraxis

Högsta domstolen

NJA 2015 s. 3.

NJA 2014 s. 960.

NJA 2013 s. 271.

NJA 2012 s. 597.

NJA 2011 s. 600.

NJA 2010 s. 629.

NJA 2009 s. 388.

NJA 1998 s. 390.

NJA 1996 s. 118.

NJA 1993 s. 436.

NJA 1992 s. 130.

NJA 1983 s. 865.

NJA 1981 s. 400.

NJA 1980 s. 46.

NJA 1979 s. 483.

NJA 1979 s. 401.

NJA 1978 s. 432.

NJA 1976 s. 379.

NJA 1965 s. 124.

NJA 1962 s. 159.

NJA 1958 s. 373.

NJA 1951 s. 138.

NJA 1948 s. 701.

NJA 1946 s. 666.

NJA 1945 s. 669.

NJA 1945 s. 648.

NJA 1942 s. 548.

Skiljedomspraxis

Skiljedom mellan KPMG och ProfilGruppen.

Skiljedomen är offentlig genom Svea Hovrätt T 1085-11 sedan den klandrats. Skiljedomen citeras ” Skiljedom mellan KPMG och ProfilGruppen”.

Norsk rättspraxis

Høyesterett

Rt. 2008 s. 537.

Rt. 2003 s. 1531.

Rt. 2001 s. 1702.

Rt. 2000 s. 679.

Rt. 1999 s. 922.

Rt. 1998 s. 740.

Rt. 1995 s. 486.

Rt. 1995 s. 209.

Rt. 1994 s. 1430.

Rt. 1994 s. 626.

Rt. 1992 s. 295.

Rt. 1991 s. 220.

Rt. 1989 s. 1318.

Rt. 1988 s. 7.
Rt. 1985 s. 883.
Rt. 1984 s. 962.
Rt. 1983 s. 1222.
Rt. 1982 s. 1357.
Rt. 1975 s. 1003.
Rt. 1975 s. 478.
Rt. 1972 s. 449.
Rt. 1970 s. 1235.
Rt. 1969 s. 679.
Rt. 1967 s. 1248.
Rt. 1961 s. 1334.
Rt. 1961 s. 965.
Rt. 1953 s. 35.
Rt. 1948 s. 370.
Rt. 1935 s. 1014.
Rt. 1935 s. 497.
Rt. 1931 s. 146.
Rt. 1926 s. 712.
Rt. 1925 s. 945.
Rt. 1924 s. 486.
Rt. 1924 s. 81.
Rt. 1922 s. 308.
Rt. 1911 s. 1037.
Rt. 1892 s. 381.

Lagmansrett

RG 1968 s. 638 Eidsivating.

Skiljedomspraxis

ND 2002 s. 56.

ND 1979 s. 231.