



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Nea Rix

”En björntjänst gör ju ingen glad”

Om felansvar vid köp av tjänster mellan näringsidkare

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Termin för examen: Period 1 HT2019

Innehåll

ABSTRACT	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställningar	7
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Metod och material	9
1.6 Terminologi	11
1.7 Disposition	14
2 DEFINITIONEN AV FEL	16
2.1 Relevanta regelverk	16
2.1.1 Inledande anmärkningar	16
2.1.2 Parternas avtalsförhållande	16
2.1.3 Närmare om standardvillkor	17
2.1.4 Analogisk tillämpning	19
2.1.5 Allmänna rättsgrundsatser	21
2.2 Gällande rätt	23
2.2.1 Inledande anmärkningar	23
2.2.2 Förhållandet till dröjsmål	23
2.2.3 Uppdragstagarens skyldigheter	25
2.2.4 Närmare om bedömningen	27
3 SKADESTÅND SOM PÅFÖLJD	30
3.1 Förutsättningar för ansvar	30
3.1.1 Inledande anmärkningar	30
3.1.2 Några allmänna principer	30
3.1.3 Skadestånd inom avtalsförhållande	32
3.1.4 Gränsdragning till skadestånd utanför avtalsförhållande	33

3.2	Ansvarets utformning	35
3.2.1	Inledande anmärkningar	35
3.2.2	Närmare om culpprincipen	36
3.2.3	Garanti eller liknande utfästelse	37
3.2.4	Mellanformer av ansvar	39
3.2.5	Rådgivning och andra uppdrag	41
4	BEHOVET AV REGLERING	44
4.1	Att införa lagstiftning	44
4.1.1	Inledande anmärkningar	44
4.1.2	Huvudsakliga fördelar	45
4.1.3	Motsvarande nackdelar	46
4.2	Att utöka självreglering	47
4.2.1	Inledande anmärkningar	47
4.2.2	Huvudsakliga fördelar	48
4.2.3	Motsvarande nackdelar	49
4.3	Att lämna oreglerat	51
4.3.1	Inledande anmärkningar	51
4.3.2	Huvudsakliga fördelar	52
4.3.3	Motsvarande nackdelar	53
5	ANALYS	55
5.1	Utgångspunkter	55
5.2	Definitionen av fel	56
5.3	Skadestånd som påföljd	58
5.4	Behovet av reglering	60
6	SLUTSATS	63
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		66
Källor		66
	Elektroniska källor	66
	Tryckta källor	66
Litteratur		67
	Böcker med en författare	67
	Böcker med flera författare	68
	Tidskriftsartiklar	69
Rättsfall		70

Abstract

As the Swedish service sector continues to grow, it is becoming a more important part of the country's economy. One contributing factor may be that both the supply and demand for consultancy services has increased. However, there is no specific legislation in Swedish law that is directly applicable to services performed between entrepreneurs. Thus, in order to resolve a dispute between a contractor and contractee, the court must turn to what the parties have agreed. If no further provisions are to be found in the agreement, some problems may arise. The court's assessment is in that case dependent upon related regulations or general legal principles, which can lead to a lack of predictability for the parties.

This thesis seeks to examine the unregulated field of law regarding services contracted between entrepreneurs. Its main purpose is to clarify the legal situation for the contractor's liability for defects in the service performed. With a legal dogmatic method and the required material, the subject is dealt with focusing on both the legislation in its current form and some possible amendments. The thesis defines what is recognized as a defect in the service and under what conditions damages can be paid. In addition, it is questioned whether the legal situation is satisfactory by considering the advantages and disadvantages of establishing regulations that are directly applicable to services performed between entrepreneurs.

It can be stated that the court's assessment of defects in a service is based upon the parties' agreement, which is complemented by related norm sources. As a starting point, the issue of liability is decided upon the principle of culpability with regard to the individual circumstances. However, there is some uncertainty as to whether Swedish law requires legislation for the situations mentioned above. Another alternative is to increase self-regulation, in order to achieve greater flexibility compared to legislation. Furthermore, if the matter continues to be unregulated, the courts will still be able to adjust their judicial assessments based on the circumstances of each case.

Sammanfattning

Den svenska tjänstesektorn växer kontinuerligt och blir en allt viktigare del av landets ekonomi. En bidragande faktor kan vara att både utbudet av och efterfrågan på konsulttjänster ökar. I svensk rätt föreligger dock inte någon konkret lagstiftning som är direkt tillämplig på tjänster som utförs mellan näringsidkare. För att lösa en tvist mellan uppdragsgivare och uppdragstagare måste domstolen således vända sig till vad parterna har avtalat. Om det saknas närmare föreskrifter i avtalet kan dock vissa problem uppstå. Bedömningen måste då utgå från närliggande reglering eller allmänna rättsgrundsatser, vilket kan leda till bristande förutsebarhet för parterna.

Förevarande uppsats tar sikte på det oreglerade rättsområdet för köp av tjänster mellan två näringsidkare. Syftet är att tydliggöra det rådande rättsläget för uppdragstagarens ansvar vid fel i den utförda tjänsten. Med stöd av den rättsdogmatiska metoden och erforderligt material behandlas ämnet med fokus på såväl gällande rätt i sin nuvarande form som några förslag till ändringar. Uppsatsen redogör därmed för vad som ska avses med fel i tjänsten respektive under vilka förutsättningar skadestånd kan utgå. Dessutom ifrågasätts om det befintliga rättsläget är tillfredställande genom att presentera för- och nackdelar med att utforma reglering som är direkt tillämplig på tjänster som utförs mellan näringsidkare.

Av uppsatsen framgår att bedömningen av vad som ska avses med fel utgår från parternas avtal, som kompletteras med andra närliggande normkällor. Enligt huvudregeln prövas frågan om skadeståndsskyldighet utifrån den allmänna culpaprincipen med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall. Det råder dock viss osäkerhet om behov föreligger av att införa lagstiftning på det aktuella området. Ett annat alternativ kan vara att utöka självreglering, för att uppnå ökad flexibilitet i jämförelse med lagstiftning. Om rättsområdet även fortsättningsvis lämnas oreglerat kvarstår dock stora möjligheter för domstolarna att anpassa sina rättsliga bedömningar utifrån de individuella omständigheterna.

Förord

Med denna uppsats avslutar jag mina år på juristprogrammet vid Lunds universitet. Det har varit en utvecklande, lärorik och spännande del av mitt liv som jag är oerhört tacksam för. Uppsatsen tillägnas därför mitt 19-åriga jag, som på ett möte hos studievägledaren nämnde i förbifarten att det aldrig skulle vara möjligt att utbilda mig till jurist. Henne har jag nog lyckats överbevisa nu.

Jag skulle även vilja rikta ett särskilt tack till Eva Lindell–Frantz för värdefulla synpunkter på mitt arbete. Det största av tack till min sambo och numera fästman för kärleksfullt stöd genom alla dessa perioder av tentaångest, prestationskrav och stress. Till dig som läsare hoppas jag att uppsatsen kan ge inspiration till ditt eget skrivande eller kanske väcka frågor som du inte funderat på tidigare.

Fortsatt trevlig läsning!

Nea Rix

Förkortningar

ABK 09	Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvksamhet
CISG	Lag (1987:822) om internationella köp
Ds	Departementsserien
EU	Europeiska unionen
HagL	Lag (1991:351) om handelsagentur
HB	Handelsbalk (1736:0123 2)
JT	Juridisk tidskrift
KommL	Kommissionslag (2009:865)
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
KöpL	Köplag (1990:931)
NKF 07	Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag till fast pris
NKL 07	Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag på löpande räkning
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
PELSC	Principles of European Law on Service Contracts
Prop.	Proposition
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Allt fler upptäcker fördelarna med att köpa och sälja konsulttjänster. Som expert på sitt område kan en konsult bidra med stor kunskap och relevant yrkeserfarenhet. Dessutom ökar efterfrågan på att ha ett omväxlande arbetsliv som går att anpassa efter sina egna behov och individuella intressen. För såväl arbetsgivare som arbetstagare kan ett uppdragsavtal därför vara ett snabbt och mer flexibelt alternativ till traditionella anställningar.¹ På senaste tid har dock media rapporterat om skyhöga konsultkostnader och brister i utförandet, till exempel på kollektivtrafikens område och vid den kontroversiella omorganisationen av Karolinska universitetssjukhuset. Det har således blivit omdiskuterat huruvida konsulttjänster är att föredra i alla sammanhang, inte minst vid statlig finansiering.²

Ett konsultavtal utgör ett köp av immateriella tjänster mellan två näringsidkare. I svensk rätt skiljer sig sådana avtal till viss del från andra köpavtal, eftersom det mestadels saknas konkret lagstiftning som uttryckligen reglerar förhållandet som råder mellan uppdragsgivare och uppdragstagare. Det gäller bland annat tjänster som avser undervisning, rådgivning och sysslomannaskap.³ Rättsområdet präglas till stor del av avtalsfrihet och parterna förutsätts reglera sina mellanhavanden på egen hand. Näringsidkare ges därför stor möjlighet att formulera villkor som är anpassade för den individuella avtalssituationen. Vid bristfälliga avtal och muntliga överenskommelser kan det dock uppstå osäkerhet om vilka regler som gäller.⁴

Den svenska tjänstesektorn växer kontinuerligt och utgör numera en viktig del av landets ekonomi. Antalet arbetsställen inom tjänstebranscher

¹ Se Kompetensföretagen (2019).

² Se t.ex. Mederyd Hårdh (2015); Gustafsson (2017).

³ Se Johansson (2013) s. 87.

⁴ Jfr Adlercreutz – Mulder (2017) s. 19.

har ökat med 143 procent sedan början på 1980-talet. Visserligen råder stor variation mellan kommunerna, men det finns ingenting som tyder på att trenden kommer vända.⁵ I takt med den pågående utvecklingen väcks frågor om lagstiftning bör utformas som är direkt tillämplig på köp av tjänster mellan två näringsidkare. Vid en eventuell tvist mellan parterna skulle en sådan lagstiftning bli avgörande för hur en domstol bedömer den aktuella situationen. Det är således angeläget att undersöka hur rättsläget för tjänster som utförs mellan kommersiella parter ser ut i dagsläget och om det skulle kunna bli mer lättöverskådligt.⁶

1.2 Syfte

Den följande framställningen har för avsikt att tydliggöra det nuvarande rättsläget för felansvar vid köp av tjänster mellan två näringsidkare. Ett övergripande syfte är att utreda hur tvister som uppstår med anledning av ett uppdragsavtal mellan kommersiella parter hanteras med hjälp av de rättskällor som finns tillgängliga i svensk rätt. Uppsatsen behandlar således vad som kan anses vara ett fel när frågan inte reglerats mellan parterna. Ett exempel är när det saknas ett skriftligt avtal eller om det är oklart vad som ska anses följa av avtalet. Dessutom förs resonemang kring uppdragsgivarens möjligheter att kräva skadestånd till följd av ett fel i den utförda tjänsten. Frågor som rör uppdragstagarens skyldighet att ersätta skada i samband med rådgivning ligger då nära tillhands att diskutera ytterligare.

I syftet ingår dessutom att undersöka om det föreligger behov av att införa reglering som uttryckligen omfattar köp av tjänster mellan två näringsidkare. Därför presenteras ett antal argument som talar för respektive emot att utforma lagstiftning som är direkt tillämplig på ett uppdragsavtal mellan kommersiella parter. Framställningen bidrar till att analysera och ifrågasätta om det befintliga rättsläget är tillfredsställande eller om det bör förtydligas i form av lagtext. Ett annat alternativ som presenteras är att utöka självreglering för tjänster mellan näringsidkare.

⁵ Se Statistiska centralbyrån (2018).

⁶ Jfr motion 2016/17:1516.

Genom att diskutera för- och nackdelar med olika former av reglering ges en övergripande bild av hur rättsområdet kan utvecklas. Det visar också vilka möjligheter och problem som kan uppstå till följd av att lagstiftning saknas på vissa delar av förmögenhetsrättens område.

Uppsatsen berör köp av tjänster mellan näringsidkare i allmänhet, dock med tydlig inriktning på sådana immateriella tjänster som utförs inom ramen för ett konsultuppdrag. Tjänster som innebär någon form av rådgivning eller förmedling av information har således hög prioritet. De resonemang som förs kan sägas omfatta i huvudsak konsulttjänster, men även andra köp av tjänster mellan kommersiella parter. Uppdraget kan vara av olika omfattning och komplexitet, men gemensamt för de berörda avtalen är att båda parterna agerar i egenskap av näringsidkare. Någon närmare redogörelse för vilken reglering som gäller särskilt för materiella tjänsteförpliktelser ges dock inte. Istället presenteras generella slutsatser som kan anses gälla för de flesta tjänster som utförs mellan näringsidkare.

1.3 Frågeställningar

För att uppnå det definierade syftet behandlas ämnet utifrån följande huvudsakliga frågeställningar:

- Hur definieras fel vid köp av tjänster mellan näringsidkare?
- Vilken form av ansvar gäller för skadestånd som uppstår till följd av fel i tjänster som utförs mellan näringsidkare?
- Föreligger behov av att införa reglering på det aktuella området?

De angivna frågeställningarna bildar en ram för uppsatsprojektet och är ämnade att genomsyra den följande framställningen som en röd tråd. Frågeställningarna är till viss del formulerade som diskussionsunderlag för att bilda en utgångspunkt till vidare reflektion. Uppsatsens resultat presenteras fortlöpande under arbetets gång och ligger sedan till grund för dess efterföljande analys. I det avslutande kapitlet ges dessutom en kort sammanfattning av uppsatsens resultat och analys, där några av de viktigaste slutsatserna framgår.

Karaktären på frågeställningarna skiljer sig delvis åt. Den första och andra behandlar gällande rätt i sin nuvarande form (*de lege lata* på latin). Syftet är i dessa delar att fastställa vilka rättsregler som existerar inom det aktuella rättsområdet. Den tredje frågeställningen tar istället sikte på ett resonemang om hur rättsläget borde vara (*de lege ferenda* på latin).⁷ Sådana uttalanden innehåller förslag till ändringar i lagstiftningen och har därför en mer rättspolitisk karaktär. Inom den juridiska litteraturen råder viss oenighet kring huruvida det är rättsvetenskapens uppgift att åstadkomma rättsliga reformer eller om ansvaret endast ska tillhöra de politiska församlingarna. Trots det finns möjlighet att inom ramen för en juridisk utredning presentera och överväga alternativ till det rådande rättsläget.⁸

1.4 Avgränsningar

Av utrymmesskäl kan inte allt av intresse inom ramen för syftet eller frågeställningarna behandlas. Uppsatsen begränsas därför till att endast undersöka och analysera svensk rätt. Denna avgränsning ska inte hindra att intryck tas från hur diskussionen kring kommersiella tjänster förs i andra rättssystem. På motsvarande sätt ligger fokus på inomobligatoriska förhållanden, men vissa jämförelser görs med vad som gäller vid ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Däremot består den valda metoden inte av komparativ analys i någon större utsträckning. Ämnet behandlas dessutom med inriktning på olika typer av oreglerade konsulttjänster. Revisorslag (2001:883), fastighetsmäklarlag (2011:666) och annan form av speciallagstiftning faller således utanför frågeställningarna för denna studie.

Syftet med framställningen är att utreda uppdragstagarens ansvar för fel i förhållande till dennes avtalskontrahent. Frågor som rör ett eventuellt ansvar gentemot tredje man behandlas således inte närmare. Dessutom utreds endast skadestånd som möjlig påföljd för fel i den utförda tjänsten. Vilka förutsättningar som gäller för att avhjälpande,

⁷ Se Ramberg – Malmström (2018) s. 40.

⁸ Jfr Hellner (2001) s. 220–221.

hävning eller prisavdrag ska utdömas blir följaktligen inte aktuellt att redogöra för. Kraven för att reklamation ska anses vara utförd på ett korrekt sätt behandlas inte heller närmare. Dessa avgränsningar medför att uppsatsens frågeställningar kan preciseras ytterligare och blir således inte alltför omfattande.

I samband med köp av immateriella tjänster blir det framförallt aktuellt att diskutera ekonomiska skador som saknar någon koppling till skador som uppstått på person eller sak. Därav redogörs endast för rena förmögenhetsskador, till exempel inkomstförluster, försämrade rörelseresultat eller andra typer av kostnader som uppstår utan någon anknytning till person- eller sakskada. Frågor som rör orsakssamband och adekvat kausalitet berörs endast i korthet. Utöver det bortses från samtliga frågeställningar som avser beräkning av skadestånd, eventuell jämkning och uppdragstagarens möjligheter till friskrivning från ansvar. Möjligheten att utvidga ansvaret i samband med ett garantiåtagande tas däremot upp och behandlas som en del av diskussionen om skadestånd som påföljd.

1.5 Metod och material

För att uppnå ovannämnda syfte och besvara frågeställningarna lämpar sig en rättsdogmatisk metod. Utgångspunkten ligger således i gällande svensk rätt som analyseras med hjälp av befintliga rättskällor och sätts i sitt sammanhang med juridisk systematik. Metoden är användbar för att undersöka och tolka hur rättsläget ser ut på det aktuella området.⁹ Rättsdogmatiken kan sägas vara en tolkningslära som sätter fokus på en eller flera konkreta frågeställningar. För att lösa ett rättsligt problem i praktiken måste svar sökas inom de allmänt accepterade rättskällorna. Det är just sambandet mellan en konkret tillämpningssituation och de abstrakta rättsreglerna som ger rättsdogmatiken dess särskilda karaktär. På så sätt kan metoden underlätta för att systematisera det juridiska tänkandet.¹⁰

⁹ Jfr Sandgren (2018) s. 43.

¹⁰ Se Kleineman (2018) s. 21, 26.

Hur den rättsdogmatiska metoden ska definieras är dock till viss del omtvistat inom rättsvetenskapen. En traditionell tolkning är att metoden endast begränsas till att beskriva och tydliggöra gällande rätt. Det finns dock utrymme för att ifrågasätta om även annat material som skulle kunna påverka en domstols bedömning kan betraktas som rättskällor och därmed tillåtas.¹¹ En sådan friare tolkning öppnar upp för att den rättsdogmatiska metoden även kan innefatta en kritisk analys av det befintliga rättsläget. Med ett sådant synsätt blir det möjligt att utifrån den valda metoden konstatera vilken rättslig reglering som finns, vad den innehåller och även uttala sig om vilken reglering som bör finnas. Det anses även väsentligt att anlägga ett kritiskt perspektiv på ämnet, för att kunna diskutera och ifrågasätta huruvida det nuvarande rättsläget är tillfredsställande. Genom att röra sig utanför den strikta, traditionella tolkningen av rättsdogmatiken uppstår möjligheter att söka nya svar och bättre lösningar på juridiska problem.¹²

Den valda metoden fungerar som en kombination av induktion och deduktion, vilket är kännetecknande för rättsdogmatiken. När det saknas lagstadgade regler skapas en övergripande princip och ur denna härleds sedan en norm som kan antas vara lämplig för att lösa ett problem i det enskilda fallet. Kombinationen innebär att teori och empiri ständigt samverkar med varandra.¹³ För att bedöma situationer som inte omfattas av lagstiftning som är direkt tillämplig kan det således bli aktuellt att göra analogislut. I andra fall kan det dock vara mer lämpligt att göra motsatsslut. Det kan därför uppstå svårigheter med att avgöra när det ena eller det andra passar bäst, vilket ytterst beror på det enskilda avtalsförhållandet med hänsyn till syftet med den aktuella regleringen. Till skillnad från motsatsslut, som bygger på språkliga faktorer och har mer begränsad betydelse, bygger analogislut på det sakliga innehållet i den aktuella regleringen och spelar en avgörande roll för rättssystemets utveckling.¹⁴

¹¹ Se Hellner (2001) s. 23–24.

¹² Se Jareborg (2004) s. 4.

¹³ Se Hellner (2001) s. 72.

¹⁴ Ibid. s. 203.

Rättsdogmatiken kan sägas ha stark anknytning till rättskällevärdet. Läran styr vilka rättskällor som ska respektive få användas och deras inbördes hierarki. Som underlag används därför huvudsakligen rättsligt material i form av lagtext med relaterade förarbeten, rättspraxis och juridisk doktrin. Dessa källor kan rangordnas efter vilken auktoritet de besitter i förhållande till varandra.¹⁵ Enligt rättskällevärdet ska gällande lagstiftning tillmätas den allra starkaste positionen i en sådan hierarki. Därefter följer uttalanden i förarbeten och rättspraxis, som åtnjuter en relativt stark position i svensk rätt jämfört med utländska rättssystem. Ett uttalande från juridisk doktrin anses dock ha en förhållandevis svag position och dess auktoritet ska därför hanteras med iakttagande av viss försiktighet.¹⁶

Eftersom det saknas direkt tillämplig lagstiftning inom det aktuella rättsområdet blir övriga rättskällor av stor betydelse för denna uppsats. Till exempel spelar förarbeten till närliggande civilrättslig reglering en viktig roll för att förstå det nuvarande rättsläget. Utöver det behandlas några vägledande rättsfall som Högsta domstolen avgjort. Det är dock främst inom juridisk doktrin som ämnet har behandlats tidigare. Peter Hultgrens avhandling om oreglerade tjänster¹⁷ är ett nutida exempel. I övrigt utgör rättsvetenskapliga artiklar och tryckt litteratur en stor del av uppsatsens material. En av många tongivande författare som hänvisas till är Jan Hellner, tidigare professor i civilrätt vid Stockholms universitet. Även Bertil Bengtsson, som varit justitieråd och professor i rättsvetenskap vid ett flertal juridiska fakulteter, är vanligt förekommande som referens på området.

1.6 Terminologi

Med tjänst avses ett åtagande att utföra arbete i utbyte mot ekonomisk ersättning. Den huvudsakliga skillnaden mot köp av vara ligger således

¹⁵ Se Kleineman (2018) s. 28.

¹⁶ Se Sandgren (2018) s. 45–46.

¹⁷ Hultgren, Per (2019). *Fel i tjänst: Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall*, 1 uppl. Umeå: Umeå universitet.

i naturaprestationens karaktär, som består av en arbetsinsats framför att överlämna äganderätten till en viss egendom. En generell definition av begreppet tjänst saknas dock i svensk rätt, vilket gör det svårt att slå fast någon närmare civilrättslig innebörd av vad som utgör en tjänst.¹⁸ Vid användning av begreppet tjänst måste dock också uppmärksammas att det kan syfta på två principiellt skilda avtalstyper. Till följd därav måste uppdragsavtal skiljas från anställningsavtal. Av stor betydelse för en sådan gränsdragning är om den utförande parten anses självständig i förhållande till motparten. Faktorer som antyder att det är fråga om en anställning är till exempel att prestationen utförs under motpartens omedelbara arbetsledning och kontroll. Den förevarande framställningen är dock endast inriktad på sådana tjänster som utförs till följd av ett uppdragsavtal.¹⁹

Näringsidkare är den som yrkesmässigt bedriver en verksamhet av ekonomisk karaktär. Till skillnad från vad som avses med konsument skulle både fysiska och juridiska personer kunna omfattas av begreppet näringsidkare. För att en person ska betraktas som näringsidkare krävs således att denne handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten. Begreppet kommersiella parter används ibland för att beteckna att båda avtalsparterna utgör näringsidkare.²⁰ Åtagandet som den utförande parten har att fullgöra kallas antingen tjänst eller uppdrag. Begreppen används synonymt, även om det kan förekomma att en tjänst utförs utan att det är fråga om ett uppdrag. Så är fallet när en person tar sig an någon annans angelägenheter trots att det saknas en särskild anmodan från dennes sida (*negotium gestio* på latin). Enligt svensk rätt kan ersättning för sådana tjänster utgå under vissa förutsättningar, dock endast undantagsvis.²¹

Tjänster som utförs mellan näringsidkare kan i sin tur delas in i två kategorier, beroende på vad tjänsten går ut på. Uppdrag som avser tillverkning eller har annan koppling till ett fysiskt föremål betecknas

¹⁸ Se Bengtsson – Ullman – Unger (2019) s. 44.

¹⁹ Se Hesser (2006) s. 17, 19.

²⁰ Se Johansson (2013) s. 100–101.

²¹ Jfr Ramberg – Malmström (2018) s. 164.

ofta som materiella tjänster. I vissa fall har dessa förpliktelser kallats arbetsbeting, vilket framgår av rättsfall och juridisk doktrin från första hälften av 1900-talet.²² Nära tillhands ligger begreppet arbete på annans egendom, som ofta används för att beteckna förpliktelser att avsätta eller uppnå ett visst resultat. Exempel på sådana arbeten är installation, reparation och underhåll av fast egendom eller lös sak. Även de flesta hushållstjänster och hantverksarbeten anses tillhöra kategorin materiella tjänsteförpliktelser.²³

I fokus för den fortsatta framställningen ligger köp av immateriella tjänster. De kännetecknas av att uppdraget inte är direkt knutet till ett visst fysiskt föremål. Som exempel kan nämnas tjänster som utförs av arkitekter, ekonomer, jurister eller andra typer av konsulter. Begreppet immateriella tjänster är inte hämtat från vardagslivet och tillhör inte heller den vedertagna juridiska terminologin.²⁴ Förpliktelsen består ofta av att ge en rekommendation, ett råd eller utlåtande. Viss koppling kan finnas till ett fysiskt föremål, men uppdraget som sådant kan sägas vara av intellektuell eller immateriell karaktär. Det är således inte fråga om ett visst materiellt (fysiskt) utförande som avsätter ett visst materiellt (fysiskt) resultat på det aktuella föremålet. En avtalspart som beställer ett uppdrag kallas uppdragsgivare, medan den som genomför uppdraget kallas uppdragstagare.²⁵

Ett konsultuppdrag, som i stor utsträckning innebär rådgivning och förmedling av information, kan sägas tillhöra den sistnämnda kategorin. Konsulttjänster är således immateriella tjänster som präglas särskilt av uppdragets personliga karaktär. Dessa tjänster är ofta riktade till en viss fysisk person som är ansvarig för uppdragets utförande. Uppdraget kan även lämnas till ett konsultföretag eller till en person som är anställd vid ett konsultföretag. Oavsett är förtroendeförhållandet mellan parterna av stor betydelse.²⁶ Ett typexempel på konsulttjänster kan sägas vara

²² Se Elfström – Ashton (2018) s. 18.

²³ Se Johansson (2013) s. 62.

²⁴ Se Hellner – Hager – Persson (2019) s. 237.

²⁵ Se Hesser (2006) s. 20.

²⁶ Ibid. s. 22–23.

advokatverksamhet. Advokaten ska upplysa klienten om gällande rätt och ge råd kring olika handlingsalternativ. På klientens begäran kan även lämpliga åtgärder vidtas, till exempel att upprätta avtal eller föra talan i domstol. För att särskilja konsulttjänster från andra åtaganden måste således en helhetsbedömning göras utifrån de enskilda omständigheterna. Avgörande för en sådan gränsdragning är vilket åtagande som framstår som övervägande.²⁷

1.7 Disposition

Uppsatsen består av fyra delar. Det följande kapitlet behandlar vad som ska avses med fel vid köp av tjänster mellan två kommersiella parter. Redogörelsen har sin utgångspunkt i parternas individuella avtal, som ibland måste tolkas eller fyllas ut av domstolen. I kapitlet diskuteras även betydelsen av standardavtal för olika konsulttjänster. Lagstiftning som kan bli aktuell att tillämpa analogivis presenteras ingående, liksom några allmänna rättsgrundsatser som antas ha betydelse för uppsatsens frågeställningar. Målet är att slå fast en generell definition av fel i den utförda tjänsten, vilket görs med fokus på uppdragstagarens skyldigheter och förhållandet till dröjsmål. Kapitlet avslutas med att ge en närmare redogörelse för hur domstolens bedömning av vad som ska avses med fel genomförs.

Av tredje kapitlet framgår vilka grundläggande förutsättningar som krävs för att uppdragstagaren ska bli skyldig att ersätta skada i samband med tjänster som utförs mellan näringsidkare. Inledningsvis redogörs för några principer som gäller för bedömningar av skadestånd i allmänhet. Dessutom behandlas vissa särskilda förutsättningar för skadestånd inom avtalsförhållanden och gränsen till skadestånd utanför avtalsförhållanden diskuteras. Fokus ligger dock på att resonera kring olika ansvarsformer och fastställa vad som gäller för köp av tjänster mellan näringsidkare. Ett särskilt avsnitt ägnas åt rådgivning och andra immateriella tjänster. I övrigt behandlas culpaprincipen, strikt ansvar för garantier och några

²⁷ Se Elfström – Ashton (2018) s. 19–20.

mellanformer av skadeståndsansvar som kan bli aktuella att tillämpa på ett uppdragsavtal. På så sätt förs en diskussion kring vilken form av skadeståndsansvar som är mest lämplig för tjänster som utförs mellan kommersiella parter.

Med dessa utgångspunkter redogörs sedan för argument som talar för respektive emot att införa gemensam lagstiftning som omfattar köp av tjänster mellan två näringsidkare. I fjärde kapitlet presenteras också alternativet att överlåta till självständiga aktörer att utforma egna regler inom varje enskild bransch. Även ett antal för- och nackdelar med att fortsättningsvis lämna rättsområdet oreglerat diskuteras. Framställningen lägger således fokus på att resonera kring olika sätt som rättsområdet skulle kunna utvecklas. Det femte kapitlet ägnas åt fördjupad analys, där några av mina egna reflektioner framgår. Syftet med denna del är att förtydliga och vidareutveckla vad som presenterats under uppsatsens resultat. Som avslutning följer även en sammanfattning av de slutsatser som kan dras utifrån tidigare resonemang.

2 Definitionen av fel

2.1 Relevanta regelverk

2.1.1 Inledande anmärkningar

Som tidigare nämnts föreligger inte någon gemensam lagstiftning enligt svensk rätt som är direkt tillämplig på tjänster som utförs mellan två näringsidkare. Den närmare rättstillämpningen har lagstiftaren istället valt att överlämna till domstolarna. Handelsbalken (1736:0123 2)²⁸ innehåller i och för sig ett kapitel med regler för sysslomans eller ombudsmans ansvar. Störst praktisk betydelse har preskriptionsregeln som stadgas i 18 kap. 9 § HB. Övriga bestämmelser har dock knappast något större värde för bedömningen av de rättsfrågor som kan uppstå idag. Det är således kännetecknande för tjänster som utförs mellan näringsidkare att rättsområdet mestadels är oreglerat. När det uppstår en tvist om vad som ska avses med fel i den utförda tjänsten måste ledning därför hämtas i andra normkällor än direkt tillämplig lagstiftning.²⁹

2.1.2 Parternas avtalsförhållande

För att slå fast vad som ska avses med fel används de förhållanden som är specifika för den konkreta avtalssituationen. Avtalets ordalydelse är av stor betydelse, liksom vad parterna har åsyftat och vad som har förekommit vid förhandlingarna. Bedömningen utgår således från vad parterna har avtalat, så långt detta är möjligt att fastställa. I vissa fall kan däremot frågan om fel i tjänsten ha lämnats oreglerad, medvetet eller omedvetet. Det blir då ytterst domstolens uppgift att konstatera vad som ska anses gälla, vilket kan ske på två olika sätt. Å ena sidan kan innehållet fastställas utifrån själva avtalet, något som ofta kallas avtalstolkning. Å andra sidan kan andra källor användas för att ge viss vägledning, även kallat utfyllning av avtal.³⁰

²⁸ Citeras HB.

²⁹ Se Elfström – Ashton (2018) s. 21.

³⁰ Se Adlercreutz – Mulder (2017) s. 114–115.

Några allmänna principer för avtalstolkning framgår av rättspraxis och juridisk doktrin. Om det går att bevisa att parterna avsett annat än vad som sagts eller skrivits ned ska denna tolkning ges företräde. Den gemensamma partsviljan har således högre prioritet än det som parterna uttryckt. I annat fall måste innebörden av det nedskrivna eller uttalade avtalsinnehållet fastställas. En sådan tolkning går särskilt ut på att tyda parternas språkbruk och även att ta hänsyn till avtalets kontext. Om osäkerheten fortfarande består blir domstolen hänvisad till att falla tillbaka på ett antal hjälpregler för att tolka avtalet. Som exempel kan nämnas oklarhetsregeln, som konstaterar att ett oklart avtalsvillkor ska tolkas till nackdel för den part som författat texten. Denna hjälpregel innebär att vag eller ofullständig avtalstext bör undvikas så långt det är möjligt.³¹

Utfyllning av avtal används när underlaget för tolkningen inte är tillräckligt bärande. Det kan då bli aktuellt att tillämpa tvingande och dispositiva rättsregler, när sådana finns att tillgå. Även när lagstiftning inte är uttryckligen tillämplig kan den komma att tillämpas analogiskt. Handelsbruk och etablerade sedvänjor skulle också kunna bli bindande mellan parterna. I så fall krävs att den aktuella sedvanan generellt har godtagits och efterföljs inom branschen.³² Som exempel kan nämnas ett rättsfall från Högsta domstolen, där avtalsbrott kunde anses föreligga när en uppdragsgivare valde att återkalla uppdraget. Frågan avgjordes med hänsyn till avtalets särskilda natur och jämförelser med reglering på närliggande rättsområden. Parternas enskilda avtal fylldes således ut med lagregler och allmänna principer som kunde anses ha en naturlig samhörighet med den aktuella rättshandlingen.³³

2.1.3 Närmare om standardvillkor

Andra viktiga regelverk är gemensamt upprättade standardavtal. Dessa dokument kan ses som ett resultat av samverkan mellan flera berörda

³¹ Se Lehrberg (2019) s. 38–40.

³² Ibid. s. 281–283.

³³ Se NJA 1970 s. 122.

parter eller organisationer på båda sidor. Standardavtal kan även vara ensidigt upprättade, då den ena parten har skapat villkoren. För att ett standardavtal ska bli bindande i ett visst avtalsförhållande krävs därför att det utgör en del av det enskilda avtalet. De standardiserade villkoren blir vanligtvis införlivade genom att de presenteras till motparten före avtalsslutet.³⁴ I vissa fall kan dock välkända standardavtal anses utgöra etablerat handelsbruk och därmed bli tillämpliga trots att parterna inte särskilt avtalat om det. Anledningen är att dessa avtal normalt används inom branschen och att parterna därför saknar anledning att räkna med annat. Enligt rättspraxis och juridisk doktrin är dock frågan omtvistad och det råder således oklarhet om ett standardavtal kan införlivas i ett enskilt avtal utan någon särskild hänvisning.³⁵

Vilken vikt som ska fästas vid standardvillkor beror således på deras utbredning inom branschen. På entreprenadrättens område har ett flertal välkända standardavtal fått en särskilt betydelsefull roll. Högsta domstolen har därför konstaterat att det räcker med en enkel hänvisning för att näringsidkare ska bli bundna av sådana bestämmelser. Då krävs dock att det aktuella avtalsförhållandet kan anses jämbördigt i fråga om tidigare branschfarenhet.³⁶ Om standardavtalet innehåller villkor som är alltför oväntade eller betungande kan det bli aktuellt att göra undantag. För att bli införlivade krävs nämligen att sådana villkor ska framhållas särskilt, annars kan de inte anses utgöra avtalsinnehåll mellan parterna. Domstolen har då möjlighet att mildra eller helt bortse från ett eller flera oväntade eller betungande avtalsvillkor på grund av att det anses oskäligt.³⁷

För tekniska konsultuppdrag föreligger standardavtal som är tänkt att balansera parternas rättigheter och skyldigheter. Som exempel kan nämnas Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsverksamhet av år 2009 (ABK 09). Enligt kap. 2 § 1 ABK 09 ska konsulten genomföra uppdraget fackmässigt och visa omsorg samt

³⁴ Se Bernitz (2018) s. 56.

³⁵ Ibid. s. 59–60.

³⁶ Se NJA 1980 s. 46.

³⁷ Se Bernitz (2018) s. 70.

i övrigt iakttä god yrkessed. Vad som ska avses med fel i den utförda tjänsten är dock inte klarlagt, istället hänvisas till parternas individuella avtalsförhållande.³⁸ Detsamma gäller de båda standardavtalen Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag till fast pris (NKF 07) och Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag på löpande räkning (NKL 07). Dessa standardvillkor förutsätter att avtalet innehåller en uppdragsbeskrivning som närmare tydliggör omfattningen av åtagandet och det resultat som uppdragsgivaren förväntar sig.³⁹

2.1.4 Analogisk tillämpning

Om avtalet inte ger ett klart besked i rättsfrågan finns möjlighet att göra jämförelser med liknande fall i närliggande rättsområden. För att bedöma situationer som inte omfattas av någon uttryckligen tillämplig lagstiftning kan det nämligen bli aktuellt att göra ett analogislut. Det innebär att lagens tillämpningsområde utvidgas till att även avse andra förhållanden än de som åsyftades till en början. Om lagen är tvingande bör dock uppmärksammas att denna tvingande karaktär endast omfattar lagens tillämpningsområde. Ett analogislut är således alltid av dispositiv karaktär.⁴⁰ Uttalanden från förarbeten eller rättspraxis kan ibland ge en anvisning när lagstiftning kan bli föremål för analogisk tillämpning. Det är dock viktigt att analogier bygger på ett funktionellt samband mellan det fall som uttryckligen har reglerats och det oreglerade fall som ska lösas. Till exempel kan det framstå som olämpligt att hämta ledning från en tvingande konsumentlagstiftning när det är fråga om ett avtal mellan jämbördiga näringsidkare.⁴¹

Den allmänna köplagen (1990:931)⁴² kan sägas ha ett vidsträckt tillämpningsområde inom den speciella avtalsrätten. Köp av tjänster är dock uttryckligen undantagna. Av 17 § KöpL framgår att en vara ska stämma överens med vad som följer av parternas avtal. Bestämmelsen,

³⁸ Se Elfström – Ashton (2018) s. 14.

³⁹ Se Hedberg (2010) s. 294, 305.

⁴⁰ Se Bernitz (2018) s. 134.

⁴¹ Se Hellner – Hager – Persson (2019) s. 29.

⁴² Citeras KöpL.

som motsvaras av art. 35 i lagen (1987:822)⁴³ om internationella köp, stadgar till viss del vad som avses med fel vid köp av lös egendom. Kompletterande felregler återfinns i 18–19 §§ KöpL.⁴⁴ Ett konkret fel föreligger när avvikelser beror på det enskilda avtalet eller uttalanden och förväntningar i det aktuella partsförhållandet. Om ledning inte går att hämta från avtalet utgår bedömningen istället från vad en köpare normalt kan förvänta sig gällande varor av samma slag. Med andra ord föreligger ett abstrakt fel när prestationen inte uppfyller de krav som i allmänhet kan ställas.⁴⁵

Konsumenttjänstlagen (1985:716)⁴⁶ är endast tillämplig på vissa avtal om köp av tjänster som näringsidkare utför åt konsumenter. Av förarbetena till lagen framgår dock att analogisk tillämpning kan bli aktuellt även mellan kommersiella parter. Som exempel framhävs när en näringsidkare anlitar en byggtreprenör eller lämnar in en bil för reparation. I sådana fall skulle reglerna alltså till stor del kunna bli analogt tillämpliga som ett uttryck för dispositiv rätt.⁴⁷ Av 9 § KtjL framgår att fel ska anses föreligga om resultatet avviker från vad som avtalats eller om kraven på omsorg och fackmässighet inte är uppfyllda. Det innebär att tjänsten är felaktig om näringsidkarens prestation inte motsvarar vad konsumenten har rätt att kräva. Avvikelsen kan bero på att resultatet är av sämre kvalitet eller har andra egenskaper än vad parterna har kommit överens om.⁴⁸

Vad som dock talar emot att göra analogisk tillämpning av KtjL för avtal mellan näringsidkare är det konsumentskyddande syftet med lagen. Regleringen har utformats med ett tydligt motiv att stärka en svagare parts ställning i förhållande till en överlägsen motpart. Det kan således framstå som olämpligt att jämföra konsumentförhållanden med motsvarande förhållanden mellan två näringsidkare.⁴⁹ Vid konsulttjänster

⁴³ Citeras CISG.

⁴⁴ Se prop. 1988/89:76 s. 84.

⁴⁵ Se Håstad (2009) s. 73.

⁴⁶ Citeras KtjL.

⁴⁷ Se SOU 1979:36 s. 121.

⁴⁸ Ibid. s. 263–264.

⁴⁹ Jfr prop. 1984/85:110 s. 139.

och andra immateriella tjänster kan det dessutom finnas skäl att vara försiktig till möjligheten att tillämpa bestämmelserna analogt. Det anses nämligen tveksamt om reglerna som behandlar vad som avses med fel kan tillämpas på konsultuppdrag, då de flesta sådana tjänster snarare går ut på att visa omsorg än att åstadkomma ett visst resultat. I de flesta fall blir det således inte aktuellt att utreda om resultatet av tjänsten avviker från vad som avtalats mellan parterna.⁵⁰

Kommissionslagen (2009:865)⁵¹ innehåller regler som rör uppdrag att för annans räkning, men i eget namn, sälja eller köpa lös egendom. Trots det begränsade tillämpningsområdet kan KommL sägas ge uttryck för vissa allmänna principer som ska tillämpas på uppdragsförhållanden och andra varaktiga avtalstyper. Huruvida lagstiftningen kan bli föremål för analogisk tillämpning får ytterst avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.⁵² Även lagen (1991:351) om handelsagentur⁵³ kan ge viss vägledning för vad som gäller vid tjänster som utförs mellan två näringsidkare. Dessa bestämmelser gäller uppdrag att för annans räkning och i annans namn verka för köp eller försäljning av varor. I tillämpliga delar kan dock reglerna även användas på agentliknande situationer, till exempel återförsäljaravtal.⁵⁴ De nyss berörda lagarna saknar dock några tydliga felregler. Förutom krav på att tillvarata motpartens intressen och även att handla lojalt vid genomförande av uppdraget innehåller dessa bestämmelser inte en konkret definition av vad som avses med fel. Vid köp av tjänster mellan näringsidkare får bedömningen istället utgå från generella principer om skyldigheten att visa omsorg.⁵⁵

2.1.5 Allmänna rättsgrundsatser

Särskilda lagstadganden eller avgöranden kan ibland sägas ge uttryck åt allmänna rättsgrundsatser. På rättsområden där det saknas reglering och föreligger ett behov av harmoni kan generella principer istället bli

⁵⁰ Se Elfström – Ashton (2018) s. 22.

⁵¹ Citeras KommL.

⁵² Se prop. 2008/09:88 s. 89.

⁵³ Citeras HagL.

⁵⁴ Se t.ex. NJA 2008 s. 24.

⁵⁵ Jfr SOU 1984:85 s. 103.

vägledande. De flesta av dessa principer visar sig vara generaliseringar som grundar sig på analogier. I vissa fall förekommer dock allmänna rättsgrundsatser som inte har något samband med uttrycklig lagstiftning eller domstolspraxis.⁵⁶ Som exempel kan nämnas principen att avtal ska hållas (*pacta sunt servanda* på latin). Om parternas överenskommelse är giltig och saknar grund för jämkning eller åsidosättande tillämpas vad parterna har avtalat. Trots att denna allmänna rättsgrundsats inte finns nedskrivnen anses det inte råda några tvivel om att den gäller som en grundläggande princip på avtalsrättens område. Liknande principer kan vara av stor betydelse för domstolens bedömning av tvister i oreglerade fall.⁵⁷

I viss omfattning kan KtjL:s regler om felaktiga tjänster sägas ge uttryck för allmänna kontraktsrättsliga principer som inte endast gäller konsumentförhållanden. Lagen bygger till stor del på vad som kan antas utgöra generellt gällande oskriven rätt vid avtal om tjänster. Ju större likheter som föreligger mellan den oreglerade avtalssituationen och det aktuella tillämpningsområdet, desto större betydelse får lagregleringen.⁵⁸ Högsta domstolen har dessutom konstaterat att reglerna i KtjL kan ge vägledning även mellan kommersiella parter, åtminstone när de baseras på vad som kan antas vara sådana allmänna rättsgrundsatser som fyller ut den befintliga lagstiftningen. Viss försiktighet måste dock iakttas vid analogisk tillämpning, med hänsyn till det konsumentskyddande syftet med lagen. Då rättsreglerna är särskilt utformade för konsumenttjänster föreligger nämligen en risk för att de framstår som olämpliga för avtal mellan näringsidkare.⁵⁹

Huruvida reglering som avser konsumentförhållanden kan tillämpas även på avtal mellan kommersiella parter är möjligt att slå fast genom jämförelser med motsvarande köprättsliga bestämmelser. Ifall liknande grundläggande principer framgår av såväl KtjL som KöpL kan antas

⁵⁶ Se Hellner – Hager – Persson (2019) s. 29–30.

⁵⁷ Jfr Ramberg – Malmström (2018) s. 89.

⁵⁸ Se prop. 1984/85:110 s. 142.

⁵⁹ Se NJA 2013 s. 1174.

att de ska tillämpas även vid tjänster mellan två näringsidkare.⁶⁰ Som utgångspunkt kan därför sägas att ett avtalsobjekt ska vara beskaffat på det sätt som parterna har avtalat. Ett fel ska anses föreligga om den utförda prestationen avviker från det enskilda avtalet. Om avtalet saknar närmare föreskrifter uppstår dock vissa svårigheter att bedöma hur tjänsten bör utföras. Då aktualiseras frågor kring uppdragstagarens allmänna omsorgsplikt, som inom förmögenhetsrättens område regleras på flera håll. Avgörande för om skyldigheten även gäller vid tjänster som utförs mellan näringsidkare är dock om det bakomliggande syftet kan anses förenligt med den aktuella avtalstypen.⁶¹

2.2 Gällande rätt

2.2.1 Inledande anmärkningar

Vid en jämförelse av hur felbegreppet används inom den köprättsliga lagstiftningen kan det konstateras att bedömningen utgår från parternas avtal. Om prestationen avviker från vad köparen eller uppdragsgivaren har rätt att kräva föreligger fel. Vissa skillnader föreligger dock som utmärker köp av konsulttjänster mellan två näringsidkare. Förpliktelsen behöver nämligen inte alltid innebära att uppnå ett visst resultat.⁶² Vid avtal som rör tjänster kan det dessutom uppstå problem som inte har sin motsvarighet vid andra typer av avtal. Ett uppdrags innehåll och omfattning växer ofta fram successivt och kan förändras under tiden till något annat än vad som parterna tänkt från början. Frågan blir därför om ett fel som föreligger enligt köprättslig kontext kan vara detsamma som i uppdragsförhållanden.⁶³

2.2.2 Förhållandet till dröjsmål

Den köprättsliga regleringen skiljer mellan fel och dröjsmål. Även i litteraturen har det ansetts nödvändigt att göra en uppdelning mellan

⁶⁰ Se Hellner – Hager – Persson (2019) s. 102.

⁶¹ Se Hultgren (2019) s. 140–141.

⁶² Ibid. s. 209.

⁶³ Se Elfström – Ashton (2018) s. 41.

de olika avtalsbrotten. Ett fel kan sägas bero på sådant som har med användningen av objektet att göra, medan dröjsmål består av att tiden för leverans har överskridits. Gränsen är till synes självklar, men kan i vissa fall vara svår att dra.⁶⁴ Tjänster som inte utförs inom avtalad tid skulle kunna jämföras med varor som inte levererats i tid. Dock kan en tjänst redan ha påbörjats och arbetet således delvis vara utfört. Situationen skulle då närmare liknas vid när en vara har levererats i felaktigt skick. Att göra en tydlig avgränsning mellan fel och dröjsmål är därför svårare vid köp av tjänster än varor. Förhållandet mellan de båda avtalsbrotten bör därför behandlas närmare.⁶⁵

Enligt 22 § KöpL föreligger dröjsmål såväl vid försenad leverans som när en vara inte avlämnas alls. Om avtalet gäller köp av en viss vara och säljaren överskrider den avtalade tiden för leverans blir det således fråga om dröjsmål. Detsamma gäller om varan har blivit stulen eller förstörd så att leverans omöjliggörs.⁶⁶ I 24 § KtjL anges vad som ska avses med dröjsmål vid konsumenttjänster. Av första stycket följer att tjänsten ska utföras inom avtalad eller skälig tid. Bedömningen av dröjsmål utgår således från vad parterna har avtalat, men då närmare föreskrifter saknas får domstolen istället göra en skälighetsbedömning. Dröjsmål kan även föreligga om arbetet inte påbörjats på avtalad tid, vilket egentligen innebär att tjänsten inte har utförts alls. En liknande definition av begreppet dröjsmål förekommer således i både KöpL och KtjL.⁶⁷

I samband med köp av varor är egendomens mängd och kvalitet avgörande för bedömningen av fel. Vid köp av tjänster kan dock tiden för prestationen vara en del av tjänstens kvalitet. Det kan då ligga nära tillhands att definiera avtalsbrottet som ett fel istället för ett dröjsmål. Begreppen som hämtats från köprätten är således inte så passande för uppdragsförhållanden.⁶⁸ Ett konsultavtal kan dessutom avse en enstaka

⁶⁴ Se Hesser (2006) s. 65.

⁶⁵ Se Hultgren (2019) s. 210.

⁶⁶ Se Håstad (2009) s. 44.

⁶⁷ Se Johansson (2013) s. 349–350.

⁶⁸ Se Hultgren (2019) s. 213.

handling eller ha karaktär av ett långvarigt samarbete. I de flesta fall visar avtalet eller de enskilda omständigheterna när utförandet ska ske. Om uppdragsförhållandet är mer varaktigt krävs dock att parterna även kommit överens om hur lång tid avtalet ska gälla. Avtalet kan antingen bestämmas till en viss tid eller avse tiden tills att ett särskilt resultat har uppfyllts. Ett annat alternativ är att uppdraget gäller tillsvidare, med eller utan avtalad uppsägningstid.⁶⁹

Som allmän princip kan konstateras att ett dröjsmål föreligger om uppdragstagaren endast fullgjort en del av sina skyldigheter och själv är medveten därom. Om resultatet är avsett att motsvara full prestation och uppdragsgivaren kunnat inse detta bör reglerna om fel istället vara tillämpliga. Det är således uppdragstagarens inställning och avsikt som blir vägledande.⁷⁰ Gränsdragningen blir framförallt relevant om tjänsten lider av en kvantitativ brist, särskilt vid entreprenadavtal. De påföljder som kan aktualiseras av fel respektive dröjsmål är dock huvudsakligen desamma. Skillnaden får därför främst betydelse för uppdragsgivarens skyldighet att reklamera inom en viss tid från det att felet i tjänsten uppmärksammats.⁷¹

2.2.3 Uppdragstagarens skyldigheter

Vad som avses med fel kan sägas bero på vilken typ av tjänst det är fråga om. När förpliktelsen avser att prestera ett särskilt resultat skulle det allmänna köprättsliga felbegreppet kunna tillämpas direkt på avtalet. Beträffande konsulttjänster, där ett uppdrag snarare går ut på att visa omsorg, blir det istället konsultens utförande som hamnar i fokus för bedömningen. Gemensamt för alla tjänster är dock att ett fel består av en avvikelse från uppdragstagarens skyldigheter.⁷² Felbedömningen går således ut på att avgöra om uppdragsgivaren har fått sina rättigheter uppfyllda, vilket görs genom att prestationen jämförs med en norm som definieras vid avtalstillfället. Som utgångspunkt råder avtalsfrihet, vilket

⁶⁹ Se Hellner – Hager – Persson (2019) s. 244–245.

⁷⁰ Se prop. 1984/85:110 s. 191.

⁷¹ Se SOU 1979:36 s. 265.

⁷² Se Hultgren (2019) s. 217.

innebär att parterna disponerar över att beskriva avtalsobjektet närmare. Om avtalet innehåller en väl genomarbetad objektsbeskrivning minskar således risken för juridiska problem. I annat fall måste domstolen utgå från andra normer vid sin bedömning.⁷³

För att fastställa en sådan norm som uppdragstagaren har att rätta sig efter hänvisas ofta till god sed. Detta är vanligt förekommande som lagstiftningsteknik, eftersom begreppet är dynamiskt och dess innebörd kan därför förändras över tid genom utveckling i domstolspraxis. Ett utförande som strider mot god sed innebär att uppdragsgivaren skulle kunna hävda att fel föreligger.⁷⁴ Bedömningar kring vad som ska avses med fel i tjänsten måste således hämta ledning från yrkesetiska regler som är specifika för varje enskild bransch. Sådana regler är vanligtvis dokumenterade av olika branschorganisationer och uppdateras löpande i takt med att reglerna växer fram. Handlingsnormer kan även utfärdas av myndigheter genom ställningstaganden och allmänna råd. Genom att lagstiftningen hänvisar till god sed uppstår möjligheter för domstolarna att anpassa sina rättsliga bedömningar efter vilken form av uppdrag det är fråga om.⁷⁵

I samband med bedömningar av fel talas det ibland om att en vara eller tjänst avviker från vad motparten haft fog att förutsätta. Ett exempel från rättspraxis är Myresjöhusfallet, i vilket Högsta domstolen resonerade utifrån vad beställaren av en småhusentreprenad hade kunnat förvänta sig med hänsyn till de enskilda omständigheterna. Då fasadens konstruktion inte ansågs lämplig för det aktuella ändamålet kunde Högsta domstolen konstatera att fel förelåg. Av rättsfallet framgår att en uppdragstagare är skyldig att förhålla sig till uppdragsgivarens befogade förväntningar för att tjänsten inte ska betecknas som felaktig.⁷⁶ Vad som kan krävas av uppdragstagaren får ytterst bedömas utifrån avtalet. Att förväntningarna måste vara befogade innebär dock att inte vilka förväntningar som helst kan ligga till grund för felbedömningen. Uppdragsgivarens förväntningar

⁷³ Se Kihlman (1999) s. 55–56.

⁷⁴ Se Hesser (2006) s. 34.

⁷⁵ Se Elfström – Ashton (2018) s. 89.

⁷⁶ Se NJA 2015 s. 110.

måste således stämma överens med uppdragstagarens skyldigheter enligt avtalet eller gällande rättsregler. Det innebär att domstolen måste pröva vad uppdragsgivaren haft anledning att förvänta sig med hänsyn till de aktuella omständigheterna.⁷⁷

En köpare av immateriella tjänster kan inte i förväg veta vilket resultatet blir, vilket gör det svårt att jämföra med liknande produkter på marknaden. Uppdragstagaren åläggs därför en allmän skyldighet att visa omsorg vid utförandet av tjänsten. Denna omsorgsplikt kallas även metodansvar.⁷⁸ Plikten består av att följa uppdragsgivarens instruktioner och tillvarata dennes intressen. Något allmänt krav på att uppdraget ska utföras fackmässigt kan inte uppställas, eftersom ansvaret varierar med uppdragstagarens skicklighet. Vad skyldigheten att visa omsorg närmare innebär måste därför fastställas utifrån avtalets innehåll och karaktär.⁷⁹ Uppdragstagaren åläggs dessutom såväl ett informationsansvar som ett pedagogiskt ansvar. En konsult blir därför skyldig att sätta sig in i uppdragsgivarens behov, göra en väl genomarbetad analys och sedan presentera dess resultat på ett sätt som anpassas till uppdragsgivarens kompetens på området.⁸⁰

2.2.4 Närmare om bedömningen

Parternas rättigheter och skyldigheter uppstår i samband med avtalslutet. De kan grundas direkt på avtalet eller följa av lagstadgade rättsregler och allmänt vedertagna rättsgrundsatser. Skyldigheterna fungerar sedan som utgångspunkt för bedömningen huruvida fel ska anses föreligga i den utförda tjänsten. Om en avtalspart inte uppfyller sina förpliktelser uppstår i de flesta fall ett avtalsbrott och motparten har rätt att göra civilrättsliga påföljder gällande.⁸¹ Av förarbetena till KtjL framgår dock att avvikelser från metod- eller informationsansvaret inte nödvändigtvis behöver resultera i avtalsbrott. För att bestämma vad som avses med fel

⁷⁷ Se Hultgren (2019) s. 219.

⁷⁸ Se Elfström – Ashton (2018) s. 88.

⁷⁹ Se Hellner – Hager – Persson (2019) s. 246–247.

⁸⁰ Se Ramberg – Malmström (2018) s. 163.

⁸¹ Se Hesser (2006) s. 65.

måste således den utförda prestationen beskrivas och därefter jämföras med vad som utgör den avtalade prestationen. Det är uppdragsgivaren som måste åberopa och bevisa att det föreligger en avvikelse från vad parterna har avtalat eller andra befogade krav.⁸²

Felbedömningen kan sägas bestå av två steg. I första hand måste fastställas huruvida den utförda tjänsten avviker från avtalet eller vad uppdragsgivaren med fog kunnat förutsätta. Detta steg innebär att de befogade förväntningarna jämförs med vad som faktiskt presterats. I andra hand prövas uppdragsgivarens möjligheter att göra felet gällande. Då bedöms relevansen av felet med fokus på uppdragstagarens ansvar. Ett bakomliggande syfte är nämligen att avvikelser inte bör betecknas som fel om de inte kan leda till påföljd.⁸³ Som exempel kan nämnas att felet måste gå att hänföra till uppdragstagaren. Denna allmänna princip framgår av såväl KöpL som KtjL och bör således vara tillämplig även på köp av tjänster mellan näringsidkare. För att kunna göra påföljder gällande krävs därmed att felet inte orsakats av uppdragsgivaren eller något förhållande på dennes sida. I sådana fall blir det inte aktuellt att utkräva ansvar från uppdragstagaren.⁸⁴

Att bedömningen görs i två steg framgår även av rättspraxis från Högsta domstolen, vilket husbilsfallet utgör ett exempel på. I fallet tog domstolen först ställning till om fuktskador i en förvärvad husbil kunde anses utgöra en avvikelse från vad köparen haft fog att förutsätta. Efter det prövades om köparen borde ha märkt felet före köpet. Rättsfallet behandlar således också frågor som rör köparens undersökningsplikt.⁸⁵ För konsumenttjänster har en liknande uppdelning av felbedömningen gjorts, åtminstone enligt juridisk doktrin. Reglerna från KtjL återspeglar nämligen inte alla aspekter av hur bedömningen systematiskt går till. I ett första steg måste domstolen slå fast om det föreligger en avvikelse från en viss bestämd standard, för att därefter ta ställning till om denna avvikelse är relevant enligt lagen. Bedömningen avslutas med att en

⁸² Se SOU 1979:36 s. 459.

⁸³ Se Hultgren (2019) s. 227–228.

⁸⁴ Jfr Kihlman (1999) s. 294.

⁸⁵ Se NJA 1996 s. 598.

lämplig påföljd fastställs, vilket behandlas närmare i uppsatsens tredje kapitel. Genom att följa denna uppdelning av bedömningen framträder en tydlig systematik, vilket leder till att KtjL:s felregler blir lättare att förstå.⁸⁶

En annan viktig aspekt är vilken tidpunkt som bedömningen ska utgå ifrån. Den utförda tjänsten kan nämligen vara felaktig vid en viss tidpunkt och felfri vid en annan. I vanliga fall har uppdragstagaren fram till en avtalad tidpunkt på sig att färdigställa en felfri tjänst. Vad som utmärker konsultuppdrag är dock att prestationen är fortlöpande, vilket kan liknas vid förvaringstjänster.⁸⁷ För sådana tjänster saknas närmare regler som avgör vilken tidpunkt som ska användas för felbedömningen. Det innebär att uppdragsgivaren kan göra gällande avtalsbrott så snart rekvisiten för fel är uppfyllda. Kraven ställs därmed högre på att en immateriell tjänst ska vara felfri under hela tiden som avtalet mellan parterna löper.⁸⁸

⁸⁶ Se Johansson (2013) s. 193–194.

⁸⁷ Se Hultgren (2019) s. 235.

⁸⁸ Se prop. 1984/85:110 s. 118.

3 Skadestånd som påföljd

3.1 Förutsättningar för ansvar

3.1.1 Inledande anmärkningar

När det konstaterats att fel föreligger återstår att avgöra vilken påföljd som är mest lämplig. Som allmän princip har uppdragsgivaren rätt till ersättning för skador som uppstår till följd av att tjänsten utförts på ett felaktigt sätt. Det kan således bli aktuellt att rikta skadeståndskrav mot uppdragstagaren för fel som uppstått, vilket är vanligt förekommande i samband med rena förmögenhetsskador.⁸⁹ Vad gäller avtalsförhållanden är rätten till skadestånd ofta lagreglerad, beroende på vilken avtalstyp det är tal om. För immateriella tjänster, såsom rådgivning, undervisning och andra konsultavtal, saknas dock reglering som rör uppdragstagarens skadeståndsansvar. Skadeståndslagen (1972:207)⁹⁰ stadgar visserligen att ersättning för ren förmögenhetsskada endast utgår vid brottslig handling. Trots det kan viss osäkerhet uppstå kring vilka regler som gäller då en uppdragstagare har begått avtalsbrott och krävs på ersättning.⁹¹

3.1.2 Några allmänna principer

En grundläggande förutsättning för skadestånd är att det har uppstått en eller flera skador. Att uppdragsgivaren är missnöjd är således inte tillräckligt för skadeståndsansvar. För att ekonomisk skada ska anses föreligga krävs därför att den skadelidandes totala förmögenhetsmassa har minskat i värde, faktiskt eller hypotetiskt.⁹² Mest förekommande är att konsulter orsakar ren förmögenhetsskada, vilket definieras i 1 kap. 2 § SkL. Begreppet ska skiljas från allmänna förmögenhetsskador, som är kostnader i samband med att någon lider person- eller sakskada. Till exempel kan det förekomma att en fastighetsmäklare slår sönder en vas

⁸⁹ Se Hesser (2006) s. 70.

⁹⁰ Citeras SkL.

⁹¹ Se Bengtsson – Ullman – Unger (2019) s. 17.

⁹² Se Hultgren (2019) s. 374–375.

eller att en besiktningsman förstör en takpanna. De ekonomiska skador som uppkommer av sådana händelser kommer dock inte att behandlas närmare.⁹³

Som utgångspunkt inom förmögenhetsrättens område gäller att det krävs minst oaktsamhet (*culpa* på latin) för skadeståndsskyldighet. Det innebär att någon måste ha gjort sig skyldig till en klandervärd gärning för att hållas ansvarig. Om avtalsbrottet istället visar sig ha skett av en olyckshändelse (*casus* på latin) blir skadeståndsansvar inte aktuellt. Med andra ord föreligger ett krav på vållande för att uppdragsgivaren ska ha rätt till ersättning. För olika avtalstyper gäller dock olika former av ansvar, till exempel culpaansvar, presumtionsansvar eller strikt ansvar.⁹⁴ Vållandet kan bestå i en aktiv handling eller bero på passivitet. Ansvar för underlåtenhet kräver dock antingen en specifik handlingsplikt eller att någon genom sitt aktiva handlande gett upphov till en risk för att skada skulle uppstå. Bedömningar kring passivitet syftar till att avgöra om skadevållaren anses ha underlåtit att iaktta de krav som kan ställas på dennes beteende. Huruvida ett visst uppförande är att betrakta som skadeståndsgrundande underlåtenhet beror således på vilka plikter som skadevållaren måste fullgöra.⁹⁵

Ytterligare krav för skadeståndsskyldighet är att det föreligger ett tillräckligt relevant orsakssamband mellan den skadegörande handlingen och skadan. En sådan allmän princip gäller såväl inom som utanför avtalsförhållanden. Kravet på adekvat kausalitet innebär att förlusterna inte får vara alltför oförutsägbara eller avlägsna, i så fall utgår ingen ersättning.⁹⁶ Adekvansbedömningen grundar sig på att den som handlat uppsåtligt eller oaktsamt inte ska belastas med att ersätta följder som är slumpmässiga. En skada måste därför anses "ligga i farans riktning" för att vara ersättningsgill. Det innebär att skadevållaren typiskt sett kan ha räknat med att skadan skulle vara en följd av handlingen. På så sätt begränsas uppdragstagarens ansvar till att endast omfatta sådana

⁹³ Jfr Elfström – Ashton (2018) s. 158.

⁹⁴ Se Hesser (2006) s. 70–71.

⁹⁵ Se Schultz (2013) s. 1027.

⁹⁶ Se Bengtsson – Ullman – Unger (2019) s. 109.

konsekvenser som går att förutse. Andra följder får uppdragsgivaren bära ensam.⁹⁷

I KöpL är kravet på orsakssamband uttryckt som en uppdelning mellan direkt och indirekt skada. Med indirekt skada avses förluster som beror på att produktion eller näringsverksamhet bortfaller, minskar eller inte kan bedrivas som förväntat. De anses mer oförutsägbara och ersätts därför som huvudregel endast vid oaktsamhet, till skillnad från direkt skada. Annan jämförlig lagstiftning gör dock inte en liknande uppdelning.⁹⁸ Vid internationella köp får ett skadestånd inte överstiga den förlust som skadevällaren kunnat förutse, vilket framgår av art. 74 CISG. Av stor betydelse är därför vad den avtalsbrytande parten vid avtalsslutet insett som en tänkbar följd av avtalsbrottet. Bedömningen sker med hänsyn till de omständigheter som den avtalsbrytande parten kände till eller borde ha känt till. Det är således fråga om en objektiv bedömning med utgångspunkt i skadevällarens situation.⁹⁹

3.1.3 Skadestånd inom avtalsförhållande

För inomobligatoriskt skadeståndsansvar krävs att en skada uppstått till följd av ett avtalsbrott. Som grund för ersättningsskyldigheten ligger att uppdragstagaren inte uppfyllt sina förpliktelser enligt avtalet. Om inget krav på avtalsbrott tillämpades skulle normala affärstransaktioner kunna leda till skadestånd, till exempel när ett företag med tillåtna metoder fullföljer en bra affär.¹⁰⁰ Förmögenhetsrätten grundar sig på principen om avtalsfrihet och parterna kan därför själva avgöra utifrån vilka rättsliga normer som skadeståndsskyldigheten ska bedömas. Det leder också till möjligheter att friskriva sig från visst ansvar eller begränsa eventuell ersättning till ett visst belopp. I avsaknad av närmare föreskrifter måste dock jämförelser göras med lagstiftning och andra slags rättskällor för att bestämma vilka förutsättningar som gäller för ansvar.¹⁰¹

⁹⁷ Se Hellner – Radetzki (2018) s. 196–197.

⁹⁸ Se Bengtsson – Ullman – Unger (2019) s. 111.

⁹⁹ Se Ramberg – Herre (2016) s. 479.

¹⁰⁰ Se Hultgren (2019) s. 376.

¹⁰¹ Jfr Adlercreutz – Mulder (2017) s. 19.

Vid konsumenttjänster gäller som utgångspunkt att fel föranleder skadeståndsansvar. Av 16 § KtjL framgår att konsumenten kan kräva ersättning för skada som orsakats av ett fel i den utförda tjänsten. Paragrafen anger förutsättningarna för ansvar och vilka påföljder som kan aktualiseras då en tjänst betecknas som felaktig. Konsumenten är i princip fri att välja mellan påföljderna, dock med undantag för att näringsidkaren har rätt att avhjälpa felet.¹⁰² Motsvarande regler för köp av varor finns i 30 § KöpL och art. 45 CISG. Dessa bestämmelser slår fast att varje avtalsbrott ger en principiell rätt till ersättning, som dock begränsas av andra förutsättningar. Ett skadeståndskrav går dessutom att kombinera med övriga påföljder. Att köparen av en vara till exempel har begärt avhjälpande eller prisavdrag utgör således inte hinder mot att även kräva ersättning för skada.¹⁰³

Regler om skadeståndsansvar vid vissa uppdragsförhållanden finns i 43 § KommL och 34 § HagL. Till skillnad från den köprättsliga lagstiftningen gäller dessa bestämmelser vid båda parternas avtalsbrott. I detta avseende har lagstiftaren framhållit att det inte finns någon anledning att särskilja uppdragsgivarens ansvar från uppdragstagarens.¹⁰⁴ Enligt förarbetena till KommL ska skadeståndsskyldigheten grundas på ett åsidosättande av en konkret avtalsförpliktelse. Den part som brutit mot avtalet får då bära ansvaret att ersätta motpartens förluster. Vid tillämpning i praktiken är dock sannolikheten högre för att skadestånd kommer att krävas av uppdragstagaren. För en naturagäldenär uppstår nämligen fler och mer komplicerade avtalsförpliktelser att genomföra, jämfört med en penninggäldenär.¹⁰⁵

3.1.4 Gränsdragning till skadestånd utanför avtalsförhållande

Med utomobligatoriskt skadeståndsansvar avses krav på ersättning där parterna inte har några avtalsförpliktelser gentemot varandra. Sådana

¹⁰² Se Johansson (2013) s. 267.

¹⁰³ Se prop. 1988/89:76 s. 120.

¹⁰⁴ Se SOU 1984:85 s. 114.

¹⁰⁵ Jfr SOU 2005:120 s. 219.

situationer regleras huvudsakligen av SkL. Reglerna gäller dock även inom avtalsförhållanden, såvida inte parterna har avtalat med annat innehåll än vad lagtexten stadgar.¹⁰⁶ Enligt 1 kap. 1 § SkL förutsätts att det finns bestämmelser i annan lagstiftning som innebär avvikande reglering från SkL. I så fall ges denna specialreglering företräde och tillämpas istället för motsvarande allmänna bestämmelser. Detta gäller därmed för de särskilda reglerna om skadeståndsansvar i såväl KöpL som KtjL. Även allmänna rättsgrundsatser kan åsidosätta den allmänna lagstiftningen och således ligga till grund för domstolens bedömning av skadeståndsrättsliga fall.¹⁰⁷

Enligt 2 kap. 2 § SkL ska den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott ersätta skadan. Med andra ord har ersättningskyldigheten nära samband med straffrättsliga regler, vilket är ganska sällsynt ur ett internationellt perspektiv. Att ansvar förutsätter brottslig handling gäller dock endast som utgångspunkt och det finns ett stort antal undantag och tvivelaktiga fall. Som exempel kan nämnas att denna princip inte gäller inom avtalsförhållanden. Om ren förmögenhetsskada vållats som ett resultat av brott bör dock bestämmelsen kunna bli tillämplig även mellan avtalsparter.¹⁰⁸ Det beror på att SkL utgör subsidiär lagstiftning och kan därför aktualiseras när annan skadeståndsreglering saknas. I enlighet med 1 kap. 1 § SkL är lagstiftningen också dispositiv, vilket innebär att parter genom avtal kan komma överens om villkor som leder till en utvidgning eller inskränkning av skadeståndsskyldigheten. Domstolens bedömning bör dock alltid utgå från de utomobligatoriska reglerna och en avvikelse från dessa ska endast ske i den mån andra bestämmelser är tillämpliga.¹⁰⁹

Förhållandet mellan inom- och utomobligatoriskt skadeståndsansvar kan därmed sägas vara komplicerat. Den som har lidit skada inom ett avtalsförhållande har ibland rätt till ersättning enligt båda principerna, vilket kallas konkurrerande ansvarsgrunder. Vanligtvis är avtalets villkor

¹⁰⁶ Se Bengtsson – Strömbäck (2018) s. 33.

¹⁰⁷ Se prop. 1972:5 s. 450.

¹⁰⁸ Se Hellner – Radetzki (2018) s. 65, 68.

¹⁰⁹ Se prop. 1972:5 s. 157–158.

förmånligare, men det råder viss oklarhet vad som ska gälla när den skadelidande vill åberopa utomobligatoriska skadeståndsregler istället för de avtalsmässiga. Ett exempel är när ersättningen har begränsats till ett visst belopp som understiger den faktiska förlusten eller om rätten till skadestånd har preskriberats enligt avtalet.¹¹⁰ Den rättsliga behandlingen av konkurrerande ansvarsgrunder kan sägas vara omdiskuterad. I enlighet med Högsta domstolens rättspraxis är huvudregeln att den skadelidande inte får använda utomobligatoriska regler om det föreligger ett gällande avtal mellan parterna. Det innebär att uppdragsgivaren inte kan undvika beloppsbegränsningar eller preskription genom att använda SkL istället. Som invändning kan dock hävdas att den skadelidande inte bör hamna i ett sämre läge än vad en utomstående person skulle göra. Frågan måste således bedömas genom avtalstolkning i varje enskilt fall.¹¹¹

3.2 Answarets utformning

3.2.1 Inledande anmärkningar

Att en skada har inträffat betyder inte nödvändigtvis att skadestånd ska utgå. I vissa fall måste skadevällaren ta ansvar för sitt handlande, men vanligare är att den skadelidande själv får bära kostnaderna för skadan som uppstått. Som tidigare nämnts finns ett antal olika ansvarsformer i svensk rätt, vilket innebär att riskfördelningen mellan parterna varierar beroende på avtalstyp. Vad som skiljer ansvarsformerna åt är alltså vem som får bära risken.¹¹² Den allmänna culpaprincipen brukar anges som generell huvudregel för skadeståndsansvar. För köp av tjänster mellan näringsidkare finns dock ingen sådan övergripande princip. Huvudregeln skulle därför kunna frångås med stöd av analogisk tillämpning eller allmänna rättsgrundsatser. Vilken ansvarsform som är mest lämplig att tillämpa på det aktuella rättsområdet måste således fastställas genom jämförelser med närliggande avtalstyper.¹¹³

¹¹⁰ Se Hellner – Radetzki (2018) s. 91–92.

¹¹¹ Jfr NJA 1951 s. 656.

¹¹² Se Andersson (2012) s. 4–5.

¹¹³ Se Bengtsson – Ullman – Unger (2019) s. 32.

3.2.2 Närmare om culpaprincipen

I avtalsförhållanden ansvarar parterna för ren förmögenhetsskada som vållats av oaktsamhet, vilket utgör ett undantag från kravet på brottslig handling i 2 kap. 2 § SkL. Det framgår som en allmän avtalsrättslig princip, som dock endast kommit till uttryck i bestämmelser för vissa särskilda avtalstyper.¹¹⁴ För att skadestandsgrundande oaktsamhet ska bli aktuellt krävs att personen i fråga borde ha handlat på annat sätt. Vid bedömningen av om culpa föreligger kan således ett stort antal olika omständigheter beaktas. Avgörande är dock att hitta en fastställd norm som kan jämföras med det handlande som förekommit. Ibland hänvisas till den grad av aktsamhet som kännetecknar en god familjefar (*bonus pater familias* på latin), särskilt vid utomobligatoriska förhållanden. Det kan översättas till hur en förnuftig och hänsynsfull person av samma kategori kan antas ha handlat i samma situation.¹¹⁵

En välanvänd metod inom rättspraxis för att fastställa culpa är att sätta det aktuella handlandet i relation till bindande normer som följer av lagstiftning eller andra föreskrifter. Om skadevållaren agerat i strid med vad som framgår härav ska skadan anses ha vållats till följd av oaktsamhet. Detta tillvägagångssätt kallas normbunden culpabedömning och är särskilt användbart på rättsområden som är omgivna av ett stort regelverk.¹¹⁶ Saknas uttryckliga föreskrifter kan även sedvana användas som jämförelsenorm. Frågan blir hur folk i allmänhet brukar handla på områden som det aktuella. Vid tjänster som utförs mellan näringsidkare måste domstolen således bilda sig en uppfattning om hur någon i den aktuella yrkeskategorin vanligtvis beter sig i en viss situation. Det kan också finnas anledning att ställa högre krav än de sedvanliga, särskilt vid yrken som kräver hög utbildning.¹¹⁷

Det förekommer dock att jämförelsenormer helt saknas, till exempel på rättsområdet för vissa tjänster som utförs mellan kommersiella parter.

¹¹⁴ Se Bengtsson – Strömbäck (2018) s. 54–55.

¹¹⁵ Se Hellner – Radetzki (2018) s. 124–125.

¹¹⁶ Jfr NJA 1976 s. 379; NJA 1983 s. 232.

¹¹⁷ Se Bengtsson – Strömbäck (2018) s. 56–57.

I dessa fall finns behov av att komplettera med en bedömning av friare karaktär. Kraven på aktsamhet uppställs då genom en sammanställning av fyra faktorer.¹¹⁸ Vid en friare culpabedömning tar domstolen hänsyn till risken för skada, hur stor skada som förväntas uppstå, möjligheterna för att inse risken och möjligheterna till att förebygga skadan. Utifrån dessa faktorer görs en helhetsbedömning och de olika omständigheterna vägs mot varandra. Den fria culpabedömningen har använts av Högsta domstolen i ett flertal rättsfall som avser skadeståndsrättsliga tvister, dock huvudsakligen vid utomobligatoriska förhållanden.¹¹⁹

För tekniska konsulttjänster tillämpas den allmänna culpaprincipen. Av kap. 5 § 1 ABK 09 framgår nämligen att en konsult ska ersätta skada som denne orsakat genom bristande fackmässighet, åsidosättande av sedvanlig omsorg eller annan vårdslöshet. Med vårdslöshet avses ett beteende som inte motsvarar vad uppdragsgivaren har rätt att kräva av en normalt kunnig och erfaren konsult. Om skadan anses bero på fel i lämnade uppgifter kan dock ett strängare ansvar bli aktuellt. Då måste konsulten bevisa att denne inte varit oaktsam, med andra ord föreligger ett presumtionsansvar.¹²⁰ En sådan uppdelning av felansvaret sker dock inte enligt NKF 07 och NKL 07. Det är således alltid uppdragsgivaren som har att bevisa att skada har uppstått, att konsulten agerat oaktsamt och att adekvat kausalitet föreligger.¹²¹

3.2.3 Garanti eller liknande utfästelse

Ett strikt ansvar utgör den strängaste formen av skadeståndsansvar. När denna ansvarsform föreligger görs ingen culpabedömning och ersättning för skada kan därför bli aktuellt utan krav på oaktsamhet. Strikt ansvar tillämpas mestadels utanför avtalsförhållanden, särskilt då skadevällaren bedrivit någon form av farlig verksamhet. Dock finns även möjlighet för en avtalspart att åta sig ett strikt ansvar för sina förpliktelser.¹²² Om

¹¹⁸ Se Hellner – Radetzki (2018) s. 130.

¹¹⁹ Se t.ex. NJA 1985 s. 269; NJA 2011 s. 454.

¹²⁰ Se Hedberg (2010) s. 259–260.

¹²¹ Ibid. s. 300, 307.

¹²² Se Bengtsson – Ullman – Unger (2019) s. 28.

ett resultat eller utförande avviker från en lämnad garanti krävs endast avvikelserna för att skadeståndsskyldighet ska föreligga. Med andra ord uppstår ett strikt ansvar när en säljare försäkrar att varan ska ha vissa egenskaper. Det strikta ansvaret för garantier är inte förenat med en viss avtalstyp och gäller således även för tjänster som utförs mellan två näringsidkare.¹²³

Mer problematiskt är att definiera vad som utgör en garanti. Ett uttryckligt löfte om ett visst resultat ska uppnås medför troligtvis att strikt ansvar föreligger. Av rättspraxis framgår dock att garantier även kan lämnas underförstått. Ett exempel är det välkända dillodlingsfallet, där en rekommendation vid en kommersiell tjänst betraktades som en sorts tyst garanti. Näringsidkaren som lämnat rekommendationen fick därmed bära strikt ansvar för de skador som uppstått.¹²⁴ Liknande fall har även på senare tid behandlats av Högsta domstolen, i det omtalade zinkoljefallet. Då slogs fast att endast relativt allmänna uppgifter krävs för att det ska anses föreligga en ansvarsgrundande utfästelse. Principen gäller när det är avgörande för uppdragsgivaren att resultatet ska ha vissa egenskaper och uppdragstagaren ingår avtalet med den vetenskapen. Rättsfallet visar att outtalade garantier kan likställas med uttryckliga och föranleder därför strikt ansvar på motsvarande sätt.¹²⁵

Det är inte alltid enkelt att bevisa att en uppgift har karaktär av en garanti. Om termer såsom utfästelse eller garanti har använts leder uttalandet dock som huvudregel till ett skadeståndsgrundande åtagande. Uppdragsgivaren kan dessutom ställa frågor under sådana förhållanden att uppdragstagaren måste inse att det krävs en utfästelse som svar.¹²⁶ Högsta domstolen har också resonerat kring begreppet ”kärnegenskap” som giltig grund för skadeståndsanspråk. I två rättsfall slog domstolen fast att sådana egenskaper kan jämföras med en utfästelse. Det beror på att de är så pass fundamentala och självklara för avtalets prestation att de inte ens behöver föras på tal. Några exempel är vattenledningar

¹²³ Se Hultgren (2019) s. 391.

¹²⁴ Se NJA 1968 s. 285.

¹²⁵ Se NJA 2001 s. 309.

¹²⁶ Se Lehrberg (1990) s. 553.

i ett nybyggt hus eller tillräcklig stabilitet från marken undertill. Trots att uppdragstagaren inte lämnat någon garanti finns alltså utrymme för ett strikt skadeståndsansvar som går att likställa med det ansvar som följer av en garanti.¹²⁷

Inom avtalsförhållanden förekommer dock ett strikt ansvar endast undantagsvis. Det krävs nämligen att parterna särskilt avtalat om vissa egenskaper som varan eller tjänsten saknar. Omfattningen av ansvaret beror dessutom på vad avtalet föreskriver. Till exempel kan parterna ange vid vilken tidpunkt eller under vilken tidsperiod garantin gäller.¹²⁸ Garantiansvaret kan även sägas ha relativt liten betydelse i praktiken. Det beror på att en säljare ändå ansvarar för att varan håller så länge som liknande varor normalt sett håller. Syftet med att garantera vissa egenskaper blir snarare att precisera den tid då köparen kan förvänta sig att varan ska fungera. En garanti kan således ha betydelse för vem av parterna som får bära bevisbördan. Liknande resonemang kan även föras för köp av tjänster, där resultatet ska vara av sådan kvalitet som uppdragsgivaren normalt kan förvänta sig. I annat fall föreligger ett fel i tjänsten och skadeståndsansvar kan bli aktuellt trots att någon garanti inte lämnats.¹²⁹

3.2.4 Mellanformer av ansvar

Ibland framstår culpaansvar och strikt ansvar som varandras motsatser, där den sistnämnda utgör en betydligt strängare syn på skyldigheten att ersätta motpartens skada. Däremellan förekommer även andra etablerade former av skadeståndsansvar på förmögenhetsrättens område. En tydlig uppdelning mellan ansvarsformerna har alltmer suddats ut och det går inte längre att betrakta de två kategorierna som en dikotomi. Istället föreligger en stor gråzon, där en dragning åt ena eller andra hållet kan ligga närmast tillhands.¹³⁰ Genom ny lagstiftning har de två traditionella ansvarsformerna fått konkurrens av andra skadeståndsrättsliga principer,

¹²⁷ Se NJA 1978 s. 307; NJA 1989 s. 117.

¹²⁸ Se Bengtsson – Ullman – Unger (2019) s. 36.

¹²⁹ Jfr Håstad (2009) s. 239–240.

¹³⁰ Se Andersson (2012) s 35.

såsom kontrollansvar, presumtionsansvar och andra mellanformer. I syfte att uppnå en kompromiss mellan parternas motstridiga intressen skapas nya utgångspunkter för att bedöma den skadelidandes rätt till ersättning. De moderna ansvarsformerna hämtar ofta sin inspiration från utländska rättssystem och internationella regelverk.¹³¹

För fel som uppstår vid köp av varor gäller ett kontrollansvar, enligt 40 § KöpL. Säljaren blir därmed skyldig att ersätta köparens skada om det inte visar sig att felet berodde på ett hinder utanför dennes kontroll. Lagtexten ställer upp fyra förutsättningar för att frihet från ansvar ska bli aktuellt. Det krävs att det föreligger ett hinder mot en avtalsenlig prestation som säljaren varken kunnat förutse, förebygga eller övervinna. De fyra förutsättningarna hör delvis samman och domstolen får således utföra en helhetsbedömning av den enskilda situationen.¹³² Att tillämpa ett kontrollansvar leder till olika resultat beroende på vilket slags vara som köpet avser. Vid genusköp utgör ett förstört exemplar inte något oövervinnerligt hinder för säljaren att fullgöra sin prestation. Däremot kan ett speciesköp inte fullgöras om den unika varan blir skadad eller försvinner. Ju mer generisk säljarens förpliktelse är, desto stängare blir också ansvaret att ersätta skada.¹³³

En kommittent som inte fullgjort sina skyldigheter måste bevisa att avtalsbrottet inte är grundat på oaktsamhet från dennes sida för att kunna undgå skadeståndsansvar. Det blir med andra ord fråga om ett presumtionsansvar, där domstolens bedömning utgår från att oaktsamhet föreligger. Bevisbördan ligger således på den avtalsbrytande parten att visa vad avtalsbrottet orsakats av.¹³⁴ Samma form av ansvar gäller vid avtal om handelsagentur. Enligt förarbetena till HagL vore det alltför långtgående att varje fel ska ge rätt för motparten att kräva skadestånd. Det köprättsliga kontrollansvaret ansågs dock inte lämpligt att föra över till sådana varaktiga prestationer som det är fråga om vid agentavtal. Istället framstod culpaprincipen med en omvänd bevisbörda, alltså ett

¹³¹Jfr SOU 1976:66 s. 157.

¹³² Se Hästad (2009) s. 122.

¹³³ Se prop. 1988/89:76 s. 44.

¹³⁴ Se Hästad (2009) s. 325.

presumtionsansvar, som en rimlig avvägning mellan båda parternas intressen.¹³⁵

Till en början utformades näringsidkarens skadeståndsskyldighet vid köp av konsumenttjänster också som ett presumtionsansvar. Regleringen ändrades dock så småningom och näringsidkarens skyldighet att ersätta skada grundas numera på ett kontrollansvar. Enligt 31 § KtjL tillämpas därför en liknande utformning av felansvaret som i KöpL. Skälen till att införa den nya ansvarsformen var främst att skapa större likformighet på köprättens område.¹³⁶ Gällande förvaring som utförs åt konsumenter är rättsläget mer osäkert. Visserligen blev ett kontrollansvar tillämpligt även på sådana avtal, men det finns skäl att ifrågasätta om det är en lämplig ansvarsform för långvariga uppdrag. Med lagstiftarens synsätt åläggs näringsidkaren ett nära nog strikt ansvar för fel vid utförandet av tjänsten. Såvitt framgår av motiven togs inte frågan upp när regeln ändrades, det viktiga var att lagstiftningen skulle stämma överens med köprättsliga bestämmelser. Inom juridisk doktrin är ansvarsformen dock omtvistad och det finns således möjlighet att förändring kommer ske i detta avseende.¹³⁷

3.2.5 Rådgivning och andra uppdrag

Ett uppdrag som avser rådgivning av olika slag kan leda till särskilda problem vad gäller ansvarets utformning. Det vanligaste fallet är att en avtalspart blivit oaktsamt vilseledd av den information som förmedlats och att det resulterar i ekonomiska skador. Frågan som uppstår är vilka skyldigheter uppdragstagaren ska åläggas i samband med rådgivning, till exempel vid ingående av avtal och placering av pengar. Med rådgivning avses sådan verksamhet som syftar till att lämna förslag om lämpliga tillvägagångssätt i ett visst sammanhang.¹³⁸ En rådgivares uppgift är att använda sin särskilda kompetens för att lämna rekommendationer och handlingsalternativ som är anpassade efter kundens särskilda behov och

¹³⁵ Se prop. 1990/91:63 s. 44–45.

¹³⁶ Se Johansson (2013) s. 398–399.

¹³⁷ Se Bengtsson (2008) s. 266.

¹³⁸ Se Kleineman (1998) s. 186.

förutsättningar. Begreppet motsvarar vad som följer av förarbetena till lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter. Visserligen har regleringen ett konsumentskyddande syfte, men den kan ändå ge en uppfattning om vad begreppet innebär.¹³⁹

Utmärkande för en rådgivares skadeståndsansvar är att domstolens bedömning i huvudsak sker utifrån culpaprincipen. Det gäller även för konsumentförhållanden, enligt 6 § i ovan nämnda lag. Råd som lämnas oaktsamt kan således leda till skadeståndsskyldighet. I vissa fall kan ett strikt ansvar bli aktuellt, särskilt när uppdragstagaren lämnat oriktiga uppgifter om faktiska förhållanden. Detsamma anses gälla om ett visst resultat garanterats, vilket dock är ovanligt för immateriella tjänster.¹⁴⁰ Högsta domstolen har nyligen avgjort en tvist som rör skadeståndsansvar på grund av bristande juridisk rådgivning. I sin dom fastställer Högsta domstolen att en advokat bär ansvar gentemot sina klienter för skador som vållats uppsåtligt eller av oaktsamhet. Bedömningen av rådgivarens ersättningsskyldighet ska därför utgå från culpaprincipen och ta hänsyn till om rådgivaren varit tillräckligt omsorgsfull vid sina undersökningar och i sin samlade analys.¹⁴¹

Vad avser rådgivning och andra typer av immateriella tjänster kan dock ifrågasättas om den allmänna culpaprincipen skulle kunna vara en lämplig ansvarsform. Någon som sökt professionella råd i en viss fråga ska kunna förlita sig på att de råd som lämnas är väl underbyggda. Då uppdragstagaren förväntas besitta vissa kunskaper som uppdragsgivaren saknar föreligger knappast ett jämbördigt partsförhållande. Möjligen ska ansvarsbedömningen därför utgå från en strängare jämförelsenorm.¹⁴² Att tillämpa ett kontrollansvar framstår dock inte som en passande lösning. Ett visst resultat har vanligtvis inte garanterats och uppdraget är ofta av personlig natur, vilket skiljer sig från de tjänster som omfattas av KtjL.¹⁴³ Tillräckliga likheter anses inte heller föreligga med kommission

¹³⁹ Jfr prop. 2002/03:133 s. 13.

¹⁴⁰ Se Elfström – Ashton (2018) s. 26–27.

¹⁴¹ Se NJA 2018 s. 414.

¹⁴² Se Korling (2010) s. 510.

¹⁴³ Se Bengtsson – Ullman – Unger (2019) s. 55.

eller handelsagentur för att reglerna därom ska bli analogt tillämpliga. Presumtionsansvar gäller nämligen i huvudsak för uppdrag som medför omhändertagande av egendom. Vid misslyckad rådgivning ska dock inte rådgivaren behöva styrka att denne inte varit oaktsam, istället bör den skadelidande ha att bevisa riktigheten i sina påståenden.¹⁴⁴

Inom juridisk doktrin har begreppet professionsansvar använts vid köp av immateriella tjänster, särskilt rådgivning. Det står dock inte klart vad ansvarsformen innebär. Vissa författare anser att det utgör en skärpt bedömning jämfört med culpaprincipen, medan andra använder termen för att beskriva att tjänsten ska tillhandahållas på ett fackmässigt sätt. Ansvar blir framförallt relevant för vissa yrkeskategorier som ställer högre krav på skicklighet och därför såväl utbildning som erfarenhet.¹⁴⁵ Motpartens tillit är dessutom av väsentlig betydelse. Rättspraxis visar att skadeståndsskyldighet kan uppstå till följd av att uppdragstagaren ingett ett särskilt förtroende hos uppdragsgivaren. Om någon med goda skäl satt sin tillit till informationen som lämnats finns det således möjlighet att påföra ett strikt ansvar. Det gäller särskilt om uppdragstagaren själv har insett eller borde ha insett att uppdragsgivaren förlitade sig på den förmedlade informationen.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Se Bengtsson – Ullman – Unger (2019) s. 25–26.

¹⁴⁵ Se Korling (2010) s. 543–544.

¹⁴⁶ Se NJA 1992 s. 243.

4 Behovet av reglering

4.1 Att införa lagstiftning

4.1.1 Inledande anmärkningar

”Land ska med lag byggas”

Kung Karl XV (1826–1872)

Frågan om lagstiftning borde införas är vanligt förekommande oavsett vilket oreglerat rättsområde som är föremål för diskussion. Ett exempel är hyra av lös sak, som tidigare varit på tal att särskilt lagstifta om. I samband med lagstiftningsprocessen framhölls att det rådande rättsläget var oklart och därför kunde en allmän reglering om avtalstypen synas berättigad. Någon lagstiftning blev dock aldrig verklighet för hyra av lös sak.¹⁴⁷ En metod för att fastställa om rättslig reglering behövs är att dela upp frågeställningen i tre underkategorier. Målanalys avser att fastställa vilka syften som lagen ska uppfylla, till exempel att väga upp en svagare parts ställning. Problemanalys innebär att för- och nackdelar identifieras och ställs mot varandra, där behovet av reglering jämförs med förväntade kostnader. Dessutom ska lagstiftningen granskas utifrån ett rättviseperspektiv där moraliska och etiska överväganden spelar en viktig roll.¹⁴⁸

Syftet med att införa lagstiftning skiljer sig mellan dispositiv och tvingande rätt. En tvingande lag strävar oftast efter att motverka ett annars ojämnt förhållande och innehåller således bestämmelser som inte går att frångå genom avtal. Dispositiv lagstiftning går däremot att åsidosätta och hindrar således inte avtalsvillkor som parterna upprättat. Sådan lagstiftning har en utfyllande funktion, eftersom den föreskriver vad som ska gälla om inte avtalet uttrycker det.¹⁴⁹ Avvägningen mellan

¹⁴⁷ Se Ds 2010:24 s. 47–48.

¹⁴⁸ Se Hellner (1990) s. 167 ff.

¹⁴⁹ Se Ramberg – Malmström (2018) s. 90–91.

dispositiv och tvingande lag beror således på vilket syfte lagstiftaren har med den aktuella regleringen. För konsumenttjänster var det givet att bestämmelserna skulle vara av tvingande karaktär, dock med hänsyn till att parterna kan stadga villkor som är bättre ur konsumentsynpunkt. Att införa tvingande lagstiftning för avtal mellan näringsidkare framstår dock inte som lika självklart, då det i allmänhet anses utgöra ett mer jämbördigt avtalsförhållande än vid konsumenttjänster. Därmed blir det framförallt relevant att diskutera fördelar och nackdelar med dispositiv lagstiftning.¹⁵⁰

4.1.2 Huvudsakliga fördelar

År 2016 lämnades en motion till riksdagen med förslag om att införa särskild lagstiftning för tjänster som utförs mellan näringsidkare. Som motiv anfördes att rättslig reglering skulle underlätta för kommersiella parter som köper och säljer tjänster. Med dispositiv lagstiftning skulle inte handeln tyngas med kostnader för omfattande avtal och parternas transaktionskostnader skulle därför kunna hållas nere på samma sätt som vid avtal om köp av varor.¹⁵¹ Ett av båda parter undertecknat avtal förekommer sällan vid enklare form av konsultuppdrag. Vanligtvis görs endast en kortfattad beskrivning av uppdragets omfattning och innehåll. Uppdragstagaren bekräftar sedan vilka villkor som ska gälla och anger vilken timdebitering som ska tillämpas. När det uppstår en tvist mellan parterna och frågan inte reglerats i avtalet kan lagregler fungera som vägledning för domstolens bedömning. Det kan således framstå som att lagstiftning på området för köp av tjänster mellan näringsidkare har en viktig uppgift att fylla.¹⁵²

Rättsordningen utgör ett medvetet skapat normsystem, vilket innebär att politiker genom lagstiftning har fastställt hur en viss frågeställning ska hanteras. Domstolarna behöver inte i varje enskilt fall ta ställning till rättsliga problem som är återkommande. På så sätt kan lagstiftning även

¹⁵⁰ Jfr SOU 1979:36 s. 118.

¹⁵¹ Se motion 2016/17:1516.

¹⁵² Se Elfström – Ashton (2018) s. 38.

medföra vissa administrationsekonomiska fördelar, eftersom lösningen på vanligt förekommande problem redan reglerats genom lag.¹⁵³ Genom att det är offentlig reglering, som ytterst grundas på beslut av folkvalda representanter, får bestämmelserna dessutom en särskild auktoritet som följer av den demokratiska förankringen. Lagstiftningen är heltäckande och gäller lika för alla svenska medborgare, vilket innebär att den kan fördela rättigheter och skyldigheter på ett balanserat sätt. Näringsidkare som köper och säljer tjänster behöver således inte upprätta avtal som är onödigt omfattande, eftersom de kan luta sig mot lagen när vissa frågor inte reglerats i avtalet.¹⁵⁴

4.1.3 Motsvarande nackdelar

Konsulttjänster utgör en grupp av avtal med så varierande karaktär att det kan uppfattas som alltför komplicerat att ta ett samlat grepp om alla rättsliga problem som är karaktäristiska för området. Ett uppdrag kan dessutom ha inslag av såväl köp som av immateriell tjänst. Att införa lagstiftning som blir direkt tillämplig på konsulttjänster mellan kommersiella parter kan därmed leda till att regleringen blir alltför omfattande och svår att överskåda.¹⁵⁵ Vad gäller rådgivning har den svenska lagstiftaren uttalat att sådana tjänster även fortsättningsvis ska undantas från KtjL:s tillämpningsområde. De anses nämligen vara av alltför speciell karaktär för att kunna omfattas av en så pass generell lagstiftning. Av rättstekniska skäl kan det således ifrågasättas om en rättslig reglering är ett lämpligt alternativ och vad den i så fall bör omfatta.¹⁵⁶

En konsekvens av mer lagstiftning är att domstolarnas flexibilitet minskar. Utrymmet för alternativa tolkningar är inte lika stort, vilket innebär att rättsliga bedömningar riskerar att bli mindre nyanserade. Det är dessutom tveksamt om lagstiftaren har möjlighet att förutse alla olika omständigheter som kan råda i ett avtalsförhållande och anpassa

¹⁵³ Se Hydén (2002) s. 134–135.

¹⁵⁴ Se SOU 2004:47 s. 149–150.

¹⁵⁵ Jfr Elfström – Ashton (2018) s. 18.

¹⁵⁶ Se Ds 2009:13 s. 15.

regleringen därefter. Konsekvenserna av den rättsliga regleringen skulle därför kunna bli helt andra än vad som åsyftats.¹⁵⁷ Ytterligare argument mot att införa rättsregler för tjänster som utförs mellan näringsidkare är att risken för byråkratisk stelhet ökar. En lagstiftningsprocess uppställer höga krav på tydlighet och precision, vilket gör att den ofta framstår som omständlig och tidskrävande. Det kan ta lång tid att anpassa lagstiftning efter ändrade förutsättningar, vilket leder till att vissa delar snabbt anses omoderna och förlegade. Eftersom alla näringsidkare träffas av en sådan lag skulle den också kunna bli onödigt betungande i de fall reglerna är utformade för vissa speciella situationer.¹⁵⁸

4.2 Att utöka självreglering

4.2.1 Inledande anmärkningar

”Frihet är laglydnad som en fastställt för sig själv”

Jean-Jacques Rousseau (1712–1778)

Som alternativ till lagstiftning nämns ibland självreglering. Vad som menas med begreppet står inte klart, men den gemensamma faktorn tycks vara att det rör sig om en process där regler skapas av någon annan än staten. Självreglering kan bestå av rekommendationer från en branschorganisation, en gemensam reglering där myndigheter samarbetar med företrädare för näringslivet eller egenåtgärder som aktörerna själv har skapat.¹⁵⁹ I Sverige finns en lång tradition av självreglering, men för att ett sådant system ska fungera krävs att det är tillförlitligt och gäller lika för alla. Det kan inte heller finnas för många självregleringssystem med samma syfte, eftersom det då tappar tilliten hos näringsidkarna och därmed sin funktion. På vissa områden har dock självreglering visat sig framgångsrikt istället för rättslig reglering.¹⁶⁰ Som exempel kan nämnas

¹⁵⁷ Se Svensson (2019) s. 93.

¹⁵⁸ Se SOU 2004:47 s. 150.

¹⁵⁹ Se Haglind (2001) s. 263.

¹⁶⁰ Ibid. s. 271.

avtal som rör franchising, där standardvillkor är vanligt förekommande mellan franchisegivaren och franchisetagaren. På detta område saknades nämligen länge lagstiftning som reglerade förhållandet mellan parterna. Lag (2006:484) om franchisegivarens informationsskyldighet föreskriver numera att parterna ska utge viss information före avtalsslutet. I övrigt är dock regleringen återhållsam och som utgångspunkt gäller därför att parterna bestämmer avtalets innehåll.¹⁶¹

Lagstiftaren kan inte fritt välja självreglering, valet står egentligen mellan att lagstifta eller inte lagstifta. Statsmakterna kan därför avgöra vad som ska omfattas av den offentliga regleringen och vad som ska lämnas oreglerat. Privaträttsliga organ kan sedan utforma och fastställa andra formella normsystem. Till skillnad från lagstiftning som omfattar samtliga kan det vara mer eller mindre frivilligt att ansluta sig till ett självregleringssystem.¹⁶² För omfattande konsultuppdrag är standardavtal vanligt förekommande, till exempel ABK 09. Dessa regler är generellt utformade och kan därför användas vid såväl tillfälliga som varaktiga tjänster. Villkoren finns ibland på avtalets baksida, men kan även vara bifogade till parternas avtal som en särskild handling. Uppdragstagaren har ofta att välja mellan att godta hela standardavtalet eller inte alls. I vissa fall kan dock individuellt förhandlade villkor eller andra formella uppgifter tillkomma. En annan form av självreglering kan sägas vara de modellavtal som har upprättats av olika branschorganisationer i syfte att användas vid ingående av en viss typ av avtal.¹⁶³

4.2.2 Huvudsakliga fördelar

I ett självreglerande system vilar initiativ och handling hos de enskilda aktörerna. Det innebär att regler kan skapas utan någon politisk eller rättslig inblandning. Näringslivet kan således ta ansvar för att utforma spelregler som annars hade behövt lagregleras. En självreglering som fungerar väl kan därför skapa ett större förtroende inom branschen och

¹⁶¹ Se prop. 2005/06:98 s. 13–14.

¹⁶² Se SOU 2004:47 s. 146.

¹⁶³ Se Elfström – Ashton (2018) s. 39–40.

vara ett mer fördelaktigt verktyg än lagstiftning.¹⁶⁴ På konsumenträttens område har förespråkats att en del egenåtgärder kan uppfattas som mer motiverande än rättsliga riktlinjer. System av självreglering förutsätter därför en ömsesidig tillit mellan näringsidkarna och det allmänna. Med tanke på att regleringen utformas och tillämpas av de närmast berörda är också förutsättningarna goda för att bestämmelserna efterföljs. Det innebär att behovet av åtgärder från andra aktörer minskar och därmed får näringsidkarna en mer självständig roll.¹⁶⁵

Olika branscher kan dessutom skapa sin egen praxis och utveckla den över tid. Egenåtgärder anses mer flexibla jämfört med lagstiftning och kan lättare anpassas till nya ändamål och ändrade förutsättningar. Det kan även innebära enklare och snabbare förfaranden än utdragna domstolsprocesser. Självregleringssystem kan utformas med en högre ambitionsnivå jämfört med den miniminivå som framgår av offentlig reglering. På så sätt anges vad som är värt att eftersträva och skapas incitament för en önskvärd utveckling på marknaden. Samtidigt bidrar egenåtgärder till att undvika detaljregleringar och onödig lagstiftning.¹⁶⁶ Ett internationellt exempel är Principles of European Law on Service Contracts (PELSC). Regelverket har skapats av oberoende experter från EU:s alla medlemsstater och ger uttryck för etablerade avtalsprinciper vid tjänster av olika slag. Genom att hänvisa till principalsamlingen i samband med avtalsslutet blir den tillämplig vid en eventuell tvist mellan parterna. På så sätt kan PELSC ge ändamålsenliga anvisningar om hur rättsliga problem bör lösas och minska behovet av särskilda avtalsvillkor mellan parterna.¹⁶⁷

4.2.3 Motsvarande nackdelar

Stora delar av lagstiftningen syftar till att balansera parternas intressen på ett godtagbart sätt. Om normgivningsmakt överläts till självständiga aktörer ökar risken för att den ena parten gynnas framför den andra.

¹⁶⁴ Jfr Hydén (2002) s. 141.

¹⁶⁵ Se Haglind (2001) s. 265–266.

¹⁶⁶ Se SOU 2004:47 s. 151.

¹⁶⁷ Se Barendrecht m.fl. (2007) s. 131–132.

I samband med självreglering är det vanligt att konflikter löses genom privata tvistlösningsavgöranden. Det bidrar till minskad offentlighet och färre prejudikat på rättsområdet för tjänster mellan näringsidkare. En annan möjlig konsekvens är att samma rättsfrågor prövas om och om igen, med tanke på att utfallen av tvisterna inte blir allmänt kända.¹⁶⁸ Som grundlagen föreskriver utgår all offentlig makt från folket. Även på civilrättens område går det att argumentera utifrån att demokratiskt utvalda representanter bör ha väsentligt inflytande över normgivningen. Vid egenåtgärder bortses från denna grundläggande princip och istället överlämnas det normgivande ansvaret till fristående aktörer. Till grund för lagstiftning ligger dessutom ett omfattande utredningsarbete. Något motsvarande krav ställs inte för självreglering, vilket ökar risken för att regleringen blir otydlig eller svår att tillämpa.¹⁶⁹ För internationella regelverk är problemet att harmonisering mellan olika rättssystem ofta innebär stora svårigheter. Det beror inte sällan på tidsnöd eller brist på förståelse för andra kulturer. Resultatet kan därför bli av sämre kvalitet på grund av att förhandlarna tvingats göra politiska kompromisser. Att åstadkomma lämplig reglering kan således vara en tuff uppgift för de medverkande aktörerna.¹⁷⁰

En annan kritisk punkt är hur efterlevnaden och verkställigheten av självreglering ska kunna säkerställas. Den som anser sig ha lidit skada av fel i den utförda tjänsten får ibland nöja sig med att göra en anmälan till en berörd ansvarsnämnd istället för att gå till domstol. Skillnaden är att ansvarsnämnder inte kan utdöma skadestånd utan endast besluta om disciplinära åtgärder, till exempel erinran, varning eller uteslutning. Om uppdragstagaren inte rättar sig efter ett sådant beslut skulle det kunna åberopas vid domstol som stöd för ett yrkande om påföljd.¹⁷¹ Självregleringssystem är generellt sett svagare i fråga om övervakning och sanktioner jämfört med lagstiftning. Det är därför tveksamt vilken effekt icke-bindande regelverk kan ha på enskilda avtal. Att regleringen

¹⁶⁸ Se Wahlgren (2014) s. 128–129.

¹⁶⁹ Jfr Svensson (2019) s. 78, 82.

¹⁷⁰ Se Ramberg (2004) s. 459.

¹⁷¹ Se Elfström – Ashton (2018) s. 90.

utformas och tillämpas av aktörer som är nära berörda medför också risker för jäv och sammanblandning av olika roller, vilket kan leda till sämre legitimitet hos allmänheten. Överlag riskerar självregleringssystem att bli alltför svaga och passiva, åtminstone i jämförelse med offentlig reglering.¹⁷²

4.3 Att lämna oreglerat

4.3.1 Inledande anmärkningar

”En minimal stat är den enda som kan rättfärdigas”

Robert Nozick (1938–2002)

Köp av tjänster mellan två näringsidkare kan sägas vara en avtalstyp som lagstiftaren valt att inte särskilt reglera. Till skillnad från andra rättssystem har den svenska förmögenhetsrätten utformats för att endast fokusera på några särskilda avtalstyper, exempelvis köp av varor och kommissionsförhållanden. Majoriteten av alla avtalstyper omfattas dock inte av någon särskild lagstiftning, vilket innebär att flera rättsområden huvudsakligen lämnats oreglerade.¹⁷³ De flesta typer av konsulttjänster saknar därför rättslig reglering som är direkt tillämplig på förhållandet mellan uppdragsgivare och uppdragstagare. För att få klarhet i en viss rättsfråga finns istället möjlighet att göra jämförelser med närliggande lagstiftning, allmänna rättsgrundsatser och regler som utvecklats genom domstolspraxis. Även etablerade handelsbruk kan uppfattas som gällande rätt och således bli vägledande för oreglerade fall. Utifrån den enskilda situationen gör domstolen en bedömning av de omständigheter som kan anses relevanta.¹⁷⁴

Den förmögenhetsrättsliga lagstiftningen kan ibland framstå som osystematisk gällande vad som omfattas av rättslig reglering och vad som lämnats oreglerat. Vissa rättsområden berörs av mycket lagregler,

¹⁷² Se SOU 2004:47 s. 151.

¹⁷³ Se Lehrberg (2019) s. 236.

¹⁷⁴ Se Elfström – Ashton (2018) s. 26.

medan andra endast innehåller ”fläckvis” lagstiftning, till exempel avtal om tjänster mellan två kommersiella parter. Vad som blir föremål för lagstiftning och vad som inte omfattas av svensk rätt förefaller därför slumpmässigt.¹⁷⁵ En förklaring skulle kunna vara att den civilrättsliga regleringen i stor utsträckning bygger på levnadsregler och principer som härstammar från mänsklig samvaro genom tiderna. Som exempel kan nämnas den internationella handelsrättens ursprungliga regelverk (*lex mercatoria* på latin). Dessa regler uppstod som en konsekvens av det praktiska handelslivet under medeltiden, men har stor betydelse på förmögenhetsrättens område än idag.¹⁷⁶

4.3.2 Huvudsakliga fördelar

Att det saknas särskilda lagregler för kommersiella tjänster innebär att rättsområdet till stor del lämnats oreglerat. Däremot är det inte självklart att mer reglering är att föredra. En möjlig lösning vore att lagstadga detaljregler för alla tänkbara tjänster, men det kan också ifrågasättas om det är ett lämpligt alternativ.¹⁷⁷ För ett antal år sedan föreslogs att utvidga KtjL till att omfatta andra sorters tjänster än det nuvarande tillämpningsområdet. Syftet var att göra en översyn av rättsläget för olika avtal om tjänster och åstadkomma en sammanhållen lagreglering som skulle vara tillämplig på så många typer av tjänster som möjligt. Lagstiftningsprocessen medförde dock vissa rättstekniska problem och ett flertal remissinstanser ställde sig kritiska till förslaget. Promemorian resulterade således aldrig i någon ändring av den förmögenhetsrättsliga lagstiftningen.¹⁷⁸

En fördel med att lämna rättsområdet oreglerat är ökad flexibilitet för parternas avtal. Vid en eventuell tvist kan domstolen ta hänsyn till alla omständigheter för det enskilda avtalsförhållandet och anpassa sin bedömning därefter. Genom att lagstiftningen endast omfattar enstaka rättsområden överläts en betydande normgivningsmakt till domstolarna.

¹⁷⁵ Se Flodgren (2016) s. 28.

¹⁷⁶ Se Ramberg – Malmström (2018) s. 27.

¹⁷⁷ Se Hultgren (2019) s. 12.

¹⁷⁸ Se Ds 2009:13 s. 51–52.

På så sätt förekommer vissa likheter med domarskapt rätt såsom den kommer till uttryck i de angloamerikanska rättssystemen.¹⁷⁹ Dessutom är det ibland nödvändigt med en viss fördröjning innan behov och önskemål har klarnat så pass mycket att rättsregler kan introduceras. Lagstiftaren kan därför medvetet avvakta för att de berörda parterna ska etablera en lämplig praxis som sedan kan kodifieras. Framförallt blir det aktuellt när frågan som ska regleras är tekniskt invecklad eller svår att sätta fingret på.¹⁸⁰

4.3.3 Motsvarande nackdelar

Med flexibilitet följer också rättsosäkerhet. Att utreda hur ett specifikt avtal ska tolkas kräver både tid och kunskap. Dessvärre kan parterna aldrig vara helt säkra på att olika domstolar kommer göra samma bedömning av avtalets omfattning och innehåll. Rättstillämpningen kan därför framstå som oförutsägbar, vilket spär på transaktionskostnaderna vid avtalsskrivning och ökar parternas benägenhet att tvista om sina skyldigheter.¹⁸¹ För att rättsäkerhet ska anses föreligga krävs att ett rättssystem kan tillhandahålla klara, tydliga och pålitliga svar på frågor av juridisk karaktär. Utöver det ska lagreglerna finnas tillgängliga för medborgarna och tillämpas av domstolarna. Det är således angeläget att det finns en grundläggande och tydlig civilrättslig reglering så att parter och andra berörda kan vara säkra på vad som gäller. Eftersom lagreglering saknas på området för tjänster mellan kommersiella parter uppstår vissa tveksamheter kring om rättsäkerhet skulle kunna anses föreligga.¹⁸²

Allmänna domstolar kan inte välja att avstå från rättskipning. När ledning saknas att hämta från lagstiftning måste domstolen ta hänsyn till de rättskällor som finns och göra en allsidig bedömning. Oreglerade rättsområden innebär således att domstolarnas uppgift blir mer krävande. Det kan också ifrågasättas om det är lämpligt ur ett

¹⁷⁹ Se Svensson (2019) s. 102.

¹⁸⁰ Se Wahlgren (2014) s. 76–77.

¹⁸¹ Se Flodgren (2016) s. 28.

¹⁸² Se Frändberg (2000) s. 274.

demokratiskt perspektiv att låta domstolarna utforma de värdegrunder som ska gälla på förmögenhetsrättens område.¹⁸³ Regleringen kan även uppfattas som ofullständig, vilket ibland beskrivs som luckor i lagen. Dessa luckor skulle kunna utnyttjas av parter som ser möjlighet till någon form av fördelar. I ojämlika avtalsförhållanden blir det särskilt problematiskt att lagstiftning saknas, inte minst om den starkare parten har möjlighet att vilseleda den svagare. Med konkreta rättsregler kan lagstiftaren skapa ett skydd för avtalsparter som av någon anledning missat att utreda vissa rättsfrågor. I avsaknad av lagstiftning ökar dock risken för att ett ojämlikt avtalsförhållande utnyttjas av en överlägsen part.¹⁸⁴

¹⁸³ Se Svensson (2019) s. 105.

¹⁸⁴ Jfr Wahlgren (2014) s. 75, 78.

5 Analys

5.1 Utgångspunkter

Det kan konstateras att tjänster av olika slag får allt större betydelse för den svenska ekonomin. Utvecklingen har gått från ett traditionellt jordbrukssamhälle, med fokus på handel med råvaror och boskap, till att antalet produkter som tillverkas industriellt kommit att bli allt fler. Sedan dess har ett nytt paradigmskifte skett som innebär en övergång till tjänsteproduktion. Lagstiftningen på förmögenhetsrättens område har dock inte följt med i den ekonomiska samhällsutvecklingen. Än idag är stora delar av lagreglerna anpassade för köp av varor, värdepapper och annan lös egendom. På ett flertal rättsområden saknas därför gemensam lagstiftning som är direkt tillämplig på parternas avtal. Ett exempel är köp av tjänster mellan näringsidkare, där rättsregler saknas till stor del. Det innebär att viss osäkerhet kan uppstå kring vilka rättsföljder som skulle kunna aktualiseras av parternas olika rättshandlingar.

Som de flesta avtalsförhållanden innebär köp av tjänster mellan två näringsidkare skyldigheter för båda parterna. Uppdragstagaren är skyldig att se till att arbetet blir utfört, medan uppdragsgivaren framförallt ska betala det överenskomna priset. I motsats till vad som gäller vid köp av varor rör det sig dock vanligtvis inte om ett fysiskt föremål som byter ägare. Några andra kännetecken för avtalstypen är varaktighet, självständighet och framtidsbetoning. Ett avtalsförhållande som sträcker sig över längre tid kan ofta medföra svårare rättsliga bedömningar än tillfälliga köpavtal. Det beror på att yttre omständigheter kan förändras medan avtalstiden löper och leda till att uppdragstagarens prestation blir bättre eller sämre. Avtal om tjänster bygger dessutom på ett ömsesidigt förtroende mellan båda parter. Såväl uppdragsgivare som uppdragstagare måste lita på att motparten fullgör sina skyldigheter för att tjänsten ska kunna utföras på ett tillfredsställande sätt.

Vad som utmärker immateriella tjänster är just att de skiljer sig från materiella förpliktelser. Det saknas således koppling till ett fysiskt

objekt vid tjänstens utförande. I övrigt finns få likheter mellan uppdrag som utförs av arkitekter, ekonomer, jurister och konsulter av olika slag. Trots det behandlas frågor av dessa avtal på likartat sätt, vilket i stort sett innebär analogisk tillämpning av närliggande lagstiftning och vissa allmänna rättsgrundsatser. Mest vägledande är troligtvis KtjL, som dock varken utformats för att omfatta immateriella tjänster eller kommersiella förhållanden. Rättsläget på det aktuella området kan ofta framstå som oklart och skulle därför behöva tydliggöras närmare. Frågan är om den nuvarande lagstiftningen för tjänster som utförs mellan näringsidkare är tillfredsställande så som den är alternativt på vilket sätt regleringen bör utvecklas.

Den tidigare framställningen visar att juridik och politik hör nära samman. Politiska överväganden ligger till grund för lagstiftningen och har således inverkan på rättsutvecklingen i stor utsträckning. Samtidigt återstår möjligheterna att granska, utvärdera och kritisera det befintliga rättsläget ur juridiskt perspektiv. En viktig skillnad är dock att politik består av åsikter och värderingar, medan rättsliga uttalanden måste vila på en vetenskapligt godtagbar argumentation. Vad som ska anses vara rättvisa regler tillhör således inte den traditionella juridiska debatten. Däremot är det viktigt att jurister kan delta i lagstiftningsarbetet och lämna värdefulla synpunkter på aktuella samhällsfrågor. På så sätt har förhållandet mellan juridik och politik en stor betydelse för uppsatsens vidare analys.

5.2 Definitionen av fel

En av de främsta orsakerna till konflikter mellan två avtalsparter är att det uppstått ett fel i den avtalade varan eller tjänsten. Med fel avses i vardagligt tal att något är trasigt eller inte fungerar som förväntat. På förmögenhetsrättens område åsyftas däremot att ena parten inte lyckats uppfylla en eller flera av sina avtalsförpliktelser och således gjort sig skyldig till ett avtalsbrott. Att definitionen av fel skiljer sig åt i olika kontext medför svårigheter för avtalsparter som har begränsad juridisk kompetens. Vad som utgör fel i oreglerade fall och hur ett sådant fel

ska hanteras kan dessutom framstå som oklart, till och med för en erfaren jurist. Som uppsatsens andra kapitel visar krävs en omfattande helhetsbedömning av såväl parternas avtal som etablerade handelsbruk och andra rättskällor för att kunna definiera vad som ska avses med fel i tjänster som utförs mellan näringsidkare.

Då immateriella tjänster ofta går ut på att visa omsorg och inte att uppnå ett visst resultat blir felreglerna särskilt intressant att diskutera. Till skillnad från köp av varor eller arbete på annans egendom, där ett slutresultat blir avgörande för bedömningen, måste även andra faktorer beaktas. Enligt rättspraxis har uppdragstagaren nämligen att förhålla sig till såväl god sed som motpartens befogade förväntningar. Fokus ligger därför på utförandet av tjänsten och hur väl uppdragsgivarens intressen tas tillvara. Bedömningen måste alltid utgå från parternas avtal och de varierande förpliktelser som tjänster innebär, eftersom olika former av uppdrag kräver olika slags åtgärder. Det blir ytterst upp till en domstol att avgöra om uppdragstagaren har genomfört sina skyldigheter på ett tillfredsställande sätt. Genom att jämföra vad parterna har avtalat med den utförda tjänsten kan avvikelser identifieras, vilket gör det möjligt att konstatera om fel ska anses föreligga. Därefter tas ställning till om felet även kan leda till civilrättsliga påföljder.

Av stor betydelse för domstolens bedömning av fel i den utförda tjänsten är uppdragstagarens omsorgsplikt. Det följer nämligen av såväl KtjL, KommL och HagL, som standardvillkoren ABK 09, NKF 07 och NKL 07 att uppdragstagaren har en allmän skyldighet att visa omsorg. Vad omsorgsplikten närmare innebär är dock svårt att fastställa och det ger således inte alltför tydlig vägledning när det gäller att definiera fel i tjänster som utförs mellan näringsidkare. Den allmänna omsorgsplikten kan visserligen sägas bygga på objektiva riktlinjer, men lämnar även ett stort utrymme för parternas subjektiva tolkningar. Skyldigheten att visa omsorg mot sin avtalskontrahent tar således fasta på relationen mellan parterna. I samband med felbedömningen aktualiseras därför frågor om tillit och lojalitet, vilket ofta framgår av Högsta domstolens resonemang. För att bestämma innebörden av uppdragstagarens omsorgsplikt görs en

detaljerad analys av parternas avtalsförhållande med hänsyn till löften, förväntningar och viljeförklaringar.

Som tidigare framgått är det inte enkelt att slå fast en konkret definition av vad som utgör ett fel vid tjänster som utförs mellan två näringsidkare. Olika faktorer kan bli av varierande betydelse för olika avtalsförhållanden, beroende på sammanhang och typ av uppdrag. Det innebär en stor flexibilitet för domstolarnas bedömning, men också viss rättsosäkerhet för parterna. Att rättsläget är oklart kan nämligen leda till svårigheter att reda ut vilka rättigheter och/eller skyldigheter som gäller i ett avtalsförhållande vid köp av tjänster mellan kommersiella parter. Under förutsättning att parterna tydligt anger uppdragets innehåll och omfattning i deras skriftliga avtal borde frågan aldrig leda till problem. För nya eller oförsiktiga aktörer skulle dock definitionen av fel kunna innebära vissa överraskningar. Det kan därför sägas vara angeläget för såväl uppdragsgivare som uppdragstagare att ha ett väl formulerat och genomtänkt avtal, som kan åberopas inför domstolen vid en eventuell tvist.

5.3 Skadestånd som påföljd

Att uppdragstagaren har begått avtalsbrott på grund av fel i tjänsten är en omständighet som kan föranleda skadeståndskrav. Enligt svensk rätt ställs dock ett antal krav som måste vara uppfyllda för att ersättning ska kunna utgå. Några exempel är skaderekvisitet och att det måste föreligga ett tillräckligt relevant orsakssamband med den skadegörande handlingen. Dessa grundläggande principer kan inte anses knutna till någon särskild avtalstyp, utan gäller i allmänhet på förmögenhetsrättens område. I fokus för uppsatsens tredje kapitel ligger dock kravet på vållande till skadan. Den avtalsbrytande parten kan nämligen åläggas olika former av ansvar beroende på vilken avtalstyp det är fråga om. För köp av tjänster mellan näringsidkare saknas dock lagtext som anger vilken ansvarsform som är mest lämplig att tillämpa. Rättspraxis och juridisk doktrin kan istället ge viss vägledning om hur skadeståndsansvaret bör utformas.

Culpaprincipen innebär att ersättning ska utgå om skadan vållats av oaktsamhet, vilket utgör huvudregel inom förmögenhetsrätten. Denna princip gäller även för tjänster mellan kommersiella parter och skulle därmed bli aktuell att tillämpa på de flesta uppdragsavtal. Om felet i tjänsten uppstått som en följd av att uppdragstagaren agerat oaktsamt kan denne bli skyldig att betala skadestånd. Vid garanti eller liknande utfästelse bör dock ett strikt ansvar gälla. Därmed krävs endast själva avvikelserna för att skadeståndsskyldighet ska uppstå. I vissa fall, särskilt vid förpliktelser som kräver omhändertagande av motpartens egendom, kan ett presumtionsansvar bli aktuellt att tillämpa. Det förutsätter dock att tillräckliga likheter kan anses föreligga med kommissionsavtal eller handelsagentur. Mindre troligt är att kontrollansvaret skulle tillämpas, eftersom denna ansvarsform främst är lämpad för köp av varor och annan lös egendom. Begreppet professionsansvar har använts särskilt för immateriella tjänster och avser möjligen en strängare bedömning jämfört med culpaprincipen. Vilken ansvarsform som är mest lämplig beror således på vilka egenskaper som är utmärkande för det enskilda avtalsförhållandet.

En viktig aspekt är det omtvistade förhållandet mellan inom- och utomobligatoriska skadeståndsfrågor. I flera hänseenden kan det verka som att förutsättningarna för ansvar motsvarar varandra. Gällande rena förmögenhetsskador syns dock en tydlig skillnad. Enligt huvudregeln i SkL ställs krav på brottslig handling för att ersättning ska kunna utgå. Om skyldigheten att ersätta skada går att hänföra till avtalsförhållandet mellan parterna uppstår istället ett omfattande ansvar för skadevållaren. Frågan som aktualiseras i sådana sammanhang är vilken betydelse den allmänna skadeståndsrättsliga regleringen ska ha för avtalsförhållanden. Som tidigare behandlats anger lagtexten att SkL viker för kontraktuella skadeståndsnormer och har således endast relevans när det saknas andra bestämmelser i lag, avtal eller allmänna rättsgrundsatser. Trots det har den övergripande begreppsbyggnaden från SkL fått viss betydelse även i avtalssammanhang. Begrepp avsedda för utomobligatoriska fall verkar

således användbara även utanför skadeståndsrättens kärnområde och kan antas få allt större relevans för inomobligatoriska ansvarssituationer.

Regler om skadestånd vid avtalsbrott går att finna över hela det förmögenhetsrättsliga området. Då innehållet till stor del är varierande blir det svårt att fastställa en enhetlig princip om rätt till skadestånd inom avtalsförhållanden. För oreglerade fall uppstår därför problem att konstatera vad som kan anses vara gällande rätt. Istället får domstolen stödja sig på lösa antaganden om vilka rättsområden som ligger nära tillhands. Bedömningar kring skadestånd som påföljd medför dessutom ofta svåra gränsdragningar. Syftet är nämligen att avgöra om ett visst beteende kan anses så pass klandervärt att ersättning ska utgå, vilket ytterst har sin grund i subjektiva uppfattningar. Därav följer också att domstolen måste ta ställning till vilken riskfördelning som är lämplig mellan parterna. Även här finns alltså skäl att reglera påföljdsfrågan i avtalet på ett tydligt sätt, för att undvika felaktiga tolkningar eller missförstånd.

5.4 Behovet av reglering

Det saknas ännu en tydlig bild av gällande rätt på området för köp av tjänster mellan kommersiella parter. Lagstiftning lyser med sin frånvaro, rättspraxis är begränsad och den juridiska doktrinen relativt kortfattad. Vidare skulle kunna diskuteras om analogisk tillämpning och allmänna rättsgrundsatser är lämpligt att utgå ifrån, eftersom sådana resonemang ändå blir alltför vagt uttryckta för att någon med säkerhet ska kunna förutse deras giltighet. Resultatet blir att parternas avtal får en väldigt stor betydelse för domstolens bedömning vid en eventuell tvist. Därav ligger ett omfattande ansvar på uppdragsgivare och uppdragstagare att komma överens om vilka avtalsvillkor som ska gälla i alla tänkbara situationer. Uppsatsens fjärde kapitel diskuterar för- och nackdelar med att införa reglering som skulle kunna förtydliga rättsläget för parterna. Ett annat alternativ är att lämna rättsområdet oreglerat och fortsätta låta varje avtal bedömas för sig.

Enligt min uppfattning tycks det praktiska behovet av lagregler på området för kommersiella tjänster inte vara särskilt stort. Med det nuvarande rättsläget får marknaden sköta sig själv och parterna verkar lösa sina mellanhavanden på egen hand. Visserligen vore det önskvärt att ha ett heltäckande rättssystem, men endast ifall att fördelarna med rättsregler överväger nackdelarna. Ingen lagstiftning bör införas med ett otydligt motiv, utan ska alltid föregås av en ingående utredning av det befintliga rättsläget. Berörda aktörer måste också få tillfälle att lämna sina synpunkter innan en lagstiftningsprocess kan bli aktuell. Dessutom är det viktigt att regleringen blir sammanhängande och lättöverskådlig. Som tidigare framgått kan det medföra svårigheter för lagstiftaren att åstadkomma generella rättsregler för ett så pass mångfacetterat område som köp av tjänster mellan näringsidkare. Att utforma detaljreglering för varje enskild avtalstyp framstår dock inte heller som ett lämpligt alternativ ur ett lagstiftningsekonomiskt perspektiv.

Lagstiftning och självreglering behöver kanske inte nödvändigtvis vara två alternativ som utesluter varandra. Genom att kombinera båda delarna skulle det svenska rättssystemet kunna dra nytta av fördelarna och begränsa nackdelarna med respektive metod. Även om en rättslig reglering införs kan den utformas så att självreglering framhävs som ett komplement och bidrar således till att främja lagstiftarens syfte. Ett exempel är att hänvisa till god sed eller annan etablerad praxis inom branschen, vilket leder till att domstolarna fortsättningsvis kan anpassa sina rättsliga bedömningar utifrån de individuella omständigheterna. Av väsentlig betydelse är att det uppstår en balans mellan den flexibilitet som självreglering innebär och den rättssäkerhet som lagstiftning bidrar med. På så sätt kan handeln med tjänster mellan kommersiella parter främjas, samtidigt som ett visst skydd mot godtycke upprätthålls. För att behålla friheten för parterna att råda över avtalets innehåll bör dock eventuella rättsregler vara av dispositiv karaktär och inte bestå av en alltför långtgående detaljreglering.

Det kan sägas finnas ett egenvärde i att även fortsättningsvis ha begränsad lagstiftning för köp av tjänster mellan två näringsidkare. Att

rättsområdet lämnas oreglerat innebär nämligen att parternas avtal får en framträdande roll, till exempel vid frågor som rör definitionen av fel och skadestånd som påföljd. De allmänna domstolarna tvingas då att göra enskilda avvägningar för varje fall, med stöd av de rättskällor som finns tillgängliga enligt svensk rätt. I detta synsätt ligger också ett ställningstagande som ger uttryck för att någon annan än politiker bör styra rättsutvecklingen inom det aktuella området. Lagstiftaren har nämligen valt att avstå en viss del av sin normgivningsmakt, för att istället lämna över den närmare rättstillämpningen åt domstolarna. De enskilda aktörerna ges dessutom stora möjligheter att utforma sin egen reglering. Frihet och flexibilitet kan därför sägas vara viktiga ledord som beskriver det nuvarande rättsläget för tjänster som utförs mellan näringsidkare. Oavsett på vilket sätt regleringen kommer att förändras är min uppfattning att dessa ledord bör präglade rättsutvecklingen även i fortsättningen.

6 Slutsats

Ett konsultuppdrag utgör ett köp av immateriella tjänster mellan två näringsidkare. Den tidigare framställningen slår fast att sådana uppdrag blir allt vanligare som ett alternativ till traditionella anställningar. Än idag saknas dock gemensam lagstiftning som är uttryckligen tillämplig på parternas inbördes avtalsförhållande. Rättsområdet präglas istället av avtalsfrihet, vilket medför såväl stora möjligheter som vissa problem. I svensk rätt är det vanligt förekommande att ha luckor i lagstiftningen, åtminstone på stora delar av förmögenhetsrättens område. Då förutsätts att avtalsparter själva löser sina mellanhavanden utan inblandning från lagstiftarens sida. Om det uppstår en tvist som ytterst avgörs i domstol är det dock svårt att dra några tydliga slutsatser på förhand. Varje enskilt fall får därför bedömas för sig med hänsyn till de specifika omständigheterna. Däremot förekommer ett antal aspekter som torde ha betydelse för domstolens bedömning.

I samband med tjänster som utförs mellan näringsidkare uppstår svårigheter med att formulera en generell definition av fel. Fokus för bedömningen ligger nämligen på det enskilda avtalsförhållandet, som i vissa fall kräver komplettering i form av avtalstolkning eller utfyllning. Även standardvillkor som har införlivats i parternas avtal eller är väl utbredda inom den aktuella branschen kan ha betydelse för domstolens bedömning. När tillämpliga avtalsföreskrifter saknas får ledning istället hämtas från närliggande lagstiftning eller allmänna rättsgrundsatser. Stor betydelse har felreglerna i KtjL, som anger att en konsumenttjänst ska anses felaktig om kraven på att visa omsorg inte uppfylls. Även för uppdragsavtal kan sägas att metodansvaret är centralt för definitionen av fel. Andra viktiga faktorer är god yrkessed och motpartens befogade förväntningar. Huruvida fel föreligger går att konstatera genom att den avtalade prestationen jämförs med uppdragets utförande.

Om ett konstaterat fel även orsakat någon form av skada kan domstolen behöva ta ställning till om uppdragstagaren ska bli skyldig

att betala skadestånd. För rena förmögenhetsskador ställer lagstiftaren krav på brottslig handling för att ersättning ska kunna utgå. Inom avtalsförhållanden gäller dock ett undantag, som innebär att vållande som uppstått på annat sätt kan ligga till grund för skadeståndsansvar mellan parterna. I samband med köp av tjänster mellan näringsidkare råder dock oklarhet vilken ansvarsform som är mest lämplig. Genom jämförelser med närliggande avtalstyper står det klart att ansvar för sin egen oaktsamhet gäller som huvudregel. Uppdragstagaren kan även åta sig ett strängare ansvar genom att lämna en garanti, vilket inte förekommer särskilt ofta. Dessutom kan uppdrag som avser rådgivning bli föremål för viss diskussion, eftersom sådana situationer innebär att de avtalsslutande parterna har stora skillnader i bakgrundskunskap och tidigare erfarenhet.

Frågan är om rättsläget avseende tjänster som utförs mellan två näringsidkare är tillfredsställande eller om det krävs någon förändring. Sådan förändring skulle kunna ske genom att införa lagstiftning som blir direkt tillämplig alternativt att självreglering utökas på området. Det förstnämnda har flera fördelar, till exempel att parterna och andra berörda är säkra på vad som gäller vid en eventuell tvist. Nackdelar är att domstolarnas flexibilitet minskar och risken för ett överdrivet fokus på byråkrati ökar. Regler som är utformade av andra än staten kan därför vara ett mer fördelaktigt verktyg än lagstiftning. På så sätt ges olika branscher möjlighet att formulera egna regelverk som är mer anpassade för utvalda ändamål. Trots det kan ifrågasättas i vilken mån sådana självregleringssystem är eftersträvansvärda, med tanke på att det är svårt att försäkra att bestämmelserna efterlevs. Lösningen är kanske att lämna rättsområdet oreglerat även fortsättningsvis och därmed låta parterna bestämma själva.

Konsulttjänster är ett rättsområde som på många sätt kan framstå som komplicerat. Det beror delvis på att förhållandet mellan parterna i huvudsak är baserat på tillit, liknande det mellan arbetsgivare och arbetstagare. Samtidigt förekommer vissa likheter med köp av varor, i vart fall när jämbördiga parter ingår avtal med varandra. Eftersom ett

uppdragsavtal ofta är av varaktig karaktär ligger möjligen avtal om kommissionsförhållande eller handelsagentur närmast tillhands som en referenspunkt. Utöver det kan vissa jämförelser med konsumenttjänster göras. Att det är svårt att kategorisera rättsområdet bidrar givetvis till dess besvärlighet. Dessutom är det ytterst politiska överväganden som avgör huruvida lagstiftning kommer att införas som blir uttryckligen tillämplig på förhållandet som råder mellan parterna. Min uppfattning är dock att det krävs en grundläggande översyn av möjligheterna till andra former av reglering innan en sådan lagstiftningsprocess kan bli aktuell.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Elektroniska källor

- Gustafsson, Anna (2017). ”Notan för konsulter nära en miljard på Karolinska”. *Dagens nyheter*, 24 mars. [<https://www.dn.se/sthlm/notan-for-konsulter-nara-en-miljard-pa-karolinska/>], hämtad 2019-10-18.
- Kompetensföretagen (2019). ”Framtidens arbetsmarknad är konsultens”. *Kompetensföretagen*, 4 juni. [<https://www.kompetensforetagen.se/2019/06/framtidens-arbetsmarknad-ar-konsultens/>], hämtad 2019-09-12.
- Mederyd Hårdh, Martin (2015). ”SL anlitar konsulter för miljardbelopp”. *Svenska dagbladet*, 23 april. [<https://www.svd.se/sl-anlitar-konsulter-for-miljardbelopp>], hämtad 2019-10-20.
- Statistiska centralbyrån (2018). ”Allt fler arbetsställen inom tjänstebranscher”. *Statistiska centralbyrån*, 8 juni. [<https://www.scb.se/hitta-statistik/artiklar/2018/allt-fler-arbetsstallen-inom-tjanstebranscher/>], hämtad 2019-09-16.

Tryckta källor

- Ds 2009:13 *Konsumenttjänster m.m.*
- Ds 2010:24 *Hyra av lös sak*
- Motion 2016/17:1516 *En dispositiv lag för reglering av köp av tjänster mellan näringsidkare*
- Prop. 1972:5 *Med förslag till skadeståndslag m.m.*
- Prop. 1984/85:110 *Om konsumenttjänstlag*
- Prop. 1988/89:76 *Om ny köplag*
- Prop. 1990/91:63 *Om handelsagentur*
- Prop. 2002/03:133 *Lag om finansiell rådgivning till konsumenter*
- Prop. 2005/06:98 *Förstärkt skydd för franchisetagare*

Prop. 2008/09:88 *Ny kommissionslag*

SOU 1976:66 *Köplag*

SOU 1979:36 *Konsumenttjänstlag*

SOU 1984:85 *Handelsagentur och kommission*

SOU 2004:47 *Näringslivet och förtroendet*

SOU 2005:120 *Fondkommission – och en ny kommissionslag*

Litteratur

Böcker med en författare

Bernitz, Ulf (2018). *Standardavtalsrätt*, 9 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Hedberg, Stig (2010). *Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09*, 1 uppl. Stockholm: Svensk byggtjänst.

Hellner, Jan (1990). *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten: Praktik, teori och teknik*, 1 uppl. Stockholm: Juristförl.

Hellner, Jan (2001). *Metodproblem i rättsvetenskapen: Studier i förmögenhetsrätt*, 1 uppl. Stockholm: Jure.

Hesser, Jacob (2006). *Immateriella tjänster*, 1 uppl. Lund: Studentlitteratur.

Hultgren, Per (2019). *Fel i tjänst: Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall*, 1 uppl. Umeå: Umeå universitet.

Hydén, Håkan (2002). *Normvetenskap*, 1 uppl. Lund: Sociologiska institutionen.

Håstad, Torgny (2009). *Köprätt och annan kontraktsrätt*, 6 uppl. Uppsala: Iustus.

Johansson, Svante O. (2013). *Konsumenttjänstlagen: En kommentar*, 1 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Kihlman, Jon (1999). *Fel: Särskilt vid köp av lös och fast egendom*, 1 uppl. Stockholm: Handelshögskolan.

Korling, Fredric (2010). *Rådgivningsansvar: Särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning*, 1 uppl. Stockholm: Jure.

Lehrberg, Bert (2019). *Avtalstolkning: Tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, 8 uppl. Uppsala: Iusté.

Sandgren, Claes (2018). *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, 4 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Wahlgren, Peter (2014). *Lagstiftning: Rationalitet, problem, möjligheter*, 2 uppl. Stockholm: Jure.

Böcker med flera författare

Adlercreutz, Axel – Mulder, Bernard Johann (2017). *Avtal: lärobok i allmän avtalsrätt*, 14 uppl. Stockholm: Wolters Kluwer.

Andersson, Håkan (2012). ”Ansvarsformernas differentiering – culpa, strikt ansvar och mellanformer av ansvar” i Andersson, Håkan m.fl. [förf.], *Uppsatser om skadeståndsansvar och ansvarsförsäkring*, 1 uppl. Stockholm: Jure, s. 1–57.

Barendrecht, Maurits – Jansen, Chris – Loos, Marco – Pinna, Andrea – Cascão, Rui – van Gulijk, Stéphanie (2007). *Principles of European law: Service Contracts*, 1 uppl. Oxford: Oxford University press.

Bengtsson, Bertil – Strömbäck, Erland (2018). *Skadeståndslagen: En kommentar*, 6 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Bengtsson, Bertil – Ullman, Harald – Unger, Sven (2019). *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, 3 uppl. Stockholm: Jure.

Elfström, Jan – Ashton, Lars Erik (2018). *Konsultansvar*, 3 uppl. Stockholm: Svensk byggtjänst.

Hellner, Jan – Hager, Richard – Persson, Annina H. (2019). *Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt*, 7 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Hellner, Jan – Radetzki, Marcus (2018). *Skadeståndsrätt*, 10 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Kleineman, Jan (2018). "Rättsdogmatisk metod" i Nääv, Maria – Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 uppl. Lund: Studentlitteratur, s. 21–46.

Ramberg, Christina – Malmström, Åke (2018). *Malmströms civilrätt*, 25 uppl. Stockholm: Liber.

Ramberg, Jan – Herre, Johnny (2016). *Internationella köplagen (CISG): En kommentar*, 4 uppl. Stockholm: Wolters Kluwer.

Svensson, Ola (2019). "Begreppet normgivning" i Dahlman, Christian – Wahlberg, Lena (red.), *Juridiska grundbegrepp: En vänbok till David Reidhav*, 1 uppl. Lund: Studentlitteratur, s. 75–114.

Tidskriftsartiklar

Bengtsson, Bertil (2008). "Om skadestånd vid konsumenttjänster" i *SvJT*, s. 262–273.

Flodgren, Boel (2016). "Civilrätten i ett framtidsperspektiv" i *SvJT 100 år (festschrift)*, s. 23–52.

Frändberg, Åke (2000). "Om rättssäkerhet" i *JT*, s. 269–280.

Haglund, Lars (2001). "Lagstiftning eller självreglering – vad tycker lagstiftaren?" i *SvJT*, s. 263–271.

Jareborg, Nils (2004). "Rättsdogmatik som vetenskap" i *SvJT*, s. 1–10.

Kleineman, Jan (1998). "Rådgivares informationsansvar – en probleminventering" i *SvJT*, s. 185–211.

Lehrberg, Bert (1990). "Förutsättningssynpunkter på köprättens felbegrepp" i *SvJT*, s. 543–565.

Ramberg, Christina (2004). "Mot en gemensam europeisk civillagstiftning" i *SvJT*, s. 459–473.

Schultz, Mårten (2013). "Några frågor i kommersiell skadeståndsrätt" i *SvJT*, s. 1017–1031.

Rättsfall

NJA 1951 s. 656

NJA 1968 s. 285

NJA 1970 s. 122

NJA 1976 s. 379

NJA 1978 s. 307

NJA 1980 s. 46

NJA 1983 s. 232

NJA 1985 s. 269

NJA 1989 s. 117

NJA 1992 s. 243

NJA 1996 s. 598

NJA 2001 s. 309

NJA 2008 s. 24

NJA 2011 s. 454

NJA 2013 s. 1174

NJA 2015 s. 110

NJA 2018 s. 414